



# KAJIAN SOSIO-LEGAL

**Editor**

**Adriaan W. Bedner**

**Sulistyowati Irianto**

**Jan Michiel Otto**

**Theresia Dyah Wirastri**

SERI UNSUR-UNSUR PENYUSUN BANGUNAN NEGARA HUKUM

# KAJIAN SOSIO-LEGAL



SERI UNSUR-UNSUR PENYUSUN BANGUNAN NEGARA HUKUM

# KAJIAN SOSIO-LEGAL

## Editor

Adriaan W. Bedner  
Sulistyowati Irianto  
Jan Michiel Otto  
Theresia Dyah Wirastri



Universiteit Leiden



university of  
groningen



UNIVERSITAS INDONESIA  
*veritas, probitas, iustitia*



Kajian sosio-legal/ Penulis: Sulistyowati Irianto dkk. –Ed.1. –Denpasar: Pustaka Larasan; Jakarta: Universitas Indonesia, Universitas Leiden, Universitas Groningen, 2012

xiv, 246 hlm. : 24x15.5 cm.  
ISBN 978-979-3790-95-4

Kajian sosio-legal

© 2012

*All rights reserved*

Penulis:

Sulistyowati Irianto  
Jan Michiel Otto  
Sebastiaan Pompe  
Adriaan W. Bedner  
Jacqueline Vel  
Suzan Stoter  
Julia Arnscheidt

Editor:

Adriaan W. Bedner  
Sulistyowati Irianto  
Jan Michiel Otto  
Theresia Dyah Wirastri

Penerjemah:

Tristam Moelyono

Pracetak:

Team PL

Edisi Pertama: 2012

Penerbit:

**Pustaka Larasan**

Jalan Tunggul Ametung IIIA/11B

Denpasar, Bali 80116

Telepon: +623612163433

Ponsel: +62817353433

Pos-el: [pustaka\\_larasan@yahoo.co.id](mailto:pustaka_larasan@yahoo.co.id)

Laman: [www.pustaka-larasan.com](http://www.pustaka-larasan.com)

Bekerja sama dengan  
**Universitas Indonesia**  
**Universitas Leiden**  
**Universitas Groningen**

## PENGANTAR

Proyek “the Building Blocks for the Rule of Law” (Bahan-bahan pemikiran tentang Pengembangan Rule of Law/Negara Hukum) diprakarsai oleh Universitas Leiden dan Universitas Groningen dari Belanda, serta Universitas Indonesia. Proyek ini dimulai pada Januari 2009 dan sesuai jadwal akan diakhiri pada September 2012. Keseluruhan rangkaian kegiatan dalam proyek ini terselenggara berkat dukungan finansial dari the Indonesia Facility, diimplementasikan oleh NL Agency, untuk dan atas nama Kementerian Belanda untuk Urusan Eropa dan Kerja sama Internasional (*Dutch Ministry of European Affairs and International Cooperation*).

Tujuan jangka panjang dari proyek ini adalah memperkuat ikhtiar pengembangan negara hukum (*rule of law*) Indonesia, membantu Indonesia mengembangkan tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*) dan memajukan pembangunan ekonomi (*economic development*) dan keadilan sosial (*social justice*).

Sejak awal proyek dirancang rangkaian pelatihan terinci yang mencakup bidang-bidang telaahan hukum perburuhan, hukum pidana, hukum keperdataan dan studi sosio-legal. Sebagai perwujudan rencana tersebut antara Januari 2010 dan Juli 2011, tigabelas lokakarya yang mencakup bidang-bidang kajian di atas diselenggarakan di sejumlah lokasi berbeda di Indonesia. Lokakarya-lokakarya demikian melibatkan pengajar-pengajar hukum terkemuka, baik dari Universitas Leiden dan Groningen maupun dari fakultas-fakultas hukum di Indonesia. Peserta lokakarya adalah staf pengajar dari kurang lebih delapanpuluh fakultas hukum dari universitas-universitas di seluruh Indonesia. Proyek ini akan dituntaskan dengan penyelenggaraan pada pertengahan 2012 konferensi internasional di Universitas Indonesia.

Rangkaian buku pegangan dengan judul “Seri Unsur-Unsur Penyusun Bangunan Negara Hukum” yang merupakan kumpulan tulisan dari para instruktur dari pihak Belanda dan Indonesia serta masukan-masukan berharga dari peserta kursus merupakan hasil konkret dari proyek tersebut di atas.

## PENGANTAR EDITOR

Kajian sosio-legal, seperti yang tercantum dalam judul buku ini, biasanya digunakan sebagai konsep payung. Kajian ini mengacu pada semua bagian dari ilmu-ilmu sosial yang memberikan perhatian pada hukum, proses hukum atau sistem hukum. Salah satu karakteristik penting dari sebagian besar kajian sosio-legal adalah sifat kajiannya yang multi atau interdisiplin. Ini berarti perspektif teoretis dan metodologi-metodologi dalam kajian sosio-legal disusun berdasarkan penelitian yang dilakukan dengan berbagai disiplin yang berbeda. Disiplin keilmuan yang digunakan sangat beragam, mulai dari sosiologi dan antropologi sampai ilmu politik, administrasi publik, dan ekonomi, tetapi juga psikologi dan kajian-kajian pembangunan. Pada prinsipnya, tidak ada batasan yang jelas atas disiplin ilmu yang dapat digunakan.

Banyak peneliti dalam bidang sosio-legal juga memasukkan anasir-anasir penelitian hukum doktriner pada kajian-kajian mereka. Sebenarnya, hal ini telah menjadi ciri khas dari pendekatan yang dikembangkan oleh para penulis buku ini dan membentuk sebagian dari tradisi panjang pemikiran sosio-legal di Indonesia yang berakar pada zaman kolonial. Menurut hemat kami pendekatan ini menjadi penting dalam kondisi terkini Indonesia di mana penelitian hukum doktriner tidak memiliki sumber-sumber yang memadai yang diperlukan untuk melakukan penelitian hukum semacam itu, misalnya: studi kasus, notulensi rapat anggota dewan perwakilan rakyat, jurnal yang dibaca oleh seluruh komunitas hukum, dll. Seperti yang terjadi di sebagian besar negara Barat dan di banyak negara berkembang, melakukan penelitian hukum di situasi terkini Indonesia mensyaratkan para peneliti untuk melakukan penelitian lapangan demi mengumpulkan data-data yang relevan.

Pendekatan eklektik yang menandai banyak penelitian sosio-legal, menghadirkan baik kekuatan maupun tantangan bagi para peneliti. Kekuatan dari pendekatan inter- atau multidisiplin semacam itu adalah peneliti dapat menghasilkan beragam temuan-temuan penelitian yang baru, sedangkan tantangan yang dihadapi adalah para peneliti harus menguasai kompetensi ganda yang dibutuhkan untuk dapat menghasilkan penelitian sosio-legal yang sesuai dengan standard metodologi dan teori dari inti disiplin ilmu yang mereka gunakan. Akademisi dalam kajian sosio-legal harus selalu menyadari bahwa mereka dituntut untuk mampu membuktikan keahliannya dalam suatu bidang tertentu dengan standar kualitas yang tidak diragukan

lagi. Oleh karena itu, jika seorang akademisi sosio-legal memasukkan penelitian hukum dalam karyanya maka ia harus dapat memastikan bahwa penelitian itu adalah pemikiran hukum yang berkualitas.

Arti penting pemikiran sosio-legal sangat jelas dirasakan oleh banyak pihak. Selain karena kontribusinya kepada ilmu sosial, namun juga karena kajian sosio-legal sangat diperlukan untuk dapat meningkatkan kinerja sistem-sistem hukum. Para ahli hukum tidak dapat bergerak sendirian untuk mengemudikan sistem-sistem hukum menuju penerapan yang efektif, kepastian hukum dan keadilan sosial. Kebutuhan akan penelitian interdisiplin dalam kajian hukum dan proses hukum telah ada sejak dulu. Banyak orang sudah tidak asing dengan legasi kajian hukum adat yang begitu terkenal dari Cornelis Van Vollenhoven, yang turut melibatkan ilmuwan-ilmuwan ulung, seperti Soepomo dan Hazairin. Namun, tidak banyak yang tahu bahwa salah satu laporan penelitian pertama yang diminta oleh Thomas Raffles ketika ia menjabat sebagai Letnan Jenderal pada tahun 1811 adalah mengenai hukum adat dan sistem hukum. Kebutuhan akan kajian semacam itu sesungguhnya tidak pernah pudar dan sekarang kebutuhan demikian juga datang dari kalangan pembentuk legislasi, akademisi, para aktivis LSM dan banyak lainnya.

Kerumitan yang menarik dalam kajian sosio-legal di Indonesia adalah permusuhan langsung dengan beberapa ahli hukum yang memaknai kajian ini secara berbeda. Memperdebatkan untuk 'ilmu hukum yang murni', beberapa ahli hukum tersebut memaknai kajian sosio-legal sebagai pelanggaran atas lahan mereka, atau bahkan sebagai bentuk serangan terhadap bidang keilmuan yang mereka tekuni. Padahal, dalam praktiknya hampir tidak ada akademisi sosio-legal yang menyatakan bahwa mereka dapat menggeser kedudukan ilmu hukum. Tidak terbantahkan bahwa analisis terhadap produk-produk legislasi dan kasus hukum bertempat di studi-studi hukum. Ini mungkin akan menyertakan analisis yang melampaui pemahaman ilmu hukum doktriner, misalnya ketika kita ingin menentukan apa yang dimaksud dengan 'peraturan yang layak untuk perilaku sosial' ketika mendefinisikan sebuah undang-undang yang tidak jelas substansinya. Pada dasarnya pemikiran sosio-legal menambahkan (perspektif yang lain) dalam mempertimbangkan proses pembentukan legislasi, penerapan hukum, dan penyelesaian sengketa. Selain itu, studi ini juga mampu menyajikan fakta-fakta yang penting jika kita ingin melakukan pembaharuan hukum, bagaimana penerapan hukumnya atau bagaimana hukum diterapkan di pengadilan dalam proses penyelesaian sengketa. Mengingat acap rumitnya relasi antara hukum dan realitas



sosial di Indonesia sehingga kajian sosio-legal menjadi semakin relevan dibandingkan di negara-negara di mana hukum dan masyarakat dapat menyatu dengan lebih baik.

Buku ini bertujuan untuk menambah koleksi buku ajar yang telah ada di berbagai universitas di Indonesia dalam bidang sosio-legal. Namun demikian, buku ini tidak dimaksudkan sebagai introduksi sistematis terhadap kajian sosio-legal atau kajian-kajian hukum, pemerintahan dan pembangunan. Karya ambisius semacam itu berada di luar jangkauan kami dalam proyek ini, namun sangat layak untuk diwujudkan di masa mendatang. Berbagai artikel yang digunakan dalam pengajaran sosio-legal pada saat ini berbeda dari satu universitas dengan universitas lainnya dan menyajikan berbagai karya yang menarik. Namun, tersedianya buku ajar yang baik dan komprehensif, yang berfokus pada persoalan di Indonesia dan sesuai dengan kebutuhan pengajaran di Indonesia akan dapat membantu mahasiswa untuk memperoleh pengetahuan yang mendalam mengenai kajian sosio-legal serta kegunaannya.

Buku yang kami sajikan ini merupakan langkah awal untuk mewujudkan hal tersebut. Buku ini menjadi bagian dari tradisi kerja sama antara akademisi Indonesia dan Belanda yang telah terjalin sejak lama. Meskipun edisi ini hanya menghadirkan beberapa tulisan dari orang-orang yang terlibat dalam kerja sama tersebut, namun artikel-artikel yang ada juga dibangun dari karya-karya yang telah dihasilkan dalam kerangka kerja sama sebelumnya oleh Soetandyo Wignjosoebroto, Satjipto Rahardjo, T.O. Ihromi, Keebet dan Franz von Benda-Beckmann, Karen dan Herman Slaats dan banyak tokoh-tokoh lainnya. Hal ini semakin mempertegas hubungan yang spesial antara Indonesia dan Belanda dalam bidang ini. Terlepas dari tujuan kerangka kerja sama yang secara eksplisit ditujukan untuk meningkatkan ekonomi dan pembangunan sosial melalui hukum, kami berharap agar kerja sama ini terus berlangsung, tidak hanya dengan semakin banyaknya generasi muda Indonesia yang datang ke Belanda untuk menyelesaikan studi doktoral dalam kajian sosio-legal tetapi juga mahasiswa Belanda yang mengambil topik penelitian tentang Indonesia. Program *Building Blocks for the Rule of Law* yang ditindaklanjuti dengan penerbitan buku telah memperkuat tradisi kerja sama Indonesia dan Belanda tersebut.

Buku sosio-legal ini disusun dalam beberapa bab yang diawali dengan tulisan pengantar – karya Sulistyowati Irianto – berjudul ‘Memperkenalkan studi sosio-legal dan implikasi metodologisnya’. Tulisan ini menjelaskan mengenai sifat dasar kajian sosio-legal dan memberikan landasan untuk pembahasan selanjutnya. Bab kedua –

karya Jan Michiel Otto dan Sebastiaan Pompe – berjudul ‘Aras hukum oriental’ merupakan kajian sejarah yang membahas sejarah studi sosio-legal dan hukum di Indonesia pada masa kolonial. Bab ini menjelaskan bagaimana hukum pada masa kolonial dibentuk sebagai sebuah alat yang diperlukan oleh pemerintah untuk membangun sebuah sistem hukum yang efektif. Hal tersebut terkadang tidak hanya membawa akibat-akibat yang negatif bagi penduduk Indonesia namun juga akibat-akibat positif.

Dalam setiap bab, dari bab tiga sampai bab enam, akan dibahas mengenai konsep utama yang ada dalam kajian sosio-legal dalam pendekatan kami. Konsep yang pertama adalah tentang konsep negara hukum (*the rule of law*) yang dibahas oleh Adriaan Bedner dalam karya yang berjudul ‘Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum’. Konsep negara hukum selalu muncul dalam hampir semua diskusi mengenai sistem hukum di Indonesia yang berujung pada banyaknya kesalahpahaman dan perdebatan yang sesat. Tulisan ini menawarkan sebuah kerangka analisis untuk memperoleh pemahaman yang lebih baik mengenai apa yang dimaksud dengan konsep negara hukum dan bagaimana kita dapat menggunakan konsep itu dengan baik dalam penelitian sosio-legal. Bab empat ditulis oleh Adriaan Bedner dan Jacqueline Vel yang memaparkan konsep akses terhadap keadilan (*access to justice*) dengan tulisan berjudul ‘Sebuah kerangka analisis untuk penelitian empiris mengenai akses terhadap keadilan’. Bab ini memberikan sebuah pendekatan yang komprehensif bagi para peneliti untuk memahami apakah dan untuk alasan apa individu dan kelompok mampu memformulasikan permasalahan-permasalahan yang mereka hadapi menjadi berbagai bentuk keluhan. Selanjutnya mereka dapat membawa keluhan-keluhan tersebut ke dalam forum-forum yang layak yang dapat memberikan pemulihan. Persoalan tentang pemulihan inilah yang menjadi inti perhatian dari bab lima, yang berjudul ‘Kepastian hukum yang nyata di negara berkembang’ dan ditulis oleh Jan Michiel Otto. Tulisan ini akan membawa kita kepada konsep selanjutnya, yaitu kepastian hukum yang nyata. Konsep tersebut dibangun di atas konsep kepastian hukum, dengan tidak semata-mata membahas persoalan hukum. Kepastian hukum yang nyata adalah titik akhir dari setiap sistem hukum yang mampu memberikan kesempatan kepada setiap warga negara untuk dapat memperoleh pemulihan yang efektif melalui sistem hukum yang ada dan bahwa hasil seperti ini seyogianya sudah dapat diperkirakan sejak awal. Melalui tulisannya penulis menyajikan gambaran mengenai bagaimana interaksi antara hukum, politik, ekonomi, sosial dan budaya, dan aktor-aktor kelembagaan

membentuk usaha pencarian akan kepastian hukum yang nyata. Penulis juga memberikan perhatian mengenai bagaimana akibat-akibat dari intervensi eksternal di dunia yang semakin global terhadap sistem-sistem hukum mempengaruhi usaha-usaha tersebut. Konsep yang keempat, yaitu pluralisme hukum, dikupas oleh Sulistyowati Irianto melalui karangan yang berjudul 'Pluralisme hukum dalam perspektif global'. Konsep pluralisme hukum sedikit berbeda dengan ketiga konsep lainnya. Pluralisme hukum merupakan konsep dengan sejarah panjang yang dapat dipahami dalam beberapa cara yang berbeda. Bahkan, konsep ini sering ditafsirkan sebagai pelemahan posisi sentral negara dalam sistem hukum yang ada. Namun, seperti yang telah dijelaskan dengan baik dalam karangan ini, konsep pluralisme hukum dapat dipandang sebagai sebuah cara nonnormatif yang membuat peneliti semakin sensitif akan fakta bahwa perilaku warga negara dapat diatur dengan lebih efektif melalui sistem-sistem normatif yang bukan merupakan hukum negara.

Dua bab terakhir dari buku ini masing-masing melihat pada proses sentral dari sistem hukum. Jan Michiel Otto, Suzan Stoter, dan Julia Arnscheidt akan mengulas proses yang pertama, yaitu mengenai pembentukan legislasi, dalam karya yang berjudul 'Penggunaan teori pembentukan legislasi dalam rangka perbaikan kualitas hukum dan proyek-proyek pembangunan'. Di dalam tulisan ini, ketiga penulis membahas beberapa teori yang menyediakan penjelasan alternatif atau tambahan mengenai bagaimana proses pembentukan legislasi dimulai dan kemudian berkembang. Sekali lagi, tulisan ini dimaksudkan untuk membantu peneliti semakin sensitif dalam mencari penjelasan-penjelasan tertentu yang tanpa kehadiran teori-teori tersebut akan dengan mudah terlewat. Selain itu perhatian juga diberikan pada dua hal. Pertama, pentingnya menciptakan pengetahuan dasar yang cukup sebagai persyaratan perancangan peraturan perundang-undangan yang efektif. Kedua, bagaimana program-program internasional tentang kerja sama bantuan hukum mempengaruhi proses pembentukan legislasi di negara-negara berkembang. Bab berikutnya adalah satu-satunya bab yang secara eksplisit membahas mengenai Indonesia. Bab ini ditulis oleh Adriaan Bedner dalam karya yang berjudul '*Shopping forums: Pengadilan Tata Usaha Negara Indonesia*'. Tulisan ini membahas mengenai salah satu lembaga utama penyelesaian sengketa, yaitu pengadilan, dan bagaimana pemerintah Indonesia dalam usahanya untuk membangun kembali lembaga peradilan telah menerapkan strategi khusus yang mungkin terlihat menjanjikan. Namun, strategi tersebut tentu tidak hanya memiliki akibat-akibat positif, tetapi juga

negatif. Meskipun tulisan ini memiliki ruang lingkup pembahasan yang lebih sempit, namun tulisan dari bab yang terakhir ini memaparkan berbagai aspek dari pengadilan dan bagaimana lembaga itu berfungsi. Oleh karena itu, menghadirkan wawasan yang lebih umum dari yang mungkin kita perkirakan.

Kami menyadari bahwa banyak topik-topik penting dari kajian sosio-legal yang tidak dimuat dalam edisi ini. Meskipun demikian, kami berharap bahwa buku ini dapat mewakili tujuan sebagaimana yang telah kami jelaskan di atas. Sebagai catatan akhir, kami berharap agar buku ini akan menghasilkan penelitian dan gagasan-gagasan baru yang pada akhirnya akan berujung pada terciptanya sistem hukum yang lebih baik di Indonesia.

Kami juga ingin menggunakan kesempatan ini untuk mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada berbagai pihak yang telah membantu kami merealisasikan proyek ini. Pertama-tama kepada Tristram Moeliono yang telah berbaik hati membantu menerjemahkan tiga buah artikel dengan kualitas yang mumpuni. Kedua, kami ingin menyampaikan ucapan terima kasih kepada para penulis dan penerbit yang telah mengizinkan kami untuk menerjemahkan dan mereproduksi beberapa tulisan dalam buku ini. *Last but not least*, ucapan terima kasih juga kami sampaikan kepada Rebecca Tait selaku koordinator dari proyek *Building Blocks* atas dukungan dan kesabaran yang luar biasa selama proyek ini berlangsung. Penghargaan dan terima kasih juga kami tujukan kepada Slamet Trisila yang telah bersedia menerbitkan buku ini dalam waktu yang sangat singkat.

Editor:

Adriaan W. Bedner

Sulistyowati Irianto

Jan Michiel Otto

Theresia Dyah Wirastri

# DAFTAR ISI

Pengantar ~ v

Pengantar editor ~ vi

Daftar isi ~ xii

Singkatan ~ xiii

**Bab 1. Memperkenalkan kajian sosio-legal dan implikasi metodologisnya**

*Sulistiyowati Irianto ~ 1*

**Bab 2. Aras hukum oriental**

*Jan Michiel Otto & Sebastiaan Pompe ~ 19*

**Bab 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum**

*Adriaan W. Bedner ~ 45*

**Bab 4. Sebuah kerangka analisis untuk penelitian empiris dalam bidang akses terhadap keadilan**

*Adriaan W. Bedner & Jacqueline Vel ~ 84*

**Bab 5. Kepastian hukum yang nyata di negara berkembang**

*Jan Michiel Otto ~ 115*

**Bab 6. Pluralisme hukum dalam perspektif global**

*Sulistiyowati Irianto ~ 157*

**Bab 7. Penggunaan teori pembentukan legislasi dalam rangka perbaikan kualitas hukum dan proyek-proyek pembangunan**

*Jan Michiel Otto, Suzan Stoter & Julia Arnscheidt ~ 171*

**Bab 8. *Shopping forums*: Pengadilan Tata Usaha Negara Indonesia**

*Adriaan W. Bedner ~ 209*

Indeks ~ 241

Tentang penulis ~ 245

# SINGKATAN

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AMDAL	Analisis mengenai dampak lingkungan
Bdk.	Bandingkan
BUMN	Badan Usaha Milik Negara
CEDAW	<i>Convention on the Elimination of Violence Against Women</i>
DPR	Dewan Perwakilan Rakyat
EVD	<i>Economische Voorlichtingsdienst</i>
BPN	Badan Pertanahan Nasional
HAM	Hak Asasi Manusia
IMF	<i>International Monetary Fund</i>
KITLV	<i>Koninklijk Instituut voor Taal-, Land- en Volkenkunde</i>
KTUN	Keputusan Tata Usaha Negara
KUA	Kantor Urusan Agama
LSM	Lembaga Swadaya Masyarakat
OECD	<i>Organization for Economic Co-operation and Development</i>
PHK	Pemutusan hubungan kerja
PLN	Perusahaan Listrik Negara
PP	Peraturan Pemerintah
PNS	Pegawai Negera Sipil
PTUN	Pengadilan Tata Usaha Negara
PTTUN	Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara
MA	Mahkamah Agung
MDG's	<i>Millenium Development Goals</i>
RIMO	<i>Recht van de Islam en het Midden Oosten</i>
ROLAX	<i>Rule of Law and Access to Justice</i>
ROLGOM	<i>Rule of Law-Led Governance Model</i>
SASF	<i>Semi-autonomous Social Field</i>
Tipikor	Tindak Pidana Korupsi
UU	Undang-Undang
WRR	<i>Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid</i>



# MEMPERKENALKAN KAJIAN SOSIO-LEGAL DAN IMPLIKASI METODOLOGISNYA<sup>1</sup>

Sulistyowati Irianto

## Genre “baru” dalam studi hukum Indonesia

Studi sosio-legal sebenarnya bukan studi yang benar-benar baru. Studi yang bersifat interdisipliner ini merupakan ‘hibrida’ dari studi besar tentang ilmu hukum dan ilmu-ilmu tentang hukum dari perspektif kemasyarakatan yang lahir sebelumnya. Kebutuhan untuk menjelaskan persoalan hukum secara lebih bermakna secara teoretikal menyuburkan studi ini. Sementara itu secara praktikal, studi ini juga dibutuhkan untuk menjelaskan bekerjanya hukum dalam hidup keseharian warga masyarakat.

Secara khusus, kegagalan gerakan Pembangunan Hukum di banyak negara berkembang (Carothers 2006), menunjukkan bahwa dalam konteks tertentu baik dalam ranah teoretikal maupun praktikal, studi hukum arus utama tidak dapat menjawab berbagai persoalan keadilan yang menyangkut kaum terpinggirkan. Banyak persoalan kemasyarakatan yang sangat rumit dan tidak bisa dijawab secara tekstual dan monodisiplin, dan dalam situasi seperti ini penjelasan yang lebih mendasar dan mencerahkan bisa didapatkan secara interdisipliner. Oleh karenanya dibutuhkan suatu pendekatan hukum yang bisa menjelaskan hubungan antara hukum dan masyarakat.

Hukum memiliki banyak wajah, oleh karenanya di kalangan ilmuwan (hukum) tidak ada kesepakatan yang tunggal tentang pengertiannya. Pada umumnya hukum diartikan sebagai seperangkat *rules of conduct* yang mengatur dan memaksa masyarakat, juga

1 Isi tulisan ini adalah revisi dari suatu bagian dalam orasi Guru Besar Antropologi Hukum pada Fakultas Hukum UI, 22 April 2009, dengan judul Meretas Jalan Keadilan Bagi Kaum Terpinggirkan dan Perempuan, Suatu Tinjauan Sosio-legal. Tulisan ini juga telah dimuat dalam: Irianto, S. & Shidarta (eds.) (2009), *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.



mengatur tentang penyelesaian sengketa (Otto 2007: 14-15). Dalam pengertian terbatas, hukum selalu dikaitkan dengan hukum negara (*legal centralism*). Namun para antropolog hukum menangkap hukum dengan perspektif yang lebih luas, meliputi tidak hanya hukum negara, tetapi juga sistem norma di luar negara, ditambah pula dengan segala proses dan aktor yang ada di dalamnya. Prof. F. & K. Benda-Beckmann mengatakan:

*The notion of law should not be limited to state, international and transnational law, but should be used to refer to all those objectified cognitive and normative conceptions for which validity for a certain social formation is authoritatively asserted. Law becomes manifest in many forms, and is comprised of a variety of social phenomena* (2006: ix)

Hal yang penting dari definisi di atas, hukum tidak hanya berisi konsepsi normatif: hal-hal yang dilarang dan dibolehkan: tetapi juga berisi konsepsi kognitif. Dalam aras normatif, 'mencuri', 'membunuh', 'korupsi' dilarang baik oleh hukum negara, agama maupun adat dan kebiasaan. Namun kognisi tentang apa yang disebut mencuri, membunuh dan korupsi bisa berbeda-beda dalam konteks politik dan budaya. Orang Madura atau orang Bugis yang merasa harga dirinya terlanggar, yang melakukan *carok* atau *siri* yang dalam kognisi mereka tidak sama dengan "pembunuhan". Demikian pula halnya dengan korupsi, hukum yang manapun melarang perbuatan korupsi karena daya rusaknya yang luar biasa bagi kesejahteraan umat manusia. Namun kognisi tentang korupsi, dalam masyarakat bisa berbeda-beda, apakah "korupsi berjamaah" sama dengan korupsi dalam kognisi undang-undang?

Hukum dapat dipelajari baik dari perspektif ilmu hukum atau ilmu sosial, maupun kombinasi diantara keduanya. Studi sosio-legal merupakan kajian terhadap hukum dengan menggunakan pendekatan ilmu hukum maupun ilmu-ilmu sosial.

Studi hukum di negara berkembang memerlukan kedua pendekatan baik pendekatan ilmu hukum maupun ilmu sosial. Pendekatan dan analisis ilmu hukum diperlukan untuk mengetahui isi dari legislasi dan kasus hukum. Namun pendekatan ini tidak menolong memberi pemahaman tentang bagaimana hukum bekerja dalam kenyataan sehari-hari, dan bagaimana hubungan hukum dengan konteks kemasyarakatan. Atau 'bagaimana efektifitas hukum dan hubungannya dengan konteks ekologisnya' (Otto 2007: 11). Oleh karena itu dibutuhkan pendekatan interdisipliner, yaitu konsep dan teori dari berbagai disiplin ilmu dikombinasikan dan digabungkan untuk mengkaji fenomena hukum, yang tidak diisolasi dari konteks-konteks

sosial, politik, ekonomi, budaya, di mana hukum itu berada.

Hal pertama yang perlu dipahami adalah studi sosio-legal, tidak identik dengan sosiologi hukum, ilmu yang sudah banyak dikenal di Indonesia sejak lama. Kata '*socio*' tidaklah merujuk pada sosiologi atau ilmu sosial. Para akademisi sosio-legal pada umumnya berumah di fakultas hukum. Mereka mengadakan kontak secara terbatas dengan para sosiolog, karena studi ini hampir tidak dikembangkan di jurusan sosiologi atau ilmu sosial yang lain (Banakar & Travers 2005). Pada prinsipnya studi sosio-legal adalah studi hukum, yang menggunakan pendekatan metodologi ilmu sosial dalam arti yang luas.

Mengutip pendapat Wheeler dan Thomas (dalam Banakar 2005), studi sosio-legal adalah suatu pendekatan alternatif yang menguji studi doktrinal terhadap hukum. Kata '*socio*' dalam *socio-legal studies* merepresentasi keterkaitan antarkonteks dimana hukum berada (*an interface with a context within which law exists*). Itulah sebabnya mengapa ketika seorang peneliti sosio-legal menggunakan teori sosial untuk tujuan analisis, mereka sering tidak sedang bertujuan untuk memberi perhatian pada sosiologi atau ilmu sosial yang lain, melainkan hukum dan studi hukum (Banakar & Travers 2005). Sebagai suatu *school of thought* 'baru', studi ini melalui berbagai buku mutakhir dan jurnal sudah menggambarkan teori, metode, dan topik-topik yang semakin mantap menjadi perhatian dari para penekunnya.

Banakar dan Travers menjelaskan bahwa di Inggris, studi sosio-legal berkembang terutama dari kebutuhan sekolah-sekolah hukum untuk memunculkan dan mengembangkan studi interdisipliner terhadap hukum. Ia dipandang sebagai disiplin atau subdisiplin, atau pendekatan metodologis, yang muncul dalam rangka hubungannya atau peran oposisinya terhadap hukum. Studi ini hampir tidak pernah dikembangkan oleh para ilmuwan sosial atau sosiolog. Hal ini tercermin dari kurikulum sosiologi atau tradisi yang dikembangkan di jurusan sosiologi yang hampir tidak pernah menaruh perhatian pada isu-isu teori maupun praktik hukum dalam pengertian ini (Banakar & Travers 2005: 1-26).

Terdapat tiga bidang disiplin ilmu yang sering disamakan saja, karena kesalahpahaman, yaitu studi sosio-legal, sosiologi hukum, dan *sociological jurisprudence*. Dalam hal ini studi sosio-legal sebaiknya, tidak dicampuradukkan dengan sosiologi hukum yang berkembang di banyak negara di Eropa Barat atau aliran pemikiran *Law and Society* di Amerika yang lebih kuat mengadopsi ikatan disipliner dengan ilmu-ilmu sosial (Banakar & Travers 2005). Studi sosio-legal berbeda dengan sosiologi hukum yang benih intelektualnya terutama berasal

dari sosiologi arus utama, dan bertujuan untuk dapat mengkonstruksi pemahaman teoretik dari sistem hukum. Hal itu dilakukan oleh para sosiolog hukum dengan cara menempatkan hukum dalam kerangka struktur sosial yang luas.

Hukum, preskripsi hukum dan definisi hukum tidak diasumsikan atau diterima begitu saja, tetapi dianalisis secara problematik dan dianggap penting untuk dikaji kemunculan, artikulasi, dan tujuannya (Banakar & Travers 2005). Hukum sebagai mekanisme regulasi sosial dan hukum sebagai suatu profesi dan disiplin, menjadi perhatian dari studi sosiologi hukum (Cotterell 1986: 6). Sosiologi hukum banyak memusatkan perhatian kepada wacana hukum yang merupakan bagian dari pengalaman dalam kehidupan keseharian masyarakat (Wignjosoebroto 2002). Hukum yang dimaksudkan adalah kaidah atau norma sosial yang telah ditegaskan sebagai hukum dalam bentuk perundang-undangan (hukum negara). Lingkup kajiannya adalah mengenai berfungsi atau tidaknya hukum dalam masyarakat dengan melihat aspek struktur hukum, dan aparat penegak hukum. Beberapa konsep penting yang dikaji adalah mengenai pengendalian sosial, sosialisasi hukum, stratifikasi, perubahan hukum dan perubahan sosial (Wignjosoebroto 2002: 3-16). Karena menginduk pada sosiologi maka konsekuensi metodologisnya adalah menggunakan metode penelitian sosiologis yang secara tradisi dicirikan berada dalam ranah kuantitatif.

*Sociological jurisprudence* adalah salah satu aliran dalam teori hukum yang digagas oleh Roscoe Pound, dan berkembang di Amerika mulai tahun 1930-an. Mengutip Soetandyo Wignjosoebroto (2002: 8-16), istilah "*sociological*" mengacu kepada pemikiran realisme dalam ilmu hukum (Holmes), yang meyakini bahwa meskipun hukum adalah sesuatu yang dihasilkan melalui proses yang dapat dipertanggungjawabkan secara logika imperatif, namun *the life of law has not been logic, it is (socio-psychological) experience*. Hakim yang bekerja haruslah proaktif membuat putusan untuk menyelesaikan perkara dengan memperhatikan kenyataan-kenyataan sosial. Dengan demikian putusan hakim selalu dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Dari pemikiran inilah lahir doktrin baru dalam *sociological jurisprudence* tentang *law is a tool of social engineering*.

Saya perlu menyebutkan satu (sub) disiplin ilmu lagi, yaitu Antropologi Hukum, yang kemungkinan juga disamakan dengan studi sosio-legal. Antropologi Hukum adalah suatu cabang ilmu yang mempelajari bagaimana hukum sebagai bagian dari kebudayaan, bekerja dalam keseharian masyarakat. Dalam kajiannya, berkerjanya hukum dijelaskan melalui hubungannya dengan unsur kebudayaan yang lain,

yaitu ekonomi, sosial, relasi kekuasaan, juga religi. Pendekatan yang paling dominan dalam antropologi hukum adalah tentang pendekatan pluralisme hukum yang lahir dari isu-isu adanya keberagaman hukum dalam masyarakat.

Dalam rangka luasnya ruang metodologi yang dapat dimasuki oleh studi sosio-legal, tidak tepat untuk mereduksi penelitian sosio-legal sebagai penelitian hukum empiris. Suatu ranah penelitian hukum yang biasanya diasosiasikan dengan studi lapangan untuk mengetahui bagaimana hukum bekerja dan beroperasi dalam masyarakat. Metode sosio-legal lebih luas daripada itu. Bagaimanapun para ahli sosio-legal harus memiliki pemahaman tentang peraturan perundang-undangan, instrumen dan substansi hukum yang terkait dengan bidang studinya, dan kemudian menganalisisnya.

Kedekatan studi sosio-legal dekat dengan ilmu sosial benar-benar berada dalam ranah metodologinya. Metode dan teknik penelitian dalam ilmu sosial dipelajari dan digunakan untuk mengumpulkan data. Metode dalam sosiologi dan antropologi, 'ibu dari ilmu-ilmu sosial', sangat dikembangkan oleh para peneliti sosio-legal. Justru dengan pendekatan sosiologi atau antropologi, maka substansi hukum dapat lebih dijelaskan secara lebih mendasar. Pada saat ini beberapa pendekatan 'terkini', seperti analisis wacana (*discourse analysis*), kajian budaya (*cultural studies*), feminisme dan aliran posmodernisme mendapat tempat dalam penelitian sosio-legal. Isu-isu yang dipelajari juga sangat beragam, seperti proses pembuatan hukum, studi mengenai pengadilan (*courtroom studies*), penyelesaian sengketa di luar pengadilan, korupsi, isu hukum lingkungan dan sumberdaya alam, isu hukum menyangkut perburuhan dan keadilan gender, dan banyak lagi.

Meskipun terdapat perbedaan karakteristik di antara sosiologi hukum, *sociological jurisprudence*, antropologi hukum, maupun studi sosio-legal, namun terdapat benang merah persamaan di antara semua *school of thought* tersebut, yang menempatkannya sebagai studi-studi hukum alternatif. Persamaan tersebut adalah memposisikan hukum dalam konteks kemasyarakatan yang luas, dengan berbagai implikasi metodologisnya. Di sini ditekankan pentingnya mengkaji hukum dengan tidak menempatkannya sebagai bahan terberi, yang terisolasi dari kebudayaan (sistem berpikir, sistem pengetahuan) dan relasi kekuasaan di antara para perumus hukum, penegak hukum, para pihak dan masyarakat luas.

### ***Sumbangan metodologis studi sosio-legal terhadap ilmu hukum***

Karakteristik metode penelitian sosio-legal dapat diidentifikasi melalui

dua hal berikut ini. Pertama, studi sosio-legal melakukan studi tekstual, pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan dan kebijakan dapat dianalisis secara kritis dan dijelaskan makna dan implikasinya terhadap subjek hukum (termasuk kelompok terpinggirkan). Dalam hal ini dapat dijelaskan bagaimanakah makna yang terkandung dalam pasal-pasal tersebut merugikan atau menguntungkan kelompok masyarakat tertentu dan dengan cara bagaimana. Oleh karena itu, studi sosio-legal juga berurusan dengan jantung persoalan dalam studi hukum, yaitu membahas konstitusi sampai peraturan perundang-undangan pada tingkat yang paling rendah seperti peraturan desa.

Di samping itu, studi tentang putusan hakim sangat penting (Hammerslev 2005). Berdasarkan pengalaman selama ini misalnya, Pusat Kajian Wanita dan Gender (PKWJ) UI mengembangkan studi ruang pengadilan (Irianto et al. 2004; Irianto & Nurchayo 2006; Irianto & Cahyadi 2008). Metode yang dilakukan adalah mengkaji kasus-kasus persidangan berdasarkan teks putusan hakim maupun data lapangan dari hasil pengamatan dan wawancara kepara para aktor dan pihak yang terlibat dalam suatu kasus persidangan. Intinya adalah mencari apakah pertimbangan hakim yang mendasari putusannya, di dalamnya terdapat terobosan atau penemuan hukum (*rechtsvinding*) yang memperhatikan rasa keadilan bagi korban (perempuan dan kaum terpinggirkan). Caranya adalah dengan mengkonstruksi suatu kasus, mengidentifikasi pihak-pihak yang bertikai, duduk perkara, argumentasi para pihak, pertimbangan hakim dan putusannya. Pertanyaan-pertanyaan analisis kritis yang dimunculkan diantaranya adalah bagaimanakah identitas atau imaji tentang perempuan termasuk seksualitas, kapasitas dan peranannya diproyeksikan oleh hukum. Apakah hukum merefleksikan realitas dan pengalaman perempuan termasuk kekerasan yang dialaminya? Berdasarkan pengalaman dan realitas, apakah hukum melindungi perempuan? Perempuan yang mana?

Kedua, studi sosio-legal mengembangkan berbagai metode 'baru' hasil perkawinan antara metode hukum dengan ilmu sosial, seperti penelitian kualitatif sosio-legal (Ziegert 2005), dan etnografi sosio-legal (Flood 2005). Thomas Scheffer menggunakan teori jaringan aktor untuk menggambarkan kerja para hakim dan pengacara, melalui wacana hukum sejarah mikro (Scheffer 2005). Banakar dan Seneviratne melakukan studi yang berfokus pada penggunaan teks dan analisis diskursus untuk mengkaji bekerjanya ombudsman (Banakar & Travers 2005). Reza Banakar mengembangkan studi kasus untuk meneliti budaya hukum (Banakar 2005). Sally Merry, dalam suatu tulisan yang indah menceritakan tentang etnografi persidangan internasional, di

## 1. Memperkenalkan kajian sosio-legal dan implikasi metodologisnya

mana persoalan keadilan sosial, dan hak asasi manusia dan perempuan, dipromosikan dalam agenda pembahasan berbagai traktat, dokumen kebijakan dan deklarasi, yang menghasilkan apa yang disebutnya sebagai *transnational consensus building* (Merry 2005).

Pada umumnya para antropolog hukum mengembangkan etnografi hukum untuk mengkaji forum penyelesaian sengketa berbasis komunitas yang biasa dijumpai dalam kehidupan keseharian, Samia Bano (2005) menggunakan etnografi untuk meneliti penggunaan lembaga hukum tidak resmi (*unofficial legal bodies*) seperti *Shariah Councils*, di kalangan perempuan muslim imigran Asia Selatan yang tinggal di Inggris. Atau Anne Griffiths (2005) menggunakan penelitian lapangan di kalangan masyarakat Bakwena di Afrika untuk menjelaskan pengalaman 'berhukum' masyarakat tersebut dalam kehidupan keseharian dan dalam memberi respon terhadap gagasan hukum Barat. Keduanya menggunakan pendekatan kualitatif hukum feminis.

Para peneliti yang mempelajari pluralisme hukum mengembangkan metode etnografi hukum modern seiring dengan isu-isu global yang membuat pendekatan pluralisme hukum semakin tajam memandang fenomena keberagaman hukum (Benda-Beckmann et al. 2005). Dengan demikian dapat dikaji para aktor yang menjadi media bagi terjadinya pertemuan sistem hukum dan menyebabkan hukum 'bergerak', diantaranya adalah mereka yang melakukan perkawinan campuran (Glick Schiller 2005), pelaku migrasi (Nuijten 2005; Zips 2005), dan bertemunya para ahli yang disebut *epistemic community* (Wiber 2005). Metode yang dikembangkan secara interdisipliner itu dapat menjelaskan fenomena hukum yang sangat luas, dan keterkaitannya dengan relasi kekuasaan dan konteks sosial, budaya dan ekonomi di mana hukum berada.

Hal ini menjadi penting, karena sampai hari ini masih banyak sarjana hukum (Indonesia), yang mencari-cari metode penelitian ilmu hukum 'murni' monodisiplin, yang tidak tercemar oleh ilmu sosial. Dalam hal ini bahkan kesalahpahaman sering terjadi di kalangan sarjana hukum pada umumnya. Metode ilmu sosial semata-mata diidentikkan dengan metode kuantitatif yang bicara tentang variabel, pengukuran, pengujian hipotesa dengan hitungan statistik, soal *sampling* dan keterwakilan, dan prosedur yang ketat, yang berada dalam ranah paradigma positivisme.<sup>2</sup> Pandangan seperti ini tentu saja tidak lengkap, karena metode penelitian dalam ilmu sosial hanya dilihat sepenggal saja, yaitu yang berada dalam paradigma positivisme.

2 Suatu aliran berpikir (*school of thought*) yang mengatakan bahwa ilmu sosial harus berkerja seperti ilmu alam untuk bisa memenuhi standar ilmiahnya.

Padahal ada ranah paradigma besar lain, yaitu Interpretivisme dan Kritisal<sup>3</sup> (Sarantakos 1997; Neuman 1997).

Ilmu sosial (hukum) dikatakan ilmiah bila berpikir dan bekerja persis seperti ilmu alam. Setiap realitas (termasuk hukum) harus dapat dibendakan (reifikasi), diamati, dan diukur. Objektivitas dan netralitas menjadi prinsip yang sangat dijaga. Ilmuwan dan objek kajian dianggap dapat berjarak. Keberlakuan prinsip ini dalam ilmu alam yang objeknya adalah benda-benda alam, yang hampir tidak berubah sifatnya dalam rentang waktu, dianggap sebuah keniscayaan. Padahal dalam ilmu alam sendiri, kepastian yang absolut masih dapat dipertanyakan, misalnya karena pengukur suhu tidak hanya diandalkan pada Celcius saja, tetapi juga Farenheit dan Rheamur.

Ketika cara berpikir ilmu alam digunakan untuk mengkaji manusia, maka ada persoalan yang muncul. Dapatkah manusia disamakan dengan benda-benda alam lainnya? Manusia adalah pencipta makna, ia lahir sebagai makhluk yang berkehendak bebas, bermartabat, tidak dibatasi oleh prinsip-prinsip di luar dirinya seperti benda alam lain. Manusia hidup dalam ruang interpretasi, sehingga konsep diri, realitas dan ilmu (termasuk ilmu hukum) adalah juga hasil interpretasi. Dapatkah ilmuwan berjarak dengan subjek kajiannya, yang juga sama-sama manusia? Dapatkah gejala hukum disamakan dengan benda alam? Dapatkah hukum dibendakan, diukur dengan pasti? *Ubi Societas Ibi Ius* (di mana ada masyarakat di situ ada hukum), yang terkenal dari Cicero menunjukkan bahwa keberadaan manusia sangat lekat dengan hukum, sehingga sukar untuk melepaskan gejala hukum dari manusia. Mungkin agak sukar untuk mengadakan pengukuran tentang apa yang dipikirkan dan diinterpretasi oleh manusia tentang hukum (konsepsi normatif dan kognitif).

Memang pendekatan kuantitatif sangat tepat untuk mendapatkan gambaran umum, pemetaan, hubungan kausal antarvariabel. Namun pendekatan ini hampir tidak dapat digunakan untuk mendapatkan pemahaman yang mendalam tentang peristiwa hukum yang dikaji. Pemaksaan untuk menggunakannya, terbukti gagal dalam menjelaskan pemahaman mendalam mengenai persoalan manusia yang selalu melakukan praktik hukum dalam hidup kesehariannya.

Flood mengatakan bahwa 'pertentangan' antara pendekatan kualitatif dan pendekatan kuantitatif adalah bersifat ilusi. Sesungguhnya, keduanya tidak perlu dipertentangkan walau keduanya hadir secara

3 Sebenarnya ada "paradigma baru" yaitu pascamodernisme, yang sudah sangat berkembang dan menjadi rumah bagi banyak teori-reori pascamodernis, tetapi banyak ahli berpendapat ia belum bisa disejajarkan dengan ketiga paradigma sebelumnya (Sarantakos 1997)



nyata dan keduanya memang berbeda. Namun, bilamana para ilmuwan sosial memiliki keberanian untuk tidak melakukan replikasi terhadap ilmu alam, ia akan mempengaruhi dunia secara lebih signifikan (Flood 2005).

Ilmu hukum di Indonesia sangat merasakan kuatnya pengaruh positivisme hukum. Teks hukum diperlakukan seperti benda alam, dipelajari secara terisolasi dari kemasyarakatan. Meskipun dalam *handbook* ilmu hukum modern saat ini, selalu dapat dijumpai aliran pemikiran 'baru', seperti Teori Hukum Kritis, bahkan Jurisprudensi Feminis. Namun aliran lain di luar Positivisme Hukum tampaknya hanya menarik minat kalangan sarjana hukum yang terbatas.

Marilah kita melihat paradigma lain yang lebih menolong dalam menjelaskan gejala-gejala hukum dan hubungannya dengan manusia. Paradigma Interpretivisme dan Kritis justru merupakan rumah yang luas dan menjadi domain bagi banyak pendekatan teori dan metodologi dalam ilmu sosial dan humaniora, dan bahkan sebenarnya menjadi rumah bagi metode penelitian hukum 'murni', yang bertumpu pada analisis tekstual.

Paradigma Interpretivisme terkait dengan *hermeneutics*, yang menekankan tentang eksaminasi terhadap teks (termasuk undang-undang). Peneliti berupaya menemukan makna yang terjalin dalam suatu teks. Ketika melakukan studi terhadap teks, peneliti mencoba menyerap atau memasuki bagian dalam dari suatu pandangan, yang merepresentasikan suatu keutuhan. Kemudian peneliti membangun pemahaman yang mendalam tentang bagaimana bagian-bagian dari teks tersebut berkaitan satu sama lain menjadi suatu kesatuan. Biasanya makna-makna tersebut jarang yang sederhana atau jelas di permukaan. Peneliti hanya dapat memahami makna jika ia melakukan studi yang detail dari suatu teks, melakukan kontemplasi terhadap banyak pesan dalam teks dan mencari hubungan di antara bagian-bagian dari teks tersebut (Neuman 1997: 68).

Paradigma kritis, yang menaungi antara lain teori-teori kritis termasuk Teori Hukum Feminis atau Jurisprudensi Feminis menurut hemat saya, membantu metode penelitian hukum arus umum dengan berbagai pertanyaan kaum terpinggirkan dan perempuan dalam menganalisis suatu produk perundangan. Kata demi kata, kalimat demi kalimat dalam teks peraturan perundangan dicermati dan dianalisis dengan berbagai pertanyaan kritis. Apakah hukum benar-benar dibuat sebagai formalisasi dari kehendak bersama dan kepentingan masyarakat? Ataukah hukum dirumuskan sebagai sarana untuk mendefinisikan kekuasaan? Kekuasaan siapa? Dengan cara bagaimana



kekuasaan dipraktikkan melalui rumusan pasal-pasal? Selanjutnya paradigma kritikal berpendirian bahwa hukum juga dapat digunakan sebagai alat untuk merubah keadaan kearah yang lebih baik.

### ***Kebutuhan penjelasan akademik hukum dalam konteks kemasyarakatan***

Sebenarnya kebutuhan terhadap pendekatan hukum alternatif bisa ditelusuri akarnya di sekolah hukum di Indonesia, bahkan sejak masa awal pendidikan tinggi hukum di Indonesia. Sekolah Tinggi Hukum (*Rechtshogeschool*) pertama kali didirikan di Batavia tahun 1924, dan sejak itu cikal bakal wacana studi sosio-legal sudah ditemukan. Hal ini bisa ditelusuri dari pemikiran salah seorang pendiri *Rechtshogeschool*, Paul Scholten (2005 cet ke-2), yang juga mantan hakim dan pengacara, yang mengatakan bahwa ilmu hukum mencari pengertian tentang hal yang ada (*het bestaande*). Namun pengertian itu tidak mungkin dicapai tanpa menghubungkan hukum dengan bahan-bahan historikal maupun kemasyarakatan. Kemurnian hukum dipertahankan oleh para sarjana hukum, padahal di dalam bahan hukum terkandung bahan-bahan yang tidak murni, sehingga bila itu dipaksakan maka hanya akan menghasilkan *bloodless phantom* (Scholten 2005: 13) atau kerangka tanpa daging (Hoebel dalam Ihromi 2001: 194)

Pendapat Scholten itu berawal dari kritiknya terhadap aliran pemikiran Kelsenian, yang memperlakukan hukum seperti benda-benda alam. Hukum diperlakukan sebagai benda terberi yang diisolasi dari konteks-konteks kemasyarakatan dan historikal (Cotterrell 1986; Scholten 2005 cet ke-2). Ada jarak antara objek kajian dan peneliti, dan jarak itu harus dijaga ketat, atas nama prinsip objektivitas, netralitas dan bebas nilai.

Menurut Scholten, hukum tidak hanya terdiri dari undang-undang dan peraturan, tetapi juga vonis-vonis hakim, perilaku hukum orang-orang yang tunduk pada hukum, perjanjian-perjanjian, surat wasiat, termasuk perbuatan melawan hukum yang dilakukan warga masyarakat (Scholten 2005: 14). Hukum bukanlah benda terberi. Menurut hemat saya, bahkan peraturan perundang-undangan dan berbagai kebijakan sekalipun, adalah produk dari tawar menawar politik, dan akan sukar untuk dipercaya bahwa hukum bisa diisolasi dari kepentingan politik dan relasi kuasa.

Hal ini sejalan dengan yang dikatakan Cotterrell ketika menjelaskan kelemahan dari positivisme hukum. Memperlakukan data hukum sebagai peraturan hukum semata, tidak menunjukkan representasi fenomena hukum yang dinamik. Hal itu juga tidak menunjukkan realitas regulasi sebagai hasil perubahan yang terus-

## 1. Memperkenalkan kajian sosio-legal dan implikasi metodologisnya

menerus, dari interaksi yang kompleks antara individu dan kelompok dalam masyarakat. Positivisme hukum mengidentifikasi data hukum sejauh mungkin melihat ada apa di belakang proses legislasi ketika hukum itu dirumuskan, dan tanpa mempertimbangkan sikap dan nilai di kalangan para pembuat hukum. Sepanjang hukum dapat ditemukan, tidak dirasa perlu untuk memahami apa yang dianggap sebagai keadilan dan ketidakadilan, kebijaksanaan, efisiensi, moral dan signifikasi politik dari hukum (Cotterrell 1986: 10-11). Belum lagi bila bicara tentang perspektif kebudayaan yang banyak digeluti oleh para antropolog hukum. Hukum sangatlah terkait dengan kebudayaan, bahkan mengartikan hukum sebatas hukum undang-undang adalah tidak realistis, karena hukum adalah dokumen antropologis yang hidup.

Dengan demikian menghadirkan studi (pendekatan) hukum alternatif akan memperkaya studi hukum doktriner. Di Indonesia secara “klasik” para sarjana hukum yang mempelajari studi alternatif ini mengembangkan disiplin ilmu dalam filsafat hukum, sosiologi hukum, antropologi hukum, dan hukum adat, dan studi gender dan hukum dalam 15 tahun terakhir. Namun secara tidak disadari banyak di antara mereka sebenarnya juga melakukan studi sosio-legal. Mereka melakukan analisis kritis terhadap teks (dokumen) hukum, sambil menunjukkan pengalaman bekerjanya hukum dalam konstelasi yang rumit bersentuhan dengan relasi kekuasaan dalam masyarakat. Mereka melakukan studi doktrinal, dan sekaligus juga studi empiris. Dalam hal melakukan studi empiris itu, mereka bebas lepas meminjam metode ilmu sosial yang luas yang ada dalam ilmu sosiologi dan antropologi modern, sejarah, ilmu politik, studi perempuan, yang metode penelitiannya juga terus berkembang meninggalkan metode penelitiannya yang klasik.

Pada masa kini, kebutuhan studi sosio-legal menjadi semakin luas, meskipun di dunia akademik hukum pengakuan terhadapnya sebagai suatu ‘genre’ baru dalam studi hukum masih sangat terbatas. Dalam hal ini, gambaran tentang bagaimana perkembangan studi sosio-legal di dunia akademik Belanda dan Indonesia akan dikemukakan.

### *Studi sosio-legal di negeri Belanda<sup>4</sup>*

Gambaran umum yang didapat dari studi singkat di lima sekolah hukum di Negeri Belanda sedikit banyak mengingatkan apa yang

4 Tahun 2008 yang lalu, beberapa dosen dari Jurusan Hukum dan Masyarakat FHUI dan seorang *scholar* NGO dari HuMa, melakukan studi banding skala kecil ke lima fakultas hukum di lima universitas besar Negeri Belanda, yaitu Universitas Amsterdam, Universitas Leiden, Universitas Utrecht, Universitas Erasmus-Rotterdam, dan Universitas Radboud-Nijmegen.

terjadi di Indonesia. Para dosen secara klasik berinduk pada mata kuliah<sup>5</sup> *'Philosophy of Law'*, *'Sociology of Law'*, *'Anthropology of Law'*, dan *'General Jurisprudence'*. Pada umumnya mata kuliah ini di beberapa Fakultas Hukum yang diteliti, berada di bawah departemen *Algemene Rechtsleer* atau *Algemene Rechtswetenschappen* atau *Metajuridica* (*general jurisprudence, legal theory*). Kedudukannya adalah sebagai mata kuliah wajib. Di Universitas Amsterdam mahasiswa wajib memilih *Philosophy of Law* atau *Sociology of Law*, sedangkan di Universitas Utrecht mahasiswa tingkat *bachelor* wajib memilih *Philosophy of Law*, *Sociology of Law* atau *History of Law*. Biasanya di kedua universitas itu mahasiswa tingkat *bachelor* yang mengambil *Philosophy of Law* atau *Sociology of Law* sekitar 200 orang. Demikian pula di Universitas Erasmus Rotterdam, Universitas Radboud Nijmegen dan Universitas Leiden, kuliah ini menjadi kuliah wajib fakultas.

Selanjutnya karena persentuhan para dosen hukum yang mengasuh mata kuliah tersebut dengan berbagai literatur dalam studi hukum dan masyarakat, yang terus berkembang pesat, mereka juga memasuki wilayah studi sosio-legal. Hal itu tercermin melalui munculnya mata kuliah 'baru' seperti: *'Law and Culture'*, *'Law and Society'*, *'Law, Society and Justice'*, *'Comparative Legal Cultures'*, *'History of Law'* dan *'Het Recht en de Rechtsproblemen van Burgers'* (Hukum dan Masalah Hukum Warga), *'Migration law'*, *'Sociology and Religion'*, *'Anti Discrimination Law'*, *'Alternative Dispute Settlement'*, *'Justice, Safety and Security'*, dan *'Comparative Legal Cultures'*. Di Universitas Leiden terdapat mata kuliah diantaranya: *'Law and Governance in Indonesia'*, *'Law and Governance in Africa'*, *'Law and Development in China'*, *'Introduction to Islamic Law'*, dan *'Legal Systems Worldwide'*. Bahkan nuansa dan perspektif sosio-legal memasuki ranah hukum yang 'paling digemari' seperti hukum kontrak, hukum internasional dan penyelesaian sengketa. Studi sosio-legal di Belanda keluar juga dari *genre* yang klasik, bermetamorfose menjadi berbagai perkuliahan lain di atas, yang mempertanyakan hubungan antara hukum dan kebudayaan, hukum dan masyarakat, dan hukum dan keadilan.

Sekolah Hukum Universitas Erasmus-Rotterdam secara jelas menyatakan mengembangkan studi hukum yang interdisipliner bahkan untuk hukum bisnis dan hukum internasional, dengan tujuannya agar mahasiswa menyadari bagaimana hukum berfungsi dalam konteks socio-ekonomi. Sekolah ini mengembangkan pendekatan terintegasi yang memungkinkan mahasiswa bersentuhan dengan ilmu-ilmu

5 Nama mata kuliah sengaja dibiarkan dalam istilah asli, untuk menghindari kesalahpahaman.

## 1. Memperkenalkan kajian sosio-legal dan implikasi metodologisnya

sosial, ekonomi dan manajemen, sebagai bagian dari studi hukum. Hal ini dilakukan agar para lulusan tidak hanya memiliki pengetahuan hukum, tetapi juga pemahaman tentang masalah sosial dan ekonomi dan memiliki ketrampilan yang diperlukan agar bisa berfungsi sebagai sarjana hukum profesional dalam situasi masyarakat global saat ini. Universitas Erasmus yang memiliki program magister dalam bidang *Justice and Safety & Security* yang menawarkan tema-tema terbaru tentang praktik dan penelitian hukum, dalam konteks interdisipliner.

Di antara enam jurusan yang dimiliki oleh Fakultas Hukum Universitas Radboud, Nijmegen terdapat *Institute for Sociology of Law* dan *Philosophy of Law*, yang bersentuhan dengan perkembangan studi sosio-legal di universitas itu. Hal ini ditandai dengan adanya isu-isu teoretik dan praktikal hukum dan kemasyarakatan yang mendapat tempat dalam pusat penelitian *Center for State and Law* dan *Center for Migration Law*. Dalam berbagai jurusan dan pusat kajian ini dilakukan studi-studi tentang hubungan antara hukum dan masyarakat dengan berbagai permasalahan yang bersinggungan dengan isu globalisasi hukum.

Fakultas Hukum Universitas Leiden yang memiliki lembaga penelitian *Van Vollenhoven Institute*, secara historikal sangat dekat dengan kajian hukum Indonesia. Studi sosio-legal sangat kuat dikembangkan di lembaga itu baik dalam bentuk pengajaran, penelitian, publikasi dan koleksi perpustakaan, dan dibentuknya jaringan dengan sarjana sosio-legal di Indonesia, Cina, dan Afrika.

Dari berbagai silabus yang dipaparkan di atas, baik mengenai kuliah dalam *school of thought* yang klasik maupun kuliah dalam ranah studi sosio-legal, terlihat tekanan pada studi literatur dan penelitian empirik yang kuat. Hampir semua mata kuliah yang dipaparkan menugaskan mahasiswa untuk melakukan penelitian hukum empirik. Mereka menggunakan tidak hanya pendekatan studi doktrinal tetapi juga penelitian dengan mengadopsi metode ilmu sosial secara luas.

Hasil studi banding ini memperlihatkan bagaimana kedudukan studi hukum alternatif, baik studi yang klasik, maupun studi sosio-legal berumah di fakultas hukum di Belanda. Di samping itu sarjana sosio-legal (muda) Belanda juga berjejaring dan mengadakan pertemuan-pertemuan akademik, dan memperkaya perkembangan studi sosio-legal di sana selama 10 tahun terakhir. Perlu juga disebutkan di sini bahwa ada banyak komunitas ilmiah dalam ranah studi sosio-legal dalam skala internasional yang saling berhubungan dengan komunitas ilmiah, yang melakukan berbagai pertemuan ilmiah dan menerbitkan

### ***Bagaimana di Indonesia?***

Mata kuliah Filsafat Hukum pada umumnya berada di Jurusan Hukum Dasar dan menjadi mata kuliah wajib di fakultas hukum di seluruh Indonesia, sama dengan di Belanda. Namun, posisi mata kuliah Sosiologi Hukum bervariasi di berbagai fakultas hukum. Demikian pula kondisi mata kuliah yang kurang populer dibandingkan Sosiologi Hukum, yaitu Antropologi Hukum. Misalnya di fakultas hukum Universitas Brawijaya Malang dan fakultas hukum Universitas Diponegoro Semarang, baik Sosiologi Hukum maupun Antropologi Hukum menjadi kuliah wajib di fakultas hukum dan diasuh di jurusan Hukum dan Masyarakat. Di fakultas hukum Universitas Indonesia sendiri mata kuliah Sosiologi Hukum ditempatkan di bagian Hukum dan Masyarakat/Pembangunan, dan menjadi mata kuliah pilihan. Di jurusan ini juga dikelola mata kuliah Antropologi Hukum dan Gender & Hukum,<sup>7</sup> didirikan oleh Prof T.O. Ihromi pada tahun 1992. Meskipun status ketiga mata kuliah ini adalah pilihan tetapi mahasiswa yang termotivasi untuk mengambil kedua mata kuliah ini pada umumnya banyak. Kuliah Antropologi Hukum juga didirikan untuk mahasiswa Program Pascasarjana Antropologi untuk yang pertama kali pada tahun 1992.

Para dosen di fakultas hukum di seluruh Indonesia yang mengajar mata kuliah Sosiologi Hukum, Antropologi Hukum, dan Hukum Adat sebenarnya memiliki jaringan melalui berbagai kesempatan pertemuan. Misalnya, pernah ada program kerja sama dengan Universitas Leiden untuk mengirim tiga rombongan dosen-dosen dari beberapa Universitas di Indonesia untuk belajar antropologi hukum dan mendapatkan program magister, pada tahun 1986, 1987, dan 1990. Kemudian berdasarkan permintaan yang didapat dari hasil survei yang dilakukan oleh Prof. T.O. Ihromi, pada tahun 1989 diadakan kursus-kursus untuk para dosen selama kurang lebih lima tahun, yaitu dari tahun 1991-1995 di UI. Bila saat ini kita pergi ke fakultas hukum di berbagai daerah di Indonesia, kemungkinan besar dosen yang mengajar Antropologi

6 Di antaranya adalah komisi internasional yang tergabung dalam *Commission on Legal Pluralism* (dulu *Commission on Folk Law and Legal Pluralism*), yang beranggotakan sekitar 500 orang, terdiri dari para sarjana hukum, di tambah bidang ilmu sosial lain, yang memberi perhatian pada studi pluralisme hukum dan *socio-legal*. Pada umumnya mereka adalah akademisi, tetapi banyak juga praktisi hukum yang bergerak dalam bidang reformasi hukum pro-rakyat. Mereka mengadakan pertemuan dua tahunan di negara yang berbeda-beda. Pada tahun 2006 pertemuan yang ke 15 diadakan di FHUI.

7 Ketika pertama kali didirikan namanya 'Wanita, Keluarga dan Hukum dalam Pembangunan Nasional'.

Hukum dan Sosiologi Hukum adalah alumnus dari program tersebut. Pada tahun 2007 dan 2008 kerja sama semacam ini direvitalisasi lagi melalui kursus yang diselenggarakan atas kerja sama Van Vollenhoven Institute dan Jurusan Hukum dan Masyarakat, FHUI (Irianto 2009)

Mata kuliah 'Gender dan Hukum' dipromosikan agar dapat dibuat di fakultas hukum lain di seluruh Indonesia. Hal ini berkaitan dengan kegiatan *Convention Watch Working Group UI*, yang melakukan 'Engendering Kurikulum Fakultas Hukum' selama sepuluh tahun. Tujuannya adalah agar para dosen dapat membuka mata kuliah baru dalam bidang Gender dan Hukum atau setidaknya mengintegrasikan instrumen hukum, terutama Konvensi CEDAW (ratifikasi melalui UU No.7/1984), dan isu-isu hukum dengan perspektif perempuan, ke dalam berbagai mata kuliah yang mereka ampu.

Berbagai aktivitas ilmiah di kalangan dosen di atas menandakan tumbuhnya kajian sosio-legal di berbagai fakultas hukum di tanah air. Di samping itu, terdapat kebutuhan terhadap pengembangan kajian sosio-legal di kalangan praktisi hukum di Indonesia, khususnya yang melakukan advokasi untuk tujuan reformasi hukum prorakyat dan pendampingan hukum bagi kelompok terpinggirkan, perempuan dan anak.

Studi hukum doktriner dalam pendidikan tinggi hukum akan lebih diperkaya bila menyediakan sedikit ruang bagi studi hukum sosio-legal. Pendekatan interdisipliner akan membantu menemukan dan menjelaskan keterkaitan hukum dan masyarakat. Dengan demikian akan lahir para sarjana hukum profesional yang tidak hanya paham tentang ilmu hukum, tetapi juga insan hukum yang dapat berfungsi maksimal karena paham tentang sendi-sendi keadilan masyarakatnya sendiri.

## **Kesimpulan**

Tidak diragukan lagi, sumbangan studi sosio-legal terhadap ilmu hukum yang paling utama adalah dalam bidang metodologi. Studi sosio-legal muncul di tengah-tengah sejarah yang panjang tentang kelahiran dan perkembangan ilmu-ilmu klasik tentang hukum dalam ruang yang tidak steril dari pengaruh masyarakat, seperti *sociological jurisprudence*, sosiologi hukum, antropologi hukum, dan hukum feminis. Studi ini tampil dengan menyediakan berbagai kemungkinan yang luas bagi peneliti hukum. Pendekatan hukum doktriner dan pendekatan hukum empirik dengan berbagai metode 'baru'-nya berada dalam ranah ini. Hal ini sangat membantu menjawab keraguan para ahli hukum khususnya di Indonesia, tentang dimana letak akar pohon ilmunya

dan konsekuensi metodologisnya. Metode sosio-legal menunjukkan ruang-ruang di mana perbincangan mengenai akar pohon ilmu adalah masa lalu. Kebutuhan menggunakan pendekatan hukum doktriner dan penelitian hukum empirik akan sangat tergantung pada permasalahan apa yang akan dijelaskan dalam penelitian dan kajian.

## Daftar pustaka

- Banakar, R. & M. Travers (2005), 'Law, Sociology and Method', dalam R. Banakar & M. Travers (eds.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Onati: Hart Publishing Oxford and Portland Oregon.
- Bano, S. (2005), 'Standpoint, Difference, and Feminist Research', dalam R. Banakar & M. Travers (eds.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Onati: Hart Publishing Oxford and Portland Oregon.
- Benda-Beckmann, F. von & K. von Benda-Beckmann (2006), 'The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders', dalam F. von Benda-Beckmann & K. von Benda-Beckmann (eds.), 'The Dynamics of Plural Legal Orders', *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, special double issue, 53-54: 1-44.
- Benda-Beckmann F., K. von Benda-Beckmann & A. Griffiths (2005), 'Introduction', dalam F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann & A. Griffiths (eds.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Aldershot & Burlington: Ashgate
- Flood, J. (2005), 'Socio-Legal Ethnography', dalam R. Banakar & M. Travers (eds.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Onati: Hart Publishing Oxford and Portland Oregon.
- Glick Schiller, N. (2005), 'Transborder Citizenship: An Outcome of Legal Pluralism within Transnational Social Fields', dalam F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann & A. Griffiths (eds.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, 27-50. Aldershot & Burlington: Ashgate.
- Griffiths, A. (2005), 'Using Ethnography as a Tool in Legal Research', dalam R. Banakar & M. Travers (eds.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Onati: Hart Publishing Oxford and Portland Oregon.
- Hammerslev, O. (2005), 'How to study Danish Judges', dalam R. Banakar & M. Travers (eds.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Onati: Hart Publishing Oxford and Portland Oregon.
- Ihromi, T.O. (1993), 'Beberapa Catatan mengenai Metode Kasus Sengketa yang Digunakan dalam Antropologi Hukum', dalam T.O. Ihromi (ed.), *Antropologi Hukum: Sebuah Bunga Rampai*. Jakarta: YOI.
- Irianto, S. (2009), 'Country Report: Studies of Legal Anthropology and Legal Pluralism in Indonesia', makalah dipresentasikan pada Kuliah Umum, Faculty of Law, Kansai University, Osaka Japan, 26 Februari.
- Irianto, S. & A. Cahyadi (2008), *Runtuhnya Sekat Perdata dan Pidana: Studi Peradilan Kasus Kekerasan Terhadap Perempuan*. Jakarta: YOI.
- Irianto, S. & L. Nurcahyo (2006), *Perempuan di Persidangan: Pemantauan Peradilan Berperspektif Perempuan*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.
- Merry, S. E. (2005), 'Human Rights and Global Legal Pluralism: Reciprocity and Disjuncture', dalam F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann



- & A. Griffiths (eds.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Aldershot & Burlington: Ashgate
- Merry, S. E. (1988), 'Legal Pluralism', *Law and Society Review*, Volume 22, 869-896.
- Moore, S. F. (1994), 'The Ethnography of the Present and the Analysis of Process', dalam R. Borofsky, *Assessing Cultural Anthropology*, 362- 376. McGraw Hill.
- Moore, S. F. (1983), 'Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study', dalam S.F. Moore (ed.), *Law as Process: An Anthropological Approach*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Neuman, W. L. (1997), *Social Research Methods: Qualitative and Quantitative Approaches*, 3<sup>rd</sup> edition. Boston: Allyn and Bacon.
- Nuijten, M. (2005), 'Transnational Migration and the Reframing of Normative Values', dalam F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann & A. Griffiths (eds.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Aldershot & Burlington: Ashgate.
- Otto, J.M. (2007), 'Some Introductory Remarks on Law, Governance and Development'. Leiden: Van Vollenhoven Institute, Faculty of Law, Leiden University.
- Sarantakos, S. (1997), *Social Research*. Melbourne: MacMillan Education Australia PTY LTD.
- Scheffer, T. (2005), 'Courses of Mobilization: Writing Systematic Micro-Histories of Legal Discourse', dalam R. Banakar & M. Travers (eds.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Onati: Hart Publishing Oxford and Portland Oregon.
- Seneviratene, M. (2005), 'Researching Ombudsman', dalam R. Banakar & M. Travers (eds.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Onati: Hart Publishing Oxford and Portland Oregon.
- Wiber, M.G. (2005), 'Mobile Law and Globalism: Epistemic Communities versus Community-Based Innovation in the Fisheries Sector', dalam F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann & A. Griffiths (eds.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Aldershot & Burlington: Ashgate.
- Wignjosoebroto, S. (2002), 'Optik Sosiologi Hukum dalam Mempelajari Hukum', dalam *Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*. Jakarta: Huma.
- Ziegert, K. A. (2005), 'Systems Theory and Qualitative Socio-Legal Research', dalam R. Banakar & M. Travers (eds.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Onati: Hart Publishing Oxford and Portland Oregon.
- Zips, W. (2005), 'Global Fire': Repatriation and Reparations from a Rastafari (Re) Migrant's Perspective', dalam F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann & A. Griffiths (eds.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Aldershot & Burlington: Ashgate.

## ARAS HUKUM ORIENTAL<sup>1</sup>

Jan Michiel Otto & Sebastian Pompe

### Pengantar

**D**i dalam tulisan ini para penulis akan memberikan ulasan kronologis singkat tentang studi hukum Hindia Belanda yang diselenggarakan di Universitas Leiden.

Bidang kajian khusus untuk menelaah hukum yang berkembang di Hindia Belanda didirikan pada 1876 di Fakultas Hukum. P.A. van der Lith menjadi orang pertama yang ditunjuk untuk menduduki jabatan guru besar dalam bidang kajian khusus tersebut. Antara 1876 dan 1940, studi hukum Hindia Belanda (*Indisch recht*) berkembang pesat di Leiden. Karya-karya dari C. van Vollenhoven, guru besar dari 1901 sampai 1933, merupakan sumbangan terpenting bagi perkembangan kajian tersebut. Uraianya yang komprehensif dan terinci serta analisisnya terhadap hukum adat dari masyarakat bumiputera yang berdiam di koloni dikenal-luas tidak saja di Belanda, tetapi juga di luar negeri. Karyanya tersebut dapat dianggap sebagai reaksi seorang cendekiawan hukum terhadap pandangan politik hukum yang mendominasi di Belanda pada waktu itu, pandangan yang mendukung dilakukannya kodifikasi dan unifikasi hukum untuk seluruh wilayah Hindia Belanda. Diberlakukannya Kitab undang-undang untuk golongan penduduk Eropa pada tahun 1848 dan 1849, yang pengaruhnya terasa sampai dengan sekarang, merupakan contoh terpenting dari ihtiar kodifikasi tersebut. Momen ini pula yang kiranya menjadi titik tolak tepat guna bagi ulasan kronologis di bawah ini.

1 Tulisan ini merupakan terjemahan dari versi bahasa Inggris yang berjudul: 'Leiden Oriental Connections 1850-1940', yang telah dimuat dalam Willem Otterspeer (ed.) (1989), *Legal Oriental Connection 1850-1940*. Leiden/New York/Kobenhavn/Köln: E.J. Brill.

## 1. Pendahuluan: Sejak kodifikasi sampai dengan pengelolaan bidang kajian studi hukum di Hindia Belanda oleh Van der Lith (1849-1876)

Tidak berapa lama setelah 1800, ambisi Napoleon untuk mempersatukan negara Prancis mendorong terbentuknya sejumlah kitab undang-undang yang komprehensif. Kitab undang-undang tersebut secara efektif mengakhiri periode panjang berlakunya keragaman (sistem) hukum di negara itu. Di Belanda juga muncul ihtiar serupa untuk mengkodifikasi hukum mengikuti model Prancis. Demikian pada 1838 sejumlah kitab undang-undang diberlakukan di Belanda, seperti misalnya Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*) dan Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (*Wetboek van Koophandel*).

Juga dilakukan sejumlah persiapan untuk memberlakukan kitab-kitab perundang-undangan lainnya, dengan sedikit penyesuaian di sana-sini bilamana diperlukan, di Hindia Belanda. Untuk keperluan ini, beberapa komisi dibentuk pada 1830-an.<sup>2</sup> Diantaranya yang paling dikenal adalah komisi yang dibentuk oleh Raja Willem I pada 1839 dan diketuai oleh C.J. Scholten van Oud-Haarlem, mantan ketua Mahkamah Agung Hindia Belanda. Dalam surat tertutup yang ditulis oleh Scholten van Oud-Haarlem, kodifikasi digambarkannya sebagai 'suatu tugas, yang dalam pandangan saya akan secara positif berkontribusi terhadap pemajuan situasi sosial di Hindia-Belanda dan juga mengakhiri situasi ketidakpastian dan kebingungan dalam legislasi di Hindia-Belanda...'.<sup>3</sup>

Ketika pada 1 Mei 1848 perundang-undangan baru tersebut diberlakukan, Mahkamah Agung Hindia Belanda mengadakan upacara resmi khusus untuk itu. Ketua Mahkamah, Jhr. H.L. Wichers dalam sambutannya dalam kesempatan itu memuji pertama Scholten dan kemudian juga Menteri Urusan Koloni, Baud:

Dengan penuh kesadaran akan penting dan manfaat penuh dari ihtiar ini, ia (Scholten van Oud-Haarlem) membaktikan diri sepenuhnya menuntaskan pekerjaan berat ini, ia pun untuk itu mencurahkan segala kemampuannya, sekalipun kondisi kesehatannya buruk, dan sebab itu pula namanya layak disebut dalam catatan sejarah legislasi Hindia Belanda, setara dengan Menteri Urusan Koloni, Baud, yang tanpa henti mendukung, dan juga memberikan kerja sama sepenuhnya serta menyumbangkan pengetahuan serta kepakarannya – tidak terbandingkan – pada pengembangan serta pengelolaan Hindia Belanda, kesemuanya itu turut menjamin keberhasilan ihtiar ini dan yang tanpa itu semua itu tidak

2 Lihat C.C. van Helsdingen (1922), 'Geschiedenis der Indische Codificatie', *Indisch Tijdschrift voor het Recht* 118: 354.

3 Lihat J. van Kan (1926), 'Uit de Geschiedenis Onzer Codificatie', *Indisch Tijdschrift voor het Recht* 123: 363.

akan mungkin terwujud.

Kata sambutan ini dipublikasikan di dalam edisi pertama dari *Het Regt in Nederlandsch-Indië* (Hukum di Hindia Belanda), jurnal hukum yang dipublikasikan di Batavia sejak 1849. Di samping memuat sejumlah besar yurisprudensi (*case law*), jurnal ini juga memuat artikel-artikel menarik yang antara lain mengkaji persoalan-persoalan dalam hukum Islam maupun hukum adat.

Terlepas dari perkembangan yang terjadi di Batavia seperti yang digambarkan di atas, di Fakultas Hukum Universitas Leiden tidak kentara adanya pengembangan studi sistematis tentang hukum di Hindia Belanda. Sekalipun selama beberapa dekade sebelumnya sudah berkembang diskusi panjang tentang niatan mendirikan suatu institusi untuk mendidik calon pegawai negeri yang akan diberangkatkan ke Hindia Belanda untuk bekerja pada pemerintahan kolonial di Leiden, antara 1842 sampai 1864 pelatihan demikian hanya diberikan di *Koninklijke Akademie* (Akademi Diraja) di Delft.<sup>4</sup> Selanjutnya pada tahun itu pula kemudian di Leiden dibentuk suatu lembaga nasional (*Rijksinstelling*) yang mengkombinasikan pendidikan tinggi profesional untuk pegawai negeri dengan pendekatan akademis.

Kombinasi dua pendekatan di atas ternyata tidak berhasil guna,<sup>5</sup> namun demikian, justru di lembaga nasional itulah dikembangkan landasan bagi *Indische rechtswetenschap* (ilmu hukum Hindia Belanda). Awal mula perkembangan ini ditandai dengan pengangkatan P.A. van der Lith sebagai guru besar (profesor) untuk bidang kajian Tata Usaha Negara dan Sejarah Hindia Belanda (*De Indische Staatsinstellingen en Geschiedenis*) pada tahun 1868. Di kemudian hari ia menukar 'Sejarah' dengan koleganya P.J. Veth dan menggantikannya dengan 'Hukum Islam'. Pada 1871, tiga tahun setelah pengangkatannya sebagai guru besar dalam bidang kajian tersebut, ia mempublikasikan dalam kolaborasi dengan Spanjaard buku pegangan (manual) dengan judul "*De Staatsinstellingen van Nederlandsch-Indië*" (Lembaga-lembaga Negara Hindia Belanda).<sup>6</sup>

Seberapapun pentingnya karya Van der Lith, sebagaimana akan diulas di tempat lain, sebenarnya banyak penulis lainnya telah melakukan studi dalam bidang ini, sekalipun lebih secara insidental dan sebagai tambahan dalam studi hukum Belanda. Sejumlah disertasi

4 Lihat A.A.J. Warmenhoven (1977), 'De Opleiding van Nederlandse Bestuurambtenaren in Indonesië', dalam S.L. van der Wal (ed), *Bestuur Overzee*, 12-41.

5 Lihat A.A.J. Warmenhoven, *op.cit.*, 20-23.

6 Lihat *Encyclopedie van Nederlandsch-Indië* (1918), Tweede Deel H-M, 602.

doktoral seperti disertasi karya A.A. Buyskes perihal balai harta peninggalan (*weeskamer*), lembaga kepailitan (*faillissement*) dan panti asuhan (*weeshuizen*) di Batavia (1861), W.A. Engelbrecht perihal syarat-syarat pengangkatan Gubernur Jenderal (1862) dan J.H. Toewater tentang organisasi kekuasaan kehakiman di koloni (1862) merupakan bukti dari itu semua.<sup>7</sup> Disertasi-disertasi tersebut dari waktu ke waktu diulas dan dirujuk kembali dalam jurnal hukum Belanda terkemuka seperti *Themis*.<sup>8</sup>

Studi hukum Islam sudah sejak itu merupakan bidang kajian tersendiri dalam *Indische rechtswetenschap* (ilmu hukum Hindia Belanda). Disertasi lainnya yang banyak mendapat pujian sekaligus diperdebatkan adalah dari L.W.C. van der Berg (1868) perihal hukum kontrak Islam.<sup>9</sup> Tatkala Van der Lith kemudian mengambil-alih bidang kajian ini dari koleganya Veth, tampaknya hal ini merupakan upaya untuk menginkorporasikan, di dalam kurikulum fakultas hukum Leiden, studi *sharia* ke dalam kajian hukum kolonial secara umum. Karena pengetahuan dan penguasaan bahasa Arab jelas merupakan prasyarat, maka pusat kajian atau studi hukum Islam tidak berpindah dari Fakultas Sastra.

## 2. Periode Van der Lith (1876-1901)

Pada 1879 sebagai dampak penutupan dari *Rijksinstelling* yang disebut di atas, jabatan guru besar untuk bidang kajian Hukum Kolonial didirikan di Universitas Leiden. Van der Lith kurang lebih masuk dalam arus perkembangan ini dan pada 20 Oktober 1877 membacakan pidato pengukuhanannya perihal 'maksud serta metode kajian ilmu hukum kolonial'.<sup>10</sup> Perbandingan antara teks dari diskursus ini dengan artikel yang ia tulis dan publikasikan lima tahun kemudian di dalam jurnal hukum *De Gids*, mengindikasikan adanya pergeseran dalam fokus kajian bidang studi yang ia bina. Bilamana pada awal mulanya fokus perhatian ada pada hubungan hukum antara Belanda dengan koloni, maka kemudian telaahan ini berkembang menjadi kajian yang terfokus terutama pada sistem hukum yang berlaku di dalam koloni.

Di dalam pidato pengukuhanannya (sebagai guru besar) Van der Lith masih mendeskripsikan bidang kajiannya sebagai 'hubungan hukum

7 Lihat J.K.W. Quarles van Ufford (1880), 'Academische Verhandelingen over Koloniale Onderwerpen', *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde van Nederlandsch-Indië*, 494.

8 *Ibid.*, 483, 494-495.

9 *Ibid.*, 504.

10 P.A. van der Lith (1877), *Het Doel en de Methode der Wetenschap van het Koloniale Recht*, Leiden: Brill.

yang tercipta jika suatu negara memperoleh koloni atau menguasai wilayah di luar wilayah asalnya.<sup>11</sup> Singkatnya, yang dimaksud dengan hukum kolonial adalah hubungan hukum antara negara induk dengan koloni-koloninya. Dalam konteks ini, fokus kajian adalah pada ketentuan-ketentuan yang mengatur relasi antara keduanya. Kajian perihal struktur hukum internal dari negara koloni tidak diprioritaskan dan menjadi sekunder.<sup>12</sup> Sekalipun demikian, masih dalam pidatonya itu, ia menyatakan bahwa ‘penelitian mendalam terhadap masyarakat di negara induk maupun koloni (...) merupakan keharusan utama’. Kemudian juga Van der Lith menekankan pentingnya memperoleh pengetahuan lebih baik tentang koloni dan penduduknya, keyakinan religius serta nilai-nilai yang dianut masyarakat bersangkutan, dan terakhir tentang norma-norma hukum yang berlaku dalam masyarakat tersebut.<sup>13</sup> Kendati demikian, Van der Lith tidak menguraikan lebih lanjut apa yang ia maksud dengan itu semua di dalam pidatonya tersebut. Ia selanjutnya menyatakan bahwa posisi konstitusional dari pemerintahan kolonial dan perbandingannya dengan pemerintahan kolonial lainnya, khususnya yang berlaku di daerah jajahan Inggris, merupakan fokus utama pidatonya dan untuk selanjutnya juga terus menjadi pusat perhatian telaahannya di tahun-tahun ke depan.<sup>14</sup>

Artikel yang disinggung di atas yang termuat di dalam *De Gids*, berjudul ‘*De koloniale wetgever tegenover Europeesche en inlandsche rechtsbegrippen*’ (Pembuat Undang-Undang Kolonial berhadapan dengan Konsep-Konsep Hukum Barat dan Bumiputera). Di dalam artikel ini, fokus kajian tulisan ini ialah aturan-aturan apakah yang seharusnya berlaku dalam pengelolaan sistem peradilan di koloni, persoalan pemerintahan kolonial yang paling sulit dijawab dengan dampak paling luas dan jauh.<sup>15</sup> Untuk menjawab rumusan masalah ini, Van der Lith membuat pembedaan antara koloni yang terbentuk karena perpindahan penduduk (*volksplantingen*) dan penundukan (*veroveringskoloniën*).

11 Ibid., 5.

12 Ibid., 9.

13 Ibid, 10.

14 Satu rujukan menarik mengenai perhatiannya terhadap hukum bumiputera muncul dalam ucapan terimakasih yang ia sampaikan di penutup pidato. Ia secara khusus menyebut orientalis terkenal Profesor De Goeje: ‘Anda mungkin juga akan terus berada di samping saya sepanjang perjalanan, teman baikku, De Goeje. Adalah dirinya yang memungkinkan saya, melalui pelajaran-pelajaran berharga yang diberikan, untuk menjangkau bidang kajian lain dan memberikan kepada saya pengetahuan yang diperlukan untuk melakukan analisis terhadap konsep-konsep hukum bumiputera yang asing dan sulit dipahami’.

15 P.A. van der Lith (1882), ‘De Koloniale Wetgever tegenover Europeesche en Inlandsche Rechtsbegrippen’, *De Gids* 46, III: 194.

Konsep yang pertama mengindikasikan dibangunnya suatu koloni di dalam wilayah yang sejak semula tidak ada penduduk asli (*terra nullius*), atau di mana penduduk asli tumbuhkembang secara bertahap atau yang penduduk aslinya kemudian bercampur secara progresif dengan kelompok pendatang yang mengkolonisasi wilayah tersebut. Dalam koloni jenis ini, barang tentu hukum dari negara induk harus berlaku sepenuhnya. Kendati demikian Van der Lith juga menyatakan bahwa koloni demikian kemudian bisa saja secara progresif mengembangkan otonomi dalam urusan pembuatan hukum. Dalam tulisan berikutnya tentang keniscayaan menghormati sistem hukum otonom dalam hal koloni diperoleh karena penaklukan, Van der Lith kemudian muncul sebagai pendiri mazhab Leiden yang terkemuka. Mazhab yang selanjutnya dikenal luas melalui tulisan-tulisan Van Vollenhoven:

Situasinya berbeda di koloni yang saya golongkan sebagai koloni yang muncul dari penaklukan, yaitu wilayah yang jatuh ke bawah penguasaan negara induk, karena penaklukan melalui kekuatan (militer) yang jauh lebih kuat, dihuni oleh mayoritas penduduk asli yang mempertahankan perikehidupan mereka sendiri, dan yang memiliki sistem hukum sendiri, serta dalam lintasan waktu terbentuk menjadi masyarakat otonom tertutup, hidup berdampingan, tanpa sekaligus membentuk satu kesatuan utuh, dengan masyarakat koloni dan keturunan mereka yang umumnya merupakan kelompok minoritas. Institusi (sistem) hukum yang ada dalam masyarakat asli sejauh diakui dan dikenali sebagai hukum serta nyata mengatur perikehidupan masyarakat asli tersebut, seyogianya dihormati oleh para penakluk yang begitu saja masuk mencampuri kehidupan mereka. Satu dan lain karena sejalan dengan apa yang dimaknai oleh masyarakat asli tersebut dengan konsep hukum, pranata tersebut harus dianggap berlaku sebagai hukum. Dalam hal terjadi konflik dengan gagasan yang berlaku tentang kesusilaan umum (moralitas) dan bilamana kepentingan dominan dari masyarakat penakluk mengharuskan pengesampingannya, maka hukum asli demikian dapat dibatalkan atas dasar hak yang muncul dari penaklukan. Namun hal itu hanya boleh dilakukan dengan dan melalui hukum, dan hukum masyarakat asli tersebut tetap dianggap absah sampai dengan tegas dinyatakan batal. Sekalipun demikian, institusi (pranata atau sistem) hukum lain, terlepas dari apakah bertentangan dengan hukum yang dari penakluk, tetap harus dihormati, dan sejauh mungkin penerimaan hukum penakluk oleh masyarakat asli harus dilandaskan pada persuasi. Sebabnya ialah karena kekuasaan untuk memaksakan (sistem) hukum sendiri ke atas kelompok masyarakat lain hanya mungkin dilakukan atas dasar adanya kebutuhan untuk mempertahankan diri (*zelfbescherming*) atau atas dasar sejumlah kecil dan terbatas konsep-konsep moral dasar yang diakui secara universal. Bahkan dalam hal demikian, hal itu jika tidak dilandaskan pada rasa keadilan (*rechtsgevoel*), sejatinya beranjak dari tuntutan penyelenggaraan negara yang baik (*staatsmanschap*). Nyata pula bahwa konsep hukum hanya dapat diterima oleh suatu masyarakat apabila bertumbuh kembang



dari pemahaman mereka sendiri tentang hukum, berkembang selaras dengan perkembangan yang dialami masyarakat yang bersangkutan dan juga, dalam lintasan sejarah, berhasil mengakar dalam kesadaran (hukum) masyarakat tersebut. Kiranya hal ini jauh berbeda dalam hal kita berbicara tentang konsep-konsep hukum yang dibawa oleh masyarakat penakluk, tatkala kesenjangan dalam tingkat perkembangan, diiringi oleh keyakinan agama yang jauh berbeda yang meninggalkan jejak panjang dalam karakter bangsa, pada akhirnya memunculkan jurang yang sulit dijembatani antara penakluk dengan penduduk pribumi di koloni. Hal ini terutama berlaku dalam hal kita berhadapan dengan masyarakat yang sama sekali tidak memiliki kehendak meningkatkan perikehidupan mereka sendiri, satu faktor yang memainkan peran penting dalam sejarah bangsa-bangsa Barat dan yang bagaimanapun juga sebagaimana dikatakan seorang penulis Inggris terkenal, merupakan bagian terbesar dari umat manusia.<sup>16</sup>

Dalam argumennya tersebut di atas, hal mana nyata relevan dengan situasi di kepulauan di Hindia Belanda, Van der Lith mengajukan pandangan perlu dihormatinya institusi (sistem) hukum masyarakat asli. Ia sekaligus menekankan tidak masuk akal nya memberlakukan hukum Barat, yakni karena tidak sesuai dengan konsep atau pemahaman tentang hukum yang dimiliki oleh masyarakat bumiputera, tingkat perkembangan masyarakatnya dan agama atau kepercayaan yang dianut.<sup>17</sup>

Van der Lith dalam bagian kedua tulisannya secara khusus menelaah pandangan Mr. L.W.C. van den Berg yang termuat dalam *De Beginselen van het Mohammedaansche Recht* (Prinsip-Prinsip Hukum Islam), edisi kedua yang terbit pada 1878. Ia berpandangan bahwa buku Van den Berg, terlepas dari sejumlah kekurangan, harus dianggap karya yang luar biasa,<sup>18</sup> sekalipun hukum Islam hanya dapat diberlakukan terhadap sekelompok kecil masyarakat di nusantara.<sup>19</sup> Selanjutnya ia menyatakan bahwa kekayaan dan keragaman dari hukum-hukum agama yang ada, institusi kemasyarakatan dan kebiasaan (adat-istiadat) bagaimanapun juga pada akhirnya memunculkan situasi ketidakpastian hukum. Maka atas dasar itu ia mendorong dilakukannya kodifikasi hukum demi kepentingan masyarakat bumiputera sendiri, seberapapun sulitnya itu dilakukan.<sup>20</sup>

16 Ibid., 106-147.

17 Ibid., 197.

18 Ibid., 214.

19 Ibid., 218 et seq.

20 Ibid., 228-229.



Namun, bagaimanapun juga, menurut hemat saya, harus mulai dilakukan penelitian untuk menemukan konsep-konsep hukum manakah yang hidup bertahan di wilayah mana dan dengan melakukan ini, seperti juga tatkala kita menelaah hukum di tempat, mendengarkan warga biasa penduduk asli. Sekalipun pada saat sama kita tidak boleh mengabaikan keharusan melakukan konsultasi dengan pimpinan masyarakat asli atau pimpinan agama. Dengan cara ini kita akan memperoleh gambaran tentang ragam kebiasaan (adat-istiadat) dan konsep-konsep hukum yang pasti akan berbeda jauh satu sama lain, dan sekalipun demikian kita harus dapat memilah dan memilih dari antaranya.

Van der Lith tidak pernah berhasil mendorong dilakukannya penelitian demikian. Sekalipun begitu jasanya yang tidak boleh dilupakan ialah kenyataan bahwa adalah dirinya yang menunjuk pada perlunya dilakukan hal tersebut. Lagipula tidak terbantahkan bahwa sebagai seorang guru ia menjadi inspirasi bagi banyak mahasiswa termasuk kandidat doktor. Sekurang-kurangnya duapuluh delapan disertasi doktoral dengan objek studi hukum di Hindia Belanda ditulis dan dipromosikannya sebagai guru besar. Prestasinya ini hanya dilampaui oleh penggantinya Van Vollenhoven, yang membimbing penulisan enam puluh tujuh disertasi doktoral dalam bidang kajian di atas.

Penelitian doktoral pada waktu itu umumnya difokuskan pada persoalan-persoalan yang dihadapi pemerintahan kolonial Hindia Belanda di paruh akhir abad ke-19. Contoh dari persoalan-persoalan yang dapat disebut di sini, antara lain, berkenaan dengan diberlakukannya undang-undang perburuhan, hal yang diperlukan untuk mengantisipasi masuknya investasi privat di Sumatra Timur (distrik Deli) khususnya dan reorganisasi kekuasaan kehakiman (sistem peradilan) kolonial berkenaan dengan hukum Islam. Pokok soal pertama ditelaah oleh C.H. van Delden (1894)<sup>21</sup> dan dengan cara bersahaya merupakan kritik yang mendahului kecaman keras terhadap sistem ekonomi eksploitatif yang ada pada saat itu, terutama yang diberlakukan di Sumatra Utara.<sup>22</sup> Penulis disertasi tersebut menunjukkan pada sejumlah lubang dalam peraturan perundang-undangan yang ada, hal mana memungkinkan penindasan oleh majikan. Dengan demikian, *Koelie Ordonnantie* (Ordonansi Kuli) yang sangat dikenal reputasi buruknya memuat ancaman pidana bagi buruh yang melalaikan kewajibannya. Dengan itu pula buruh ditempatkan dalam posisi yang dapat diperbandingkan dengan perbudakan. Disertasi ini membuktikan bahwa kritikan

21 C.H. van Delden (1894), *Bijdrage tot de Arbeidswetgeving van Nederlandsch Oost-Indië*.

22 Tentang hal ini lihat J. Breman (1987), *Koelies, Planters en Koloniale Politiek*. Dordrecht: Foris.

terhadap sistem perburuhan yang berlaku di Sumatra Utara sudah muncul pada akhir abad ke-19, sekalipun kritikan demikian hanya 'akan didengar oleh sekelompok kecil orang' sebagaimana dikatakan oponent utama, J. van den Brand, teman Van Delden.<sup>23</sup>

Satu disertasi doktoral lainnya yang juga menarik dari kurun waktu yang sama ditulis oleh C.B. Nederburgh perihal administrasi peradilan dalam hukum Islam (1880).<sup>24</sup> Tulisannya merupakan serangan terhadap hakim-hakim (peradilan) Islam yang pengetahuannya dikatakan sangat buruk. Nederburgh tidak ragu mengungkapkan pandangannya. Ia menyatakan (hal. 102): 'studi hukum di negara-negara Muslim mutunya disayangkan sangat rendah', dan merekomendasikan diselenggarakannya pengawasan berlanjut pengadilan agama (Islam) oleh pengadilan sipil. Dalam kenyataan dua tahun setelah disertasinya terbit, sistem peradilan kolonial mengalami re-organisasi mengikuti saran-saran Nederburgh, yakni dengan diawasinya penyelenggaraan kekuasaan pengadilan agama (Islam) oleh pengadilan sipil. Sistem ini berlaku sampai dengan tahun 1989 di Indonesia.

### 3. Periode C. van Vollenhoven (1901-1933)

Pada September 1901, Ratu Wilhelmina yang waktu itu berusia dua puluh satu tahun, memaklumkan perlunya dilakukan penelaahan atas tingkat kesejahteraan rakyat (di-) Jawa. Dengan itu, politik etis (*ethische politiek*) menjadi bagian dari politik resmi pemerintah.<sup>25</sup> Pesan yang disampaikan *Max Havelaar* (1860) oleh Multatuli dan hutang yang sejatinya muncul dari kehormatan bangsa Barat '*Een Eereschuld*' (*Suatu Denda Kehormatan*) (1899) oleh Van Deventer rupanya sampai di telinga pemerintah dan dimengerti. Kebijakan resmi pemerintah kolonial tidak lagi hanya mengeksploitasi koloni (Hindia Belanda) namun baik sebagai pengganti ataupun berjalan berdampingan dengan eksploitasi, juga akan ditujukan untuk memajukan kemakmuran dan kesejahteraan masyarakat bumiputera.<sup>26</sup> Kiranya jelas bahwa dalam penyelenggaraan peradilan (kekuasaan kehakiman), para ahli hukum akan menerima

23 '... karya-karya ilmiah hanya diperhatikan oleh sedikit orang' dalam J. van den Brand (1902), *De Millioenen uit Deli*, hal. 14. Booklet karangan Van den Brand merupakan kecaman terpenting terhadap eksese dari usaha-usaha privat yang berkembang di wilayah tersebut. Lihat secara umum, J. Breman (1987) op. cit.

24 C.B. Nederburgh (1880), *Bijdrage tot de Interpretatie der Artt. 78 Al. 2 en 83 van het Reglement van Nederlandsch-Indië in verband met Art. 3 van het Reglement op de Rechterlijke Org. in N.I.*

25 M.C. Ricklefs (1981), *A History of Modern Indonesia: C. 1300 to the present*. Hal. 34. London: Macmillan.

26 Lihat J. Breman (1987) op. cit.

tantangan baru yang muncul dengan memfokuskan diri menjawab persoalan bagaimana keadilan, dalam artian sesungguhnya, dapat diberikan kepada lebih dari tigapuluh juta pencari keadilan (di Hindia Belanda). Salah satu dari ahli hukum yang menerima tantangan tersebut dengan sedemikian bersungguh-sungguh sehingga menempatkan semua kolega di bawah bayang-bayangnya ialah Cornelis van Vollenhoven (1874–1933). Oleh karena itu, karya-karyanya, juga dari mahasiswa bimbingannya, akan menjadi fokus telaahan bagian tulisan di bawah ini. Sekalipun pada bagian akhir akan diulas pula beberapa orang lainnya yang karya-karyanya – biarpun tetap berada di bawah bayang-bayang kebesaran Van Vollenhoven – tetap layak disebut.

Pada tanggal 2 Oktober 1901, Van Vollenhoven, pada waktu itu berusia duapuluh tujuh tahun, menyampaikan pidato pengukuhan sebagai guru besar. Dengan itu ia memulai jabatannya sebagai Profesor dalam bidang kajian Hukum Konstitusional dan Tata Usaha Negara Koloni-Koloni dan Wilayah-Wilayah Seberang Belanda dan Hukum Adat di Hindia Belanda (*Het Staatsrecht en de Inrichting van 's Rijks Koloniën en Overzeese Bezittingen en het Adatrecht van Nederlandsch-Indië*). Dalam kenyataan, jabatan ini memaksanya mengemban tugas pengajaran ganda. Namun, hal ini bukan sesuatu yang baru bagi guru besar muda ini. Pada 1891 ia sebagai mahasiswa mengambil dua jurusan sekaligus di Leiden: jurusan Bahasa-Bahasa Semitik dan jurusan Hukum. Pada 13 Mei 1898, ia memperoleh gelar doktoral dua kali, satu dalam bidang ilmu politik dan satu lagi dalam bidang hukum.<sup>27</sup>

Sebagai mahasiswa dan anggota dari Perhimpunan Mahasiswa di Leiden (*Leids Studenten Corps*), 'Kees' tidak saja aktif sebagai sekretaris dewan redaksi dari Almanak, namun juga dari jurnal perhimpunan kemahasiswaan tersebut, *Minerva*. Pada 1895, ia mencalonkan diri untuk menjabat kedudukan tertinggi, yaitu sebagai *praeses collegii* (ketua perhimpunan). Ia tidak saja sangat berambisi, namun juga memiliki keyakinan penuh bahwa ia akan berhasil menjalankan jabatan yang dipercayakan kepadanya.<sup>28</sup> Ia sangat kecewa ketika orang lain yang terpilih untuk menjadi ketua klub mahasiswa itu. Kendati demikian ia tetap aktif berkiprah, mengajukan usulan-usulan – prakarsa yang sangat progresif pada waktu itu – untuk mengintegrasikan anggota-anggota perhimpunan mahasiswa maupun non-anggota ke dalam satu kelembagaan mahasiswa pada tingkat internasional. Pada saat yang

27 H.W.J. Sonius (1976), *Over Mr. C. van Vollenhoven en het Adatrecht van Indonesië*, 8-9, Nijmegen.

28 Henriëtte T.L. de Beaufort (1954), *Cornelis van Vollenhoven 1874-1933*, 31. Haarlem: H.D. Tjeenk Willink.

sama ia bersumpah tidak lagi akan membiarkan diri dipermalukan dan berjanji akan memusatkan perhatian pada studinya.

Ketiga guru besar, Profesor Land (filsuf), Profesor De Goeje (orientalis) dan Profesor Oppenheim (hukum) adalah guru-guru favoritnya. Di dalam disertasi bidang kajian ilmu politiknya: *Omtrek en Inhoud van het Internationaal Recht* (Lingkup dan Substansi Hukum Internasional), ia menggambarkan sistem hukum internasional yang terus mengembang, dengan cara yang memunculkan pujian, yakni karena: analisisnya yang tajam, pemahaman materi yang mendalam, wawasan yang luas.<sup>29</sup> Karya-karya tulisnya yang muncul belakangan sangat terpengaruh oleh kesadaran akan perlunya pengembangan tata dunia yang lebih adil, dan beranjak dari ihtiar itu ia menempatkan Belanda sebagai negara ideal yang dapat mendorong perkembangan demikian dan di dalam mana Leiden akan memainkan peran sentral. Kebijakan hukum kolonial terhadap Hindia Belanda pada waktu itu merupakan satu studi kasus baginya. Leiden akan menjamin bahwa 'kaitan atau koneksi dengan (dunia) Timur' di dalam sistem (tatanan) dunia tersebut harus terjalin dan dikelola dengan baik. Semangat demikian nyata muncul dan melandasi pidato pengukuhan sebagai guru besar Leiden, yang ia sampaikan dihadapan para mahasiswa, pada 1901:

Kemajuan dalam studi hukum, mohon perhatian dari pemirsa semua tentang ini, dan berkembangnya perhatian pemerintah juga pada urusan-urusan hukum, berarti bahwa Belanda dan koloni-koloninya akan membutuhkan tiap tahunnya tambahan lebih banyak pakar-pakar hukum, mereka yang lebih berkualitas dan lebih trampil. Pengenalan akan hukum asing, harus saya tambahkan, kiranya akan memberikan pemahaman yang baru dan segar akan pengetahuan hukum sehari-hari, sekalipun tidak serta-merta dapat diaplikasikan. Kemudian diseminasi hukum keseluruhan dunia mensyaratkan bahwa kita, dalam lingkup hukum kita sendiri, tidak boleh abai terhadap ragam lintasan yang suatu waktu kelak akan bersatu padu. Bila anda semua tidak melihat mengapa Belanda harus mencermati hal ini, maka kalian bisa saja memperoleh gelar keserjanaan sekadar berangkat dari pandangan-pandangan yang dipostulatkan. Jika kalian tidak percaya bahwa Hindia dapat memaksa Belanda, dan Belanda harus mengikuti contoh perkembangan hukum di sana, maka berpuaslah untuk selama studi kalian di sini sekadar memperoleh keahlian berprofesi. Sebaliknya, bila kalian mengakui betapa pentingnya tugas di atas, maka saya memiliki harapan tinggi. Karena, jika Belanda menerima tantangan yang muncul, dan dengan demikian, akan menjadi contoh yang patut dirujuk dalam bidang pengembangan hukum, maka hal itu akan memberi kepuasan tertinggi bagi saya. Selanjutnya saya yakin bahwa dorongan

29 Ibid., 38.

awal bagi realisasi ihtiar ini akan muncul dari Leiden.

Karya-karya ilmiah Van Vollenhoven sekurang-kurangnya mencakup tiga bidang kajian: hukum internasional, hukum konstitusional dan hukum administrasi serta hukum adat. Ia memperoleh gelar doktoral untuk bidang studi yang disebut pertama dan ia menjabat sebagai guru besar untuk dua bidang kajian yang disebut terakhir. Sejarah mengakui peran dirinya sebagai pionir (pembuka jalan)<sup>30</sup> di ketiga bidang kajian tersebut. Namun pertama dan terutama ia adalah seorang pakar hukum adat: penemu, pengembang, pembangun sistem dan pendukung dari studi hukum adat tersebut.

Namun, apa sebenarnya hukum adat yang ia kembangkan? Di dalam bukunya, *Ontdekking van het adatrecht (Penemuan Hukum Adat)*, Van Vollenhoven mengatribusikan penggunaan pertama dari konsep hukum adat pada pendahulunya yang jauh lebih tua dan sangat ia hormati, Snouck Hurgronje. Beberapa halaman dari bukunya merujuk pada buku Hurgronje, *De Atjehers (Orang Aceh)*.<sup>31</sup> Sekalipun begitu, di dalam bukunya Snouck jarang menggunakan konsep tersebut, dua atau tiga kali, dan lagipula hanya sebagai konsep gabungan: 'hukum-adat' (*adat-recht*). Kita dapat persoalkan atas dasar pandangan siapakah sebenarnya konsep 'hukum-adat' masuk ke dalam pemikiran dan pengajaran yang dikembangkan Van Vollenhoven. Karena pendahulunya, Van der Lith dahulu lebih sibuk menelaah dan mengajar *Mohammedaansch Recht* (Hukum Islam) dan *Staatsrecht en de Inrichting*

30 W.J.M. van Eijsinga (1947), 'Van Vollenhoven 8 mei 1874-29 april 1933', *De Gids*.

31 Penelaahan atas sumber-sumber relevan mengungkapkan fakta bahwa Snouck Hurgronje menggunakan konsep gabungan '*adat-recht*' dua kali (hal.16 dan hal. 386); di dalam Volume I (1893) dan dalam Volume II (1894) ia menyebut kata '*adatrecht*' hanya sekali, kali ini sebagai konsep uniter tanpa tanda sambung. Dengan mengandaikan bahwa tidak ada kesalahan pencetakan dari penerbit, maka kita dapat simpulkan bahwa ketika menulis Volume I, Snouck hendak menekankan fenomena yang berdiri sendiri, yang mencakup baik elemen adat (kebiasaan) dan hukum. Kemudian di dalam Volume II, konsep ini tidak lagi dipahami sebagai gabungan dua elemen dan muncul sebagai satu kesatuan utuh, dan konsep inilah yang kemudian mengilhami Van Vollenhoven dalam karya-karya tulisnya. Dari sudut pandang tata bahasa kita tidak dapat menjelaskan konsep baru ini sebagai satu spesies hukum yang tersendiri, misalnya: disamping adanya '*wettenrecht*' (hukum perundang-undangan) kita temukan pula hukum kebiasaan (hukum adat). Dalam rumusan Van Vollenhoven tersebut, bagaimanapun juga sebagai kontrasnya ada species 'adat', yaitu kebiasaan yang memiliki konsekuensi hukum, 'aturan yang muncul dari kebiasaan yang memiliki sanksi sebagai alat pemaksa' (Het adatrecht, Vol. I, hal. 8 dan hal. 10); dari sudut pandang tata bahasa (gramatika), '*rechtsadat*' (adat hukum) akan lebih selaras dengan definisi yang dikembangkan Van Vollenhoven. Meski demikian, dengan berbicara tentang '*adatrecht*', Van Vollenhoven berhasil menggambarkan bagian dari adat yang berada dalam lingkup hukum; dan bagaimanapun juga apabila sesuatu hal digambarkan sebagai 'hukum', maka hal itu akan menjadi perhatian dari ahli hukum dan pemerintah.

*van 's Rijks Koloniën en Overzeese Bezittingen* (Hukum Tata Negara dan Tata Usaha Negara di Koloni-Koloni dan Wilayah-Wilayah Seberang Belanda). Juga dapat dipertanyakan mengapa Van Vollenhoven, baik dalam pidato pengukuhan *Exacte Rechtswetenschap* (Ilmu Hukum Sains) dan dalam karya terbesarnya *Het adatrecht van Nederlandsch-Indië* (Hukum Adat Hindia Belanda) tetap tidak berhasil memberikan definisi yang lebih terinci perihal hukum adat.

Terlepas dari itu, hukum adat adalah salah satu gagasan besar dari Van Vollenhoven. Bahkan bisa jadi ia adalah pencipta dan bukan sekadar penemu dari hukum adat tersebut. Sekalipun bukan berarti bahwa ia yang pertama melakukan studi tentang itu. Ia sendiri memberikan pengakuan atas peran terhormat tersebut kepada pendahulunya yang sangat cerdas, Wilken (1847-1891) yang menurut Van Vollenhoven merupakan orang pertama (pionir) yang melakukan studi tentang hukum adat.<sup>32</sup> Dalam kegiatan dokumenternya di bagian timur Indonesia, Wilken adalah yang pertama menggambarkan hukum demikian 'tempat tersendiri di dalam data etnografikal yang lebih luas'.<sup>33</sup>

Meski begitu adalah Van Vollenhoven yang berjasa '(...) meningkatkan kajian hukum adat menjadi kajian ilmu yang berdiri sendiri (...) mungkin tanpa dirinya ilmu hukum adat (*de wetenschap van het adatrecht*) (...) tidak akan pernah dirumuskan', demikian diungkap oleh pengagumnya, Van Ossenbruggen.<sup>34</sup>

Bagaimanakah seseorang menciptakan ilmu pengetahuan? Pertama-tama ia memiliki semua potensi yang diperlukan: intelegentitas dan kemampuan nalar yang luar biasa, kecakapan berbahasa yang unggul dan semangat kerja keras, tanpa mengabaikan ketekunan. Kedua, ia berhasil menguasai semua pengetahuan yang dibutuhkan: hukum dalam perspektif sejarah dan perbandingan, budaya dan bahasa-bahasa Timur, ilmu politik. Ketiga, di samping pengetahuan dan kemampuan intelektual luar biasa, Van Vollenhoven sangat memperdulikan orang-

32 C. van Vollenhoven (1928), 'De Ontdekking van het Adatrecht', 99-104, Leiden: Brill. Wilken berkiprah sebagai pegawai di pemerintahan kolonial sebelum bekerja di Leiden di mana ia untuk beberapa waktu mengajar di sekolah tinggi regional non-akademik. Pada tahun 1885-1891 ia menjabat sebagai profesor di Fakultas Sastra Universitas Leiden. Kumpulan tulisannya, diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris, dipublikasikan oleh C.O. Blagden yang dalam pengantarnya menggambarkan Wilken sebagai 'salah seorang pakar Belanda yang penting dalam sosiologi dari ras-ras Indonesia. Lihat Van Vollenhoven op. cit. (1928), 99.

33 Ibid., 101.

34 F.D.E. van Ossenbruggen (1933), Prof. mr. Cornelis van Vollenhoven als Ontdekker van het Adatrecht (*Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde van Nederlandsch-Indië*), Vol. 90 (II-III).

orang, masyarakat dan dunia pada umumnya serta memiliki keyakinan religius yang mendalam. Terinspirasi oleh kualitas yang disebut terakhir, ia yang dengan segala talenta yang dimilikinya sesungguhnya dapat menempuh jalur karir paling cemerlang justru (...) menempuh jalur yang membawanya ke luar dari dunia hukum aktual di negaranya sendiri.<sup>35</sup> Dalam suatu pidatonya yang berjudul *De Poëzie in het Indisch Recht*<sup>36</sup> (Puisi di dalam Hukum Hindia Belanda) pada 1932 yang disampaikan dihadapan mahasiswa dari sekolah hukum di Batavia, ia menelisik gagasan kosmis dari bangsa Yunani, konsep dharma dari Hindu kuno dan Tao dari bangsa Cina, sebelum membahas persoalan apakah tatanan kehidupan demikian, di mana tercakup ke dalamnya, 'benda-benda angkasa dan kekuatan alam, tumbuhan dan hewan, manusia – terutama manusia –' tidak juga 'terkadang tampak sekejap dalam dan melandasi hukum yang ada sekarang ini di Hindia'.<sup>37</sup> Ia menunjukkan bahwa hukum adat merangkum sejumlah besar elemen yang tidak serta merta dapat dikatakan langsung 'bermanfaat, menguntungkan, praktikal', namun kiranya muncul dari suatu hal yang mensyaratkan sentimen, akal budi dan keyakinan (religi), yang bertumbuh kembang dari tatanan (kehidupan) yang disadari penuh dan mempersatukan semua makhluk dalam satu kesatuan utuh, beranjak dari puisi, 'dari sesuatu yang lebih hangat dan lebih jauh jangkauannya'.<sup>38</sup>

Van Vollenhoven, yang mengabdikan seluruh hidupnya berupaya melindungi hukum adat dari intrusi hukum Eropa, menyadari betul bahwa di antara para pendengarnya di Batavia tentu ada yang meragukan pandangannya, mereka yang menganggap hukum Eropa lebih tinggi kedudukannya serta menganggap hukum adat hanyalah sekadar hambatan terhadap upaya pemajuan masyarakat. Terhadap mereka itu ia mengajukan tantangan berikut:

Maka jika ada diantara kalian yang berpikir bagaimana seorang profesor dari Belanda ingin membalikkan arah jarum jam dari perkembangan hukum di Hindia - berkenaan dengan hukum kiranya ia berkehendak agar kita semua kembali merujuk pada hal-hal yang sudah usang seperti keyakinan akan alam gaib, aturan yang dilandaskan pada rasa-hati nurani (sentimen) semata atau karena faktor-faktor religi dan memandang itu semua sebagai hukum, hal-hal yang untungnya sudah kita tinggalkan dan kubur dalam-dalam di masa lalu – terhadap mereka itu saya hendak

35 J.C. van Oven (1933), Mr. C. van Vollenhoven In Memoriam, *Nederlandsch Juristenblad*, Vol. 18: 3.

36 C. van Vollenhoven (1934a), *Verspreide Geschriften*, Vol. I: 119-125, Den Haag.

37 C. van Vollehoven (1934a), op. cit., 119.

38 C. van Vollenhoven (1934a), op.cit., 124-125.



mengajukan tiga pertanyaan.

Tidakkah merupakan fakta bahwa di paruh kedua abad yang lalu, ada kepercayaan bahwa agama sudah selesai dan tidak diperlukan lagi - Hindu, Islam, Katolik, Protestan dan sekarang, pada 1932, apakah betul semua keyakinan agama telah mati, baik di Timur maupun di Barat? Dan dalam penyelesaian sengketa-sengketa hukum di tataran internasional – urusan masyarakat modern yang semakin penting – tidak kah persoalan tentang rasa, hati nurani, aturan moralitas yang lebih tinggi absah bagi semua bangsa, tetap dianggap penting di samping aturan-aturan yang muncul dari kebutuhan nyata dan keuntungan yang praktis?

Dan apakah masyarakat di dalam maupun di luar Hindia, betul akan berkekurangan bila kita kembali menyadari hukum kita sendiri – pikirkan untuk sejenak aturan hukum perkawinan kita – sebagai bagian yang terintegrasi dengan, bagian kecil dari tatanan dunia yang lebih besar, yang tidak membutuhkan keangkuhan, rasa percaya diri, maupun sekadar rasionalisme kita, melainkan justru kesungguh-sungguhan dan kebersahajaan dalam menjalankannya?

Pada waktu ia menyampaikan pidatonya itu, Van Vollehoven sudah sejak lama produktif berkarya sebagai pengajar (lihat di bawah), namun terutama dan terpenting sebagai penulis. Ia telah memublikasikan karya monumentalnya, *Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië*<sup>39</sup> (Hukum Adat Hindia Belanda). Di dalam bagian pertama, terbit pada 1918, ia mengembangkan secara ilmiah deskripsi dan uraian analitis sistematis tentang hukum adat, yakni dengan membagi seluruh wilayah nusantara ke dalam 19 wilayah hukum adat (*adatrechtskringen*). Di dalam bagian kedua (1931) ia memfokuskan diri pada yurisdiksi dari (golongan) Timur Asing (*Vreemde Oosterlingen*). Di dalam volume ketiga kita akan temukan tulisan-tulisan seperti *Geen Juristenrecht voor den Inlander* (Jangan Hukum Yuris untuk Orang Pribumi) (1905), *Miskennen van het Adatrecht* (Peningkaran terhadap Hukum Adat) (1909), *Een Adatwetboekje voor heel Indië* (Kodifikasi Terbatas Hukum Adat Untuk Seluruh Hindia Belanda) (1910), *De Indonesiër en zijn Grond* (Orang Indonesia Dan Tanahnya) (1919), *Juridisch Confectiewerk: Eenheidsprivaatrecht voor Indië* (*Ready-Made Law: Hukum Privat yang Seragam untuk Hindia Belanda*) (1925). Semua tulisan di atas sebelumnya telah dipublikasikan sendiri-sendiri dan dikenal luas. Di samping itu dapat pula disebut sejumlah tulisan lain tentang hukum kebiasaan (adat) di Srilanka, Madagaskar,

<sup>39</sup> Volume I (1918), Volume II (1931), secara keseluruhan 1732 halaman yang akan diulas selintas di bawah ini dan 85 essay tentang hukum adat yang dipublikasikan setelah ia meninggal dunia dalam Volume III (1933), hal. 872.



Suriname dan India, Kristen dan Muslim bumiputera, bahasa dan hukum, legislasi dan kebijakan, sumbangan tulisan untuk kongres ilmiah dan seterusnya.

Ke-104 karya tulis tersebut dan tulisan-tulisan pendek lainnya (663 halaman) kemudian dikompilasikan ke dalam *Verspreide Geschriften* (Kumpulan Karya-Karya) III tidak lagi terfokus pada hukum adat, namun dengan hukum formal di Hindia. Di dalamnya kita temukan ulasan tentang persoalan yang muncul dari dan berkenaan dengan situasi ketatanegaraan kolonial, hukum tata negara, hukum tata usaha negara dan pemerintahan. Di antaranya ialah *Proeve van een Staatsregeling voor Nederlansch-Indië* (Rancangan Undang Undang Dasar untuk Hindia Belanda) (1922), yang dirancang oleh suatu komite yang diketuai oleh Profesor Oppenheim, di mana sebagai salah seorang anggota komite, Van Vollenhoven menyumbang pemikiran dan tulisan dalam bagian terbesar; termasuk juga sumbangan pemikiran tentang otonomi dan emansipasi dari (masyarakat) Hindia, dewan nasional dan tentang reformasi ketatausahaanegaraan. Dalam setiap karyanya tersebut, ia sebagai pengacara lihai mengajukan pandangan-pandangannya dan tidak jarang komentar-komentar yuridisnya yang sangat kritis mendorong dibuatnya rancangan perundang-undangan serta perubahan kebijakan.

Di dalam buku *Staatsrecht Overzee* (Hukum Tata Negara di Wilayah-Wilayah Seberang) (1934: 421), yang memuat delapan belas tulisan yang sebenarnya hendak direvisi oleh Van Vollenhoven semasa hidupnya dan dicakupkan ke dalam satu buku setelah ia meninggal dunia, kita temukan uraian tentang hukum tata negara dan tata usaha negara. Di dalamnya urusan-urusan praktis pemerintahan diulas dan mendapat tempat terpenting: 'Sejak diajukannya ide pembentukan Hindia Raya oleh Van Heutsz, pemerintah Hindia Belanda harus menghadapi satu persoalan kebijakan yang tidak mungkin lebih penting dari ini: Bagaimana kewenangan harus didesentralisasikan terhadap wilayah yang demikian luas?'<sup>40</sup> Di dalam ulasannya tentang persoalan ini Van Vollenhoven kembali membuat perbandingan antara hukum Barat dengan hukum Timur, terutama terkait dengan hukum kebiasaan. Sudah nyata bahwa:

[T]atkala kapal pertama yang mengibarkan bendera Belanda pertama kali membuang sauh di kepulauan Hindia-Timur pada tahun 1596, dari sudut pandang konstitusi, wilayah tersebut bukanlah 'tanpa pemerintahan dan tidak berpenduduk'. Sebaliknya penuh dengan pranata-pranata hukum

40 C. van Vollenhoven (1934c), *Staatsrecht Overzee*, Leiden: H.E. Stenfert Kroese's uitgevers-maatschappij.

yang ditujukan untuk mengatur tata kehidupan penduduk dan negara yang ada di dalamnya: pemerintahan yang melingkupi suku, pedesaan, federasi, republik, kerajaan. Tentu bukan kesatuan utuh (...) namun tetaplah dapat dipandang sebagai hukum tata negara Asia Timur, yang mempertahankan keasliannya terlepas dari pengaruh Hindu maupun Islam terhadap masyarakatnya.<sup>41</sup>

Karya-karya monumental tersebut, yang meliputi lebih dari 3.600 halaman, belum mencakup semua kontribusi Van Vollenhoven terhadap studi hukum Hindia Belanda dan Asia Timur (*Oriënt*).

Sama mengagumkannya ialah ihtiar dokumentasi data yang memungkinkan dikatalogikannya hukum kebiasaan, pekerjaan mana dilakukan di bawah pengawasannya. Dengan mendefinisikan kategori berdasarkan wilayah dan pokok bahasan, ia memungkinkan memilah-milah secara sistematis informasi yang terkumpul perihal hukum adat. Dengan tujuan mengembangkan dan mempercepat arus informasi dari lingkaran-lingkaran hukum (*rechtskringen*) di Hindia demi kepentingan studi di rumahnya di Rapenburg 40 Leiden, pada 1909, Van Vollenhoven mengambil prakarsa mendirikan suatu komisi Hukum Adat (*Adatrechtcommissie*) di dalam lingkup KITLV (Institut Diraja Untuk Pengetahuan Tentang Bahasa, Negara dan Bangsa; lihat di bawah) yang akan menjalin kerja sama dengan suatu komisi di Batavia. Snouck Hurgronje menjadi ketua (presiden)-nya dan Van Vollenhoven sebagai sekretaris.<sup>42</sup> Pada 1911, *Adatrechtbundel* pertama dengan penggambaran

41 C. van Vollenhoven (1934c), op.cit., 1.

42 *Adatrechtbundel* No. 1 (1911), 1. Pemerintah kolonial menolak untuk membentuk suatu komisi resmi untuk kepentingan meneliti hukum adat. Komisi yang dibentuk atas prakarsa Van Vollenhoven menjadi sub-komisi di dalam *Koninklijk Instituut voor Taal-, Land- en Volkenkunde* (KITLV), suatu asosiasi privat yang sampai sekarang menjadi pusat dokumentasi dan riset terpenting tentang Indonesia di luar negeri. Anggota-anggota komisi kemudian pada 1917 mendirikan Yayasan Hukum Adat yang terpisah (*Adatrechtstichting*) (Lihat *Adatrechtbundel* No.18 (1919), 3). Yayasan ini mendorong dilakukannya riset tentang hukum adat dan memungkinkan dipublikasikan banyak tulisan tentang hukum adat, seperti misalnya tulisan komprehensif seri *Adatrechtbundels* (lebih dari 40 volume) yang mendokumentasikan hukum adat. Serial terbitan tersebut yang diedit oleh Komisi Hukum Adat, sampai saat itu, disubsidi secara ad hoc. Dengan merdekanya Indonesia, baik Komisi Hukum Adat dan Yayasan Hukum Adat tidak lagi aktif. Bahkan Yayasan tersebut dibubarkan pada 1974. Koleksi buku tentang Indonesia diwariskan kepada KITLV yang pada 1978 meminjamkannya secara permanen pada NORZOAC Institut (sekarang ini Van Vollenhoven Instituut) di Fakultas Hukum Universitas Leiden.

Setelah pendirian komisi hukum adat pada 1909, pemerintah kolonial menyerahkan semua data yang dikoleksi tentang hukum adat sampai saat itu pada komisi dan menginstruksikan para pejabat dan dinas-dinas pemerintahan untuk bekerja sama dengan komisi. Selain itu, pemerintah kolonial juga menciptakan jabatan 'kurator hukum adat', yang untuk sementara ditugaskan untuk bekerja di pemerintahan tingkat lokal dan difungsikan untuk melaporkan apapun yang berkenaan dengan hukum adat. Soepomo, salah satu ahli hukum Indonesia paling terkenal saat itu dan perancang utama dari UUD 1945, pernah menduduki jabatan kurator itu. Lihat *Kol.*

hukum kebiasaan sebagaimana dipraktikan di dalam sejumlah yurisdiksi dipublikasikan. Kemudian diikuti dengan publikasi seri-seri berikutnya. Pada 1917, untuk membiayai keberlanjutan dari publikasi tersebut, anggota-anggota komisi mendirikan Yayasan Hukum Adat (*Adatrechtstichting*). Keanggotaan Dewan (dari Yayasan tersebut) diisi oleh anggota-anggota komisi. Di dalam *Adatrechtbundels* ke 43 dan volume ke-10 dari serial terbitan dimuatkan tulisan tentang *Pandecten van het adatrecht* (Kumpulan Hukum Adat), yang mencakup rangkuman sebanyak ribuan halaman, Van Vollenhoven dan asisten-asistennya membuktikan argumentasinya dalam tindakan nyata dan dengan itu pula menegaskan bahwa keberhasilan penyelenggaraan peradilan yang baik sangat tergantung pada pendokumentasian hukum adat.

Di dalam volume ke-2, *Adatrecht van Nederlandsch-Indië*, bab penutup secara khusus mengulas soal 'Pemeliharaan Hukum Adat', 'Pembentukan Hukum dalam Entitas Hukum Hindia Belanda', 'Masa lalu' dan 'Masa depan Hukum Adat'. Volume ini ditutup dengan kalimat khas dari penulis: 'Apa yang akan membedakan masa modern dari masa lalu bukanlah hal ini maupun peraturan pemerintah lainnya, namun sikap mental bangsa Barat atau bangsa Timur yang terdidik terhadap apapun dari Timur – sikap yang tidak lagi dilandaskan pada rasa superioritas namun justru penghargaan.'<sup>43</sup> Kalimat dari seorang ksatria mulia, yang kerap berdiri sendiri, namun yang ucapannya akan terus dikenang oleh murid-murid dan pengikut-pengikut Van Vollenhoven.

Pengaruh van Vollenhoven terhadap murid-muridnya sangat besar. Kuliah-kuliahnya dikatakan sangat mempesona para pendengar, baik dari segi bentuk maupun muatan isinya. Tidak hanya mahasiswa melainkan juga pendengar lainnya memadati ruang kuliahnya: termasuk Hakim dari *Permanent Court of International Justice* (Mahkamah Peradilan Internasional Permanen) di Den Haag yang di antara sidang menyelinap keluar menyambangi kuliah-kuliah Van Vollenhoven.<sup>44</sup> Van Vollenhoven tidak menggunakan asing dengan metode Socrates, dan dengan ingatan yang kuat akan nama dan wajah, ia berhasil mendorong munculnya perdebatan di kelas.<sup>45</sup> Di luar kelas, kepribadiannya menciptakan hubungan dan keakraban yang khusus dengan murid-

---

*Tijdschrift* 1934, 23: 210-215; *Adatrechtbundel* No.1 (1911), 14.

43 C. van Vollenhoven (1931), *Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië*, 880. Leiden: voorh. Brill.

44 H.L.T. de Beaufort, *op.cit.*, 205.

45 G. Gonggrijp (1933), 'Een College van Prof. van Vollenhoven', *Koloniaal Tijdschrift* 22: 337-340.

muridnya. Ia sepanjang hidupnya sangat mereka hormati, dan masih terus berlanjut sampai sekarang.<sup>46</sup>

Bukti dari lingkup pengaruhnya sangat jelas terwujud dalam jumlah disertasi doktoral yang dituntaskan di bawah bimbingannya. Sepanjang dapat ditelusuri tidak kurang dari 67 disertasi doktoral terbit dengan Van Vollenhoven sebagai promotor. Jumlah yang mengagumkan diukur dari manapun juga. Beberapa diantara disertasi tersebut dapat disebut monumental dari segi kualitas-ukuran atau keduanya; demikian tesis V.E. Korn (600 halaman lebih) tentang Hukum Adat Bali (1924), studi J.T.C. Lekkerkerker tentang Hukum Hindu (1918), tesis J. Mallinckrodt sejumlah lebih dari 830 halaman tentang adat Dayak (1928) patut dikagumi dan bahkan masih terus relevan sampai dengan sekarang. Di samping riset tentang hukum adat – yang bagaimanapun juga mensyaratkan dilakukannya studi lapangan yang lama dan karena itu tidak selamanya populer – ia juga membimbing penelitian doktoral dalam ragam bidang kajian, dari desentralisasi dan otonomi desa sampai dengan aspek hukum dari (penyelenggaraan) Haji, sistem pendidikan kolonial maupun hukum perburuhan.

Beberapa dari mahasiswa bimbingan Van Vollenhoven kemudian menduduki jabatan penting di pemerintahan dan selain itu terus mengembangkan gagasan-gagasannya, sekalipun dalam bentuk berbeda. J. Boeke (studi sosio-ekonomi), B. Ter Haar (hukum adat) dan J.W. van Royen (hubungan luar negeri) adalah contoh murid-murid demikian. Juga selama Van Vollenhoven menjabat sebagai guru besar, fakultas hukum Leiden meluluskan satu kandidat doktor pertama dari Indonesia.

Dua minggu lalu mahasiswa hukum (dari) Jawa (Gondo) pertama kita ujian sidang terbuka (...). Disertasinya ditulis dengan baik sekali, dan semua gagasan di dalamnya dikembangkan oleh dirinya sendiri. Secara mengejutkan ia datang ke ujian promosi dengan didampingi dua *panakawan*-nya, dan mereka semua menggunakan ikat kepala, sarung, tanpa sepatu, dan salah seorang *paranimf* (pendamping) bahkan membawa keris. Saya menduga yang datang menghadiri hanya kurang lebih sepuluh orang teman (...) namun ruangan ternyata terisi penuh bahkan luber, dengan limapuluh sampai enampuluh orang. Saya tambahkan, gadis-gadis, nyonya-nyonya, ragam mahasiswa, sejumlah *controleurs* yang sedang studi di sini, Mr. Abendanon, dll (...). Acaranya sungguh luarbiasa. Setelah promosi, Snouck sebagai *rector* mengucapkan satu dua patah kata tentang promosi pertama ini.<sup>47</sup>

46 H.W.J Sonius & A.K.J.M. Strijbosch (eds.) (1986) *Een Leven Lang met de Grond Verbonden. College van en Collega's over Mr. H.W.J. Sonius*, 172.

47 Surat pribadi dari Van Vollenhoven dikutip di dalam H.L.T. de Beaufort, op. cit., 180.

Setelah Gondokoesoemo, lulusan lainnya bahkan menjadi lebih terkenal. Demikian, Kusuma Atmadja yang dipromosikan pada tahun yang sama seperti Gondokoesoemo kemudian menjadi ketua Mahkamah Agung Indonesia yang pertama.<sup>48</sup>

Riset doktoral dalam dirinya sendiri tidak saja memajukan pengetahuan akan hukum adat secara khusus, namun para mahasiswa Van Vollenhoven terutama setelah masuk sebagai pegawai pemerintahan kolonial, akan membuka jalan untuk masuk ke dalam bidang kajian yang sangat penting bagi guru mereka itu. Van Vollenhoven hanya dua kali berkunjung secara singkat ke Hindia Belanda dan untuk mendapatkan informasi yang diperlukan, sepenuhnya tergantung pada pegawai pemerintahan kolonial setempat. Ia bahkan mendapatkan keuntungan lebih dari pengalaman yang dimiliki para pegawai pemerintahan tersebut, yakni ketika mereka menulis disertasi selama cuti panjang dari dinas panjang di Hindia Belanda. Peristiwa yang kerap terjadi. Koleksi data yang dengan cara di atas diperoleh dan atas dasar mana aktivitas penelitian para guru besar di Leiden diselenggarakan, terinstitusionalisasi di dalam *Adatrechtcommissie* yang disebut di atas. Komisi tersebut dengan seizin dan kerja sama pemerintah kolonial memperoleh data resmi tentang hukum adat.

Dokumentasi ekstensif dari hukum adat yang terkumpul dari kelompok besar pendukung hukum adat di bawah kepemimpinan intelektual dari Van Vollenhoven pada akhirnya menjadi bahan untuk melakukan perlawanan terhadap ekspansi hukum Barat di koloni. Dalam kenyataan, sampai sebelum adanya politik etis, konsensus umum yang berlaku ialah bahwa pemberlakuan hukum Barat akan sangat bermanfaat bagi penduduk bumiputera.

Kendati demikian, bahkan dalam gerakan etis, tidak ada kesepakatan tentang perlu tidaknya unifikasi hukum atau justru diferensiasi. Ikhtiar terkonsentrasi pertama pada abad ke-20 untuk mengunifikasi sistem hukum kolonial dilakukan oleh para pendukung gerakan etis (*moralis*) di Parlemen Belanda pada 1904. Pemikiran ini yang digagas oleh Menteri Urusan Kolonial (kemudian Gubernur Jenderal), A.W.F. Idenburg dan didukung oleh pemuka gerakan etis, C.Th. van Deventer, kemudian melandasi suatu rancangan undang-undang yang memuat usulan mengubah ketentuan dalam konstitusi kolonial. Perubahan demikian akan membuka peluang dilakukannya unifikasi dan kodifikasi hukum perdata di koloni.

48 Soepomo, salah seorang ahli hukum paling berpengaruh di tahun-tahun kemudian, perancang UUD 1945, Menteri Kehakiman pertama, dalam riset doktoralnya dibimbing oleh Carpentier Alting (1927), mantan kolega dari Van Vollenhoven.

Van Vollenhoven menentang keras usulan di atas. Ia memublikasikan satu artikel bernada polemis, 'Jangan Hukum Yuris untuk Orang Pribumi'. Tulisan ini kemudian berhasil menghentikan sepenuhnya upaya unifikasi tersebut. Dengan cara yang sama, satu rancangan perundang-undangan yang ditujukan untuk memberlakukan hukum kebendaan Barat untuk golongan penduduk bumiputera pada 1918 (dan dengan itu akan dimungkinkan pengasingan kepemilikan orang-orang dari golongan bumiputera), berhasil dihambat atas inisiatifnya. Dalam waktu tiga minggu ia berhasil menulis satu pamflet *De Indonesiër en zijn Grond* (Orang Indonesia dan Tanahnya), menyebarkan kopi pamflet itu pada setiap anggota parlemen, sebelum mereka bersidang membahas rancangan undang-undang tersebut.<sup>49</sup> Sejalan dengan perkembangan yang digambarkan di atas, rancangan unifikasi kitab undang-undang hukum perdata yang akan diberlakukan di koloni, dinamakan rancangan Cowan mengikuti menteri kehakiman di koloni, juga tidak berhasil diundangkan berkat serangan tajam dari Van Vollenhoven dalam tulisannya *Juridisch Confectiewerk: Eenheidsprivaatrecht voor Indië* (*Ready-Made Law: Hukum Perdata yang Seragam untuk Hindia Belanda*) (1925).

Tatkala pada 1922 Van Vollenhoven sebagai gantinya kemudian mendapat tugas merancang konsitusi koloni yang baru, hasilnya secara politis tidak dapat diterima. Kiranya Van Vollenhoven memainkan peran sentral dalam penentuan rumusan rancangan tersebut.<sup>50</sup> Namun dalam pandangan konservatif dari Menteri Urusan Kolonial De Graaff memberikan pada koloni terlalu banyak otonomi dan terlalu sedikit hukum Belanda.

Kesemua aktivitas Van Vollenhoven yang digambarkan di atas besar sumbangannya dalam pelestarian hukum adat dan perlindungannya dari perubahan yang terlalu progresif. Hukum adat pada waktu itu merasuk jauh ke dalam dan berakar di dalam sistem hukum kolonial; suatu perkembangan yang mencapai puncaknya pada 1935, tidak berapa lama setelah Van Vollenhoven meninggal dunia, ketika pada hakim-hakim kolonial yang menghadapi kasus hukum adat dibebankan kewajiban untuk memastikan apakah persoalan yang terkait dengan hukum adat telah dipertimbangkan dengan layak oleh pengadilan adat. Jika ternyata dari pemeriksaan hakim terbukti bahwa hal itu belum dilakukan, maka hakim dapat merujuk kembali

49 H.W.J. Sonius (1976), op. cit., 12; C. van Vollenhoven (1981), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law* (J. F. Holleman (ed.)), XXXIV, The Hague.

50 H.L.T. de Beaufort, op. cit., 145.

perkara tersebut kehadiran pengadilan (hukum) adat.<sup>51</sup>

Aktivitas di atas juga mengindikasikan bahwa betapapun konstruktifnya karya akademik Van Vollenhoven, dari sudut pandang politik 'efektivitasnya sekalipun besar ternyata negatif'.<sup>52</sup> Efektivitas negatif yang sama juga dirasakan oleh para pemangku kepentingan komersial di koloni.

Perlawanan efektif Van Vollenhoven terhadap diberlakukannya hukum kebendaan Barat bagi golongan bumiputera, sebagai contoh, tidak mendapat dukungan dari kalangan pengusaha. Tanah-tanah yang dikuasai bumiputera sampai saat itu tidak dapat diasingkan atau dilepaskan kepemilikannya kepada masyarakat golongan Eropa. Khususnya kalangan pengusaha perkebunan karet dan gula merasa bahwa kepentingan komersial, dan sebab itu juga kepentingan koloni sebagai keseluruhan, seharusnya menentukan lain. Diberlakukannya KUHPerdara Barat, khususnya berkaitan dengan unifikasi hukum kebendaan, pada masyarakat golongan bumiputera (Indonesia) sejatinya dapat dibenarkan dengan alasan bahwa dengan cara itu kemaslahatan yang dibawa peradaban Barat dapat dibagi dan disebar pada masyarakat lokal. Sedangkan dari sisi lainnya, hak kepemilikan individual dari hak kebendaan Barat yang termuat di dalam KUHPerdara akan memungkinkan dilakukannya pelepasan hak milik adat kepada orang-perorang dari golongan Barat (alienasi atau pengasingan).

Secara umum dapat dikatakan bahwa Van Vollenhoven dan para sarjana hukum adat yang terlalu menekankan pentingnya hak-hak masyarakat bumiputera tidak mendapat simpati dari kalangan pengusaha besar di koloni. Studi Hukum Adat yang menjadi ciri khas Leiden karena itu dianggap justru merugikan kepentingan komersial di koloni.

Kesemua itu mendorong perkembangan studi alternatif tentang (pengembangan) hukum di Hindia Belanda yang terpusat di Universitas Utrecht. Ikhtiar yang mendapat bantuan dan sokongan dari para pengusaha besar. Argumen atau titik tolak utama dari prakarsa tersebut ialah:

Leiden mengembangkan pandangan dan menghasilkan evaluasi dari urusan-urusan (pemerintahan) kolonial yang bertolak-belakang dengan kebutuhan yang muncul dari situasi aktual, pandangan resmi pemerintah, dan kepentingan negara; melalui suatu metoda a priori atau anti historis,

51 Soepomo (1940), *Koloniaal Tijdschrift* 129: 509-585; J.F. Holleman (1981), *Afscheidscollege* (pidato perpisahan), NNR 2: 22-23.

52 P. Burns (1984), 'The Leiden-Utrecht Conflict: A History of Two Schools', unpublished paper, 1.



penilaian berlebih terhadap adat (Hukum Adat), pengurangan dari otoritas (pemerintah) Belanda, oposisi terhadap peraturan perundang-undangan, dstnya. Hal ini mengindikasikan ketidak-sukaan Leiden terhadap situasi hukum yang ada serta cara bagaimana penguasa dalam kenyataan menjalankan kewajiban sejarahnya.<sup>53</sup>

Antagonis utama terhadap ajaran atau mazhab Leiden adalah Prof. C.J. Nolst Trenité, yang untuk beberapa waktu menjadi konsultan hukum dari departemen pertanian di koloni. Perdebatan yang kemudian pecah antara Leiden dengan Utrecht setelah pendirian fakultas di Utrecht sangat panas dan tidak menyenangkan, termasuk ke dalamnya serangan-serangan tajam pada pribadi, khususnya yang disasar adalah Van Vollenhoven sendiri.<sup>54</sup>

Pokok persoalan hukum adalah apakah masyarakat hukum adat (*rechtsgemeenschappen*) juga memiliki hak menguasai (*beschikkingsrecht*) terhadap tanah (bumi) yang sekaligus mengesampingkan hak-hak kebendaan Barat maupun *staatsdomein* (doktrin yang menyatakan bahwa semua hak kebendaan pada akhirnya diturunkan dari hak kepemilikan negara. Dengan kata lain yang dipertanyakan ialah tempat atau kedudukan hukum adat dalam sistem hukum kolonial.

Kiranya jelas sekarang bahwa tatkala konflik Leiden-Utrecht menyita perhatian dari para sarjana hukum adat di Belanda pada 1920-1930-an, bahkan mungkin saja secara tidak langsung turut berpengaruh terhadap kematian terlalu dini dari Van Vollenhoven sendiri, hal itu sama sekali tidak mempengaruhi jalannya administrasi pemerintahan kolonial. Kekuatan hukum adat dalam mengatur dan menata kehidupan sehari-hari masyarakat bumiputera membuatnya menjadi tidak mungkin bagi pemerintahan kolonial untuk mengabaikannya begitu saja, terutama bila mereka harus berurusan dengan masyarakat lokal. Sekalipun perdebatan tersebut mencakup persoalan-persoalan kebijakan jangka panjang, apa yang terjadi antara Leiden-Utrecht hanya memiliki sedikit pengaruh terhadap jalannya roda pemerintahan di koloni. Lagipula, untuk rezim pemerintahan kolonial tidak cukup waktu tersedia untuk mengubah apapun.

Meskipun demikian, konflik antara kedua mazhab di atas memunculkan pertanyaan penting perihal seberapa jauh hukum adat harus dihormati. Hal ini kemudian memunculkan kecenderungan,

53 Nasihat dari Prof. De Louter pada Senat Universitas Utrecht (1925) dikutip dari H.L.T. de Beaufort, op. cit., 145-146. Tidak mengherankan pula bahwa fakultas di Utrecht didirikan dengan mengabaikan kehendak nyata dari korps pegawai negeri kolonial (*Binnenlands Bestuur*), banyak di antara mereka adalah mantan murid Van Vollenhoven.

54 P. Burns, op. cit., 3; H.L.T. de Beaufort, op. cit., 145.



dalam kurun waktu 1930-an, untuk memahami pendekatan Van Vollenhoven (dan setelah 1933 dari Ter Haar) terhadap hukum adat sebagai ihtiar untuk secara artifisial melestarikan hukum masyarakat asli dan dengan demikian justru menghambat kemajuan sosial-ekonomi masyarakat secara keseluruhan di koloni.

#### 4. 1933–1940: Finale, ma non troppo

Pada tahun-tahun berikutnya setelah meninggalnya Van Vollenhoven, karya-karyanya untuk sebagian dituntaskan dan dilanjutkan orang-orang lain. Dari banyak tulisan yang diterbitkan murid-murid maupun pengikut Van Vollenhoven kemudian serta dengan dipublikasikannya *Adatrechtbundels* terbaru kiranya jelas bahwa semangat untuk menelaah sungguh-sungguh hukum adat bertahan melampaui kehidupan penciptanya. Di samping itu, di Sekolah Tinggi Hukum di Batavia (*Recht hogeschool*) di Batavia, B. Ter Haar memprakarsai penelitian penting tentang hukum adat. Selain itu, J.H.A. Logemann mendorong dan mengawasi penelitian dalam bidang hukum tata negara dan hukum administrasi. Keduanya adalah mantan mahasiswa fakultas hukum Leiden.

Kendati begitu, keberlanjutan studi hukum adat, kemudian terancam tidak saja dengan hilangnya Van Vollenhoven, melainkan mendapat pukulan berikut dengan meninggal dunianya dua raksasa hukum adat: Snouck Hurgronje (1936) dan Ter Haar (1941). F.D. Holleman yang menggantikan posisi Snouck pada 1936 sebagai ketua *Adatrechtcommissie* dan dengan itu juga *Adatrechtstichting* pada 1939 bahkan pindah ke Afrika Selatan. Kedudukannya digantikan oleh Schrieke sebagai ketua dan Korn sebagai sekretaris. Di antara kurang lebih duapuluh anggota komisi masih dapat kita temukan ahli-ahli terkenal, seperti Damsté, Idema, De Josselin de Jong, Juynboll, Van Ossenbruggen, dan Kollewijn.<sup>55</sup> Namun, tatkala pada Mei 1940, komunikasi dengan Hindia Belanda terputus dan tidak lagi terbuka jalur komunikasi, aras oriental dari Fakultas Hukum Leiden terputus total. Situasi ini tidak saja buruk bagi mereka yang terlibat dalam studi-studi hukum adat, namun juga mereka yang mengajar bidang-bidang kajian lain dari hukum Hindia Belanda.

Kemungkinan didudukinya Belanda oleh Jerman dan Hindia Belanda oleh Jepang sudah ditakuti sejak lama. Di dalam *Kolonial Tijdschrift* edisi Maret dan Mei 1939, Meyer Ranneft menulis tentang perkembangan situasi dunia yang mencemaskan tersebut. Kiranya logis dalam konteks ini bahwa kemudian dalam dekade tersebut, fokus

<sup>55</sup> *Adatrechtbundel* 41, 1-4.

kajian-kajian studi kolonial bergeser ke persoalan-persoalan hubungan-hubungan internasional dan ekonomi dan ditinggalkannya persoalan-persoalan yang muncul dari 'kebijakan etis', seperti hukum adat.

Pandangan yang kemudian juga muncul ialah bahwa masyarakat-masyarakat tradisional (hukum adat) yang hidup terisolasi di Indonesia akan semakin terpapar pada perkembangan modern dan pengaruh modernisasi tersebut tidak akan mampu direspons dengan baik oleh hukum adat yang tidak siap untuk itu. Tidak lama setelah Van Vollenhoven meninggal dunia, gagasan di atas diajukan oleh I.A. Nederburgh (*Hoofdstukken over het Adatrecht* (1933)). Kiranya pandangan ini yang kemudian menjadi pandangan dominan sampai dengan sekarang ini.

Pada 1934, hasil-hasil temuan studi Hukum Adat mendapatkan ulasan kritis: pada tahun itu C.T. Bertling dalam tulisannya *25 Jaar Adatarbeid* (25 Tahun Berkutat dengan Studi Hukum Adat) menelaah persoalan mengapa yuris Indonesia tidak berhasil mewujudkan kehendak paling dalam dari Van Vollenhoven, yakni muncul dan berkembangnya 'hukum adat yang ditulis oleh sarjana-sarjana bumiputera sendiri dalam bahasa Timur'.<sup>56</sup> Pada 1939, *Koloniaal Tijdschrift* mempublikasikan satu artikel terakhir yang merupakan serangan sengit dari antagonist Van Vollenhoven dari Utrecht, Nolst Trenité.<sup>57</sup> Sekalipun kalah dalam perang legislasi, ia tetap bersikukuh mempertahankan keyakinannya. Sebagaimana dipaparkannya:

Kiranya ini bukan merupakan kontras antara dua sistem hukum berbeda setara yang patut dianggap berkedudukan sejajar. Pandangan Timur dalam hal ihwal hukum tidak saja berbeda dari pandangan Barat, namun nyata-nyata inferior terhadapnya.

Ironisnya, ia menutup tulisannya dengan mengutip pidato pengukuhan Wilkens yang disampaikan pada 1885 di Leiden. Wilkens pada kesempatan itu menyampaikan dihadapan murid-muridnya:

Tugas kalian semua di masa depan adalah untuk memperkenalkan dan mendorong masyarakat bumiputera menerima prinsip-prinsip hukum kita (Barat), lembaga-lembaga (pemerintahan dan hukum) kita, dan memimpin mereka menuju tingkat peradaban yang lebih tinggi. Pelaksanaan tugas ini, namun demikian, mensyaratkan pengetahuan akan adat. Karena tanpa sedikit konsesi di sana-sini, pemberlakuan hukum Barat tidak akan mungkin terlaksana.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Koloniaal Tijdschrift 1934, 210.

<sup>57</sup> Koloniaal Tijdschrift 1939, 360-366.

<sup>58</sup> Koloniaal Tijdschrift 1939, 362-365.

Leiden tidak menanggapi tulisan tersebut dalam periodikal yang sama. Apakah kebisuan ini disebabkan oleh pandangan bahwa debat tentang hukum adat sudah dianggap hal penting di masa lalu? Kiranya patut dicermati kenyataan bahwa sekalipun semasa Van Vollenhoven menjabat sebagai guru besar tidak kurang dari 20 disertasi doktoral tentang hukum adat dihasilkan, dalam periode berikutnya (1933-1940) kemudian hanya terbit satu disertasi tentang hukum adat. Disertasi lainnya tentang Hindia Belanda yang dipertahankan di Fakultas Hukum kebanyakan menyoal urusan-urusan di bidang hukum publik, seperti hukum tata negara dan hukum pidana, atau tentang ekonomi. Sejak Boeke, anggota dan Dekan dari Fakultas Hukum, menerbitkan disertasinya tentang ekonomi pedesaan Oriental, beberapa lainnya mengikuti jejak langkahnya dan berupaya membedakan antara serta membuat perkaitan antara ekonomi pedesaan dengan ekonomi kapitalis yang diusung oleh perusahaan-perusahaan besar dan pasar dunia. Dengan demikian, Fakultas Hukum Leiden kembali menjadi pembuka jalan serta ladang pembibitan bagi ihtiar-ihtiar ilmiah di bidang baru. Tatkala kemudian ahli-ahli antropologi dan sosiologi akan mengambil alih prakarsa untuk melanjutkan bidang kajian hukum adat, studi tentang '*dual economy*' (ekonomi ganda) di atas secara alamiah masuk ke dalam cakupan bidang kajian ekonomi. Dalam perkembangan berikutnya bidang kajian perancangan kebijakan (*policy-making*) dan pengelolaan administrasi akan dipelajari khusus oleh sarjana-sarjana administrasi publik. Alhasil studi tentang hukum Oriental yang diprakarsai Leiden di tahun-tahun kemudian berkembang menjadi suatu bidang studi yang sangat terbatas.

## SUATU PENDEKATAN ELEMENTER TERHADAP NEGARA HUKUM<sup>1</sup>

Adriaan W. Bedner<sup>2</sup>

### 1. Pendahuluan

**D**i dalam penjelasan Undang-Undang Dasar 1945, Profesor Soepomo selaku perancang utamanya, menulis bahwa Indonesia adalah '*rechtsstaat*' bukan '*machtsstaat*.' Hampir lima tahun kemudian, Indonesia mengadopsi Undang-Undang Dasar (UUD) yang baru, yang juga dirancang oleh Professor Soepomo, dan di dalam Mukhadimmah UUD Republik Indonesia Serikat itu sekali lagi ditekankan bahwa Indonesia Merdeka adalah negara hukum. Lebih eksplisit lagi, UUD Sementara 1950 dalam Artikel 1 menyebutkan bahwa Republik Indonesia adalah negara-hukum yang demokratis, seperti yang juga diamanatkan dalam Amandemen ketiga atas UUD 1945, yang berlaku lagi sejak tahun 1959.

Dari posisi khusus negara hukum dalam UUD Indonesia, dapat kita tarik kesimpulan bahwa istilah ini menempati posisi yang istimewa dalam pemikiran hukum tata negara Indonesia. Anehnya, istilah ini sangat berbeda terjemahannya dalam institusi tata negara yang diciptakan oleh masing-masing Konstitusi tersebut. Walaupun semuanya menyatakan bentuk negara Indonesia adalah negara hukum, institusi dan hak yang mereka definisikan sangat berbeda. Sehingga menjadi wajar jika pertanyaan apa yang dimaksud dengan istilah negara hukum terus muncul dalam perdebatan para pakar hukum tata negara maupun di diskusi politik dan bahkan di media massa. Sekarang ini, banyak pakar sosio-legal di Indonesia tidak ingin menggunakan istilah

1 Tulisan ini merupakan terjemahan dari versi Bahasa Inggris yang berjudul: '*An Elementary Approach to the Rule of Law*', yang telah dimuat dalam *Hague Journal on the Rule of Law* 2:48-73, 2010. Tulisan ini adalah versi modifikasi dari versi yang sudah dimuat dalam: Safitri, M.A., A. Marwan & Y. Arizona (eds.) (2011), *Satjipto Rahardjo dan Hukum Progresif: Urgensi dan Kritik*. Jakarta: Epistema Institute & HuMa.

2 Saya berterima kasih kepada rekan-rekan di Van Vollenhoven Institute atas komentar-komentar yang menyemangati, juga kepada dua pengkaji anonim atas naskah ini dan kepada rekan saya Myrna Safitri, Widodo Dwiputro, dan Surya Tjandra.

negara hukum lagi karena maknanya yang kontroversial.

Diskusi semacam ini tidak hanya terjadi di Indonesia. Apa pun namanya *rechtsstaat*, *état de droit*, atau *rule of law*, perdebatan mengenai maknanya seperti tidak bisa diselesaikan. Diskusi di bagian dunia lain bahkan sangat membingungkan. Selama dekade terakhir banyak ilmuwan bermaksud menentukan apa makna dari negara hukum, apa makna seharusnya, atau paling tidak apa ciri-ciri pokoknya atau ciri-ciri yang semestinya. Upaya-upaya ini sangat membantu pemahaman kita mengenai istilah negara hukum, namun tak ada satupun dari upaya ini yang telah menyediakan definisi yang dapat diterima oleh semua pihak. Definisi negara hukum tampak terjerat oleh waktu, tempat, konteks, dan dari pengarang ke pengarang.<sup>3</sup>

Menurut Fallon hal ini tidaklah mengejutkan, karena negara hukum adalah 'konsep yang sejatinya bersaing' (*essentially contested concept*). Artinya makna 'sesungguhnya' dari negara hukum tergantung pada kesepakatan atas isu-isu normatif yang bersaing dan karenanya dapat diduga pula adanya ketidaksepakatan.<sup>4</sup> Beberapa dari persaingan konsep tentang negara hukum dapat diselesaikan dengan cara mempertimbangkan konteks nasional di mana konsep tersebut digunakan. Misalnya, menjadi masuk akal untuk menimbang hak-hak warga negara mendapatkan peradilan oleh seorang juri sebagai salah satu elemen penting negara hukum di sebuah negara dengan tradisi Anglo Saxon. Akan tetapi, pengenalan sistem juri ke dalam sistem hukum pidana di negara dengan tradisi dan sejarah yang berbeda akan mensyaratkan sebuah pembenahan kelembagaan hukum yang menyeluruh dan mahal, namun belum tentu mampu memperoleh manfaat seketika.

Walaupun demikian, Fallon benar dalam menunjukkan bahwa di dalam satu konteks (nasional) pun negara hukum juga dipersaingkan. Masalahnya, perdebatan-perdebatan mengenai negara hukum tersebut – termasuk perdebatan akademiknya – acap tidak jelas mengenai apa yang dimaksudkan oleh para pihak tersebut tentang negara hukum karena mereka kerap mengungkapkannya dengan istilah-istilah yang cukup umum.<sup>5</sup> Ketidakjelasan konseptual ini mengarah pada kebingungan,

3 Lihat sebagai contohnya Peerenboom 2004: 3-4; Tamanaha 2004: 3-4; Kleinfeld 2006.

4 Fallon 1997: 6, dikutip dalam J. Waldron (2001). Waldron bahkan mengangkat isu ini lebih jauh lagi dengan mengklaim bahwa 'kita juga tidak yakin mengapa kita menghargainya [*rule of law*].' Meskipun demikian, argumen ini tidak mempengaruhi pendekatan saya karena saya 'menetralkan' normativitas negara hukum dengan memilih pendekatan dua fungsi yang akan dipaparkan di bawah.

5 Dalam debat nonakademik bahkan lebih parah lagi. Untuk penjelasan yang sangat bagus atas poin ini, lihat Waldron, catatan kaki no. 4 di atas.

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

mempersulit penelitian perbandingan sosio-legal yang mendalam, dan menyematkan proyek-proyek pembangunan yang mengklaim untuk meningkatkan negara hukum (Bdk., Peerenboom 2004a: 2). Persoalan yang terakhirlah yang secara khusus menghembuskan urgensi terhadap hal ini dan mengangkat masalah ini melampaui tingkat perdebatan akademik. Sejak 1990-an negara hukum telah menjadi pelopor promosi tata kelola yang baik dalam pembangunan, dan milyaran dollar sudah dikururkan pada proyek-proyek yang bertujuan mewujudkannya. Sayangnya, jumlah pendanaan tidak serta-merta cocok dengan kesuksesan. Bisa jadi, paling kurang sebagian, disebabkan oleh tidak adanya kesepakatan atas apa persisnya yang mesti dicapai oleh proyek-proyek ini di luar tujuan-tujuan jangka pendeknya. Dalam kata-kata Thomas Carothers:

[P]ertanyaan tentang di mana esensi dari negara hukum sesungguhnya menetap dan dengan begitu apa yang seharusnya menjadi titik fokus dari upaya-upaya perbaikan negara hukum tetap saja tak terselesaikan. Praktisi-praktisi negara hukum telah mengikuti pendekatan institusional, berkonsentrasi pada peradilan, lebih bersandar pada insting daripada pengetahuan berbasis penelitian yang baik (Carothers 2006: 21).

Dengan demikian, ada beberapa alasan untuk mencari sebuah pendekatan bernuansa analitis yang mampu menjawab masalah-masalah semacam itu, tanpa harus mengorbankan kemampuan adaptasi dari konsep negara hukum. Tulisan ini bermaksud untuk berkontribusi pada tujuan tersebut dengan menawarkan sebuah kerangka konseptual untuk menata perdebatan mengenai negara hukum; sebagian besar konsep itu dibangun di atas karya-karya yang telah ditulis sebelumnya oleh Peerenboom dan Tamanaha. Tulisan ini mungkin juga dapat dipakai untuk mengevaluasi kerangka indikator negara hukum. Tentu dengan segala keterbatasan, saya juga berharap, ikhtiar ini dapat juga berfungsi sebagai titik berangkat untuk penelitian sosio-legal dalam rangka mendorong negara hukum yang lebih efektif.

#### **Dua fungsi negara hukum**

Hal awal yang perlu diklarifikasi adalah apakah objek dari penelitian ini adalah *rule of law* yang telah dikembangkan pada tradisi-tradisi *common law*, atau juga termasuk gagasan-gagasan yang setara, seperti negara hukum, *rechtsstaat*, *état de droit*, dan lain sebagainya. Berdasarkan pada tujuan tulisan ini, pilihan yang paling jelas adalah membuka ruang wacana negara hukum. Bukan hanya karena istilah *rule of law* dan *rechtsstaat* yang berasal dari kontinental ini sering dipakai

secara bergantian,<sup>6</sup> tetapi memang tujuan tulisan ini tepatnya adalah untuk mengindikasikan ciri-ciri mana yang secara umum dilekatkan padanya. Demi mempermudah, istilah negara hukum dalam tulisan ini akan digunakan untuk menyebutkan *rule of law* Inggris dan Amerika, *rechtsstaat* Jerman dan Belanda, *negara hukum* Indonesia, dan lain-lain.

Keputusan ini mungkin menyiratkan bahwa tulisan ini memperlakukan negara hukum sebagai suatu yang nonesensial atau konsep 'kosong'. Akan tetapi, memang sudah ada sebuah pendasaran umum yang kokoh untuk mengawali penyelidikan terhadap negara hukum. Kendati ada ketidaksepakatan mengenai definisi-definisi negara hukum, namun hampir semua pihak sepakat pada dua fungsi yang diberikan oleh negara hukum.<sup>7</sup>

Yang pertama adalah membatasi kesewenang-wenangan dan penggunaan yang tidak semestinya dari kekuasaan negara. Negara hukum adalah konsep payung bagi beberapa instrumen hukum dan kelembagaan demi melindungi warga negara dari kekuasaan negara. Fungsi negara hukum ini pertama kali diajukan oleh Plato dan Aristoteles, namun lenyap selama lebih dari seribu tahun, kemudian 'ditemukan kembali' dan dielaborasi oleh ahli-ahli keagamaan – khususnya Thomas Aquinas – sepanjang Abad Pertengahan. Inti gagasannya adalah kedaulatan dibatasi oleh hukum, gagasan yang semenjak itu dielaborasi dengan beragam cara (Tamanaha 2004: 7-9; 18-19).

Fungsi kedua tidak mengacu balik pada filsafat Yunani, tetapi dalam kata-kata Kleinfeld, masuk melalui 'pintu belakang' pada masa Pencerahan (Kleinfeld 2006: 40). Fungsinya adalah untuk melindungi kepemilikan dan keselamatan warga dari pelanggaran dan serangan warga lainnya.<sup>8</sup>

Permasalahannya, apakah fungsi kedua ini mesti dipertimbangkan sama pentingnya dengan yang pertama? Hal ini telah mengundang banyak perdebatan. Beberapa penulis berargumen bahwa saat ini ada kecenderungan untuk mengabaikan fungsi 'inti' pertama

6 Lihat misalnya, Kranenburg 1925.

7 Bisa saja disusun daftar tambahan mengenai fungsi atau tujuan yang dilayani oleh negara hukum, tetapi kelihatannya semuanya terkait dengan dua konsep inti tersebut. Lihat Peerenboom 2004a: 3; dan diskusi Kleinfeld dalam tulisan ini. Dengan cara itu penyelidikan ini bukan sekadar pendekatan 'atomik' atas negara hukum, seperti kritik yang dilontarkan oleh Krygier dalam Palombella dan Walker (2008: 45-69), tetapi lebih dekat dengan pendekatan teleologis dan sosiologis yang dipromosikan oleh penulis tersebut. Lihat juga kesimpulan dari artikel ini.

8 Gagasan ini lebih umum untuk *rule of law* daripada untuk pengertian *rechtsstaat*. Untuk suatu kilasan sejarah mengenai perbedaan di antara keduanya (Barber 2003: 443-54; dikutip dalam Hiil 2007: 7).



### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

demikian meninggikan yang kedua. Sebaliknya, kita tidak seharusnya meninggikan fungsi kedua ini, atau bahkan meletakkannya di luar konteks negara hukum.<sup>9</sup> Walaupun demikian, ada alasan-alasan yang kuat untuk tetap membiarkan fungsi kedua ini. Pertama adalah bahwa fungsi perlindungan kepemilikan warga ini menjadi sentral pada banyak diskusi terkini yang memberi perhatian pada negara hukum. Membuangnya akan menghilangkan pokok-pokok dari perdebatan-perdebatan yang tergantung di tiang pancang negara hukum. Alasan tambahan yang bisa diberikan adalah posisi sentral bahwa hak asasi manusia yang menurut pertimbangan banyak orang menjadi bagian integral dari negara hukum, telah semakin dimanfaatkan sebagai standar utama dalam hubungan antara warga dan warga lainnya; bukan hanya di antara negara dengan warga negaranya. Isunya tidak lagi sekadar bagaimana negara memperlakukan warganya, namun juga bagaimana warga memperlakukan sesama warga. Untuk itu, kekerasan terhadap perempuan telah menjadi bagian integral dari rezim hak asasi manusia internasional, dengan CEDAW sebagai contoh utama.<sup>10</sup> Hal ini mempunyai implikasi penting bagi negara, yang harus mencegah warga negaranya melanggar hak asasi sesama warga negara. Sejak banyak penulis mendiskusikan isu-isu ini dalam istilah negara hukum, menjadi masuk akal bila kita menimbang fungsi kedua sebagai isu sentral dari negara hukum juga.

Penting pula untuk melihat bahwa fungsi-fungsi ini cenderung bertentangan. Stephen Holmes – antara lain – secara meyakinkan berpendapat bahwa pembatasan kekuasaan negara sesungguhnya meningkatkan keefektifan dari kekuasaan itu.<sup>11</sup> Negara kerap merasa bahwa mereka memerlukan kekuasaan yang lebih besar dengan dalih bahwa mereka perlu melindungi warga dari sesamanya. Ketegangan antara pengelolaan negara (*governability*) dan tujuan negara hukum untuk membatasi kekuasaan adalah suatu masalah yang selalu muncul dalam perdebatan-perdebatan mengenai upaya mempromosikan negara hukum.<sup>12</sup>

9 Sebagai contoh, J. Ohnesorge memperingatkan para 'yuris' agar tidak kehilangan genggaman mereka atas konsep negara hukum dari para 'ekonom', yang cenderung berfokus hanya pada hak kepemilikan (Ohnesorge dalam Antons 2003: 92-93).

10 Konvensi tentang Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan PBB (UN-Convention on Eliminating Discrimination Against Woman) (diadopsi pada 1979).

11 Holmes 1995: 100-103; Holmes menyusun argumennya sebagai kajian alternatif dari Jean Bodin. Inti dari gagasannya adalah ketika kuasa daulat secara normatif terbebaskan, secara empirik ia hanya bisa efektif jika ia merasa sebagai kekuasaan yang sah oleh yang terikat dengannya. Cara yang paling efektif untuk mencapai ini adalah melalui bentuk organisasi rasional-formal dalam pelaksanaannya.

12 Faktanya telah tersaji dalam proyek-proyek awal dalam gerakan Hukum dan Pembangunan (Gardner 1980; O'Donnell 1998: 2).



### **Definisi-definisi yang bersaing**

Perbedaan di antara definisi-definisi negara hukum pada dasarnya mencerminkan pandangan-pandangan atas keinginan atau keperluan untuk memiliki 'instrumen' tertentu dalam rangka mempromosikan dua fungsi kembar yang telah dibahas di atas, yaitu melindungi warga dari negara dan melindungi warga yang satu dari warga lainnya. Pilihan-pilihan tersebut terinspirasi oleh pandangan mengenai instrumen-instrumen mana yang paling pas untuk mewujudkan keseimbangan optimal antara pembatasan kekuasaan negara dan perlindungan atas kepemilikan dan kehidupan warga.

Hal ini menimbulkan beberapa pertanyaan yang menohok pada jantung perdebatan mengenai definisi-definisi negara hukum. Pertama, instrumen-instrumen mana yang potensial menawarkan jaminan terbaik terhadap perlindungan warga dari negara dan warga lainnya, dan hubungan apa yang hadir di antara keduanya. Pada saat instrumen inti, yang membatasi negara dengan hukum, menguntungkan tiap warga, maka hal ini adalah 'suatu kebaikan kemanusiaan tanpa syarat' (Thompson dikutip dalam Tamanaha 2004: 137), meskipun hal ini tak dapat diterapkan terhadap sebagian besar kalangan yang lain. Terlepas dari pertanyaan bagaimana membatasi negara dengan hukum, kita mungkin bertanya-tanya tentang seberapa pentingkah memiliki peradilan yang independen, seberapa pentingkah memiliki perlindungan hak asasi manusia dalam konstitusi tertulis, dan apakah masuk akal memiliki peradilan yang independen tanpa ada hak asasi manusia yang bisa dilindungi oleh peradilan itu. Jawaban-jawaban atas pertanyaan-pertanyaan tersebut sulit disajikan, karena semuanya bergantung pada konteks dari negara dan masyarakat yang ada (Bdk., Peerenboom 2004a: 11). Pertanyaan-pertanyaan itu perlu dikontekstualisasikan, sehingga membuka peluang menjadi operasional –paling tidak untuk sebagian – dan untuk mengukur efektifitas dari unsur-unsur tertentu secara empiris.<sup>13</sup>

Pertanyaan kedua adalah manakah dari kedua fungsi negara hukum tersebut yang sedianya lebih diprioritaskan jika mereka saling bertentangan? Apakah mungkin untuk melindungi warga dari serangan teroris tanpa mengurangi hak-hak pribadi mereka? Haruskah

13 Beberapa pakar memilih untuk mencegah perbandingan 'internal' dengan meninggalkan beberapa instrumen secara keseluruhan. Sebagai misal, mereka memilih untuk tidak memasukkan demokrasi atau hak asasi manusia di dalam definisi negara hukum mereka, yang memperkenankan mereka untuk menyusun kesimpulan tentang negara hukum tanpa tahu menahu apakah demokrasi ini. Sebuah contoh dari sebuah argumen yang kuat dalam garis ini adalah Hiil (2007). Tak mengejutkan, pendekatan ini dikritik oleh beberapa peserta pertemuan di mana laporan dipresentasikan, yang lebih menghargai definisi yang lebih inklusif, yang 'bercita-cita tinggi'.

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

kita tidak memberikan mandat yang luas dan kabur pada negara untuk memastikan bahwa hal ini dapat mengefektifkan perlindungan bagi hak-hak kelompok minoritas?

Ini sebuah permasalahan normatif dan terlepas dari evaluasi empiris lintas-kasus. Menjadikannya sebagai masalah preferensi ideologis dan pilihan politik berarti memasuki ranah filsafat politik daripada kajian sosio-legal. Padahal, studi sosio-legal dapat membantu memprediksi atau menjelaskan konsekuensi-konsekuensi dari pilihan-pilihan tersebut. Pada saat beberapa orang lebih suka untuk mengorbankan efisiensi negara dalam mewujudkan perlindungan maksimum bagi warga terhadap negara, kelompok yang lain lebih memilih untuk meningkatkan efisiensi dan mengorbankan perlindungan. Studi sosio-legal dapat membantu menyediakan bahan-bahan yang dapat digunakan untuk menilai akibat-akibat yang mungkin dari pilihan kebijakan dalam suatu konteks tertentu, namun studi ini tidak akan pernah bisa memberi pembenaran atas pilihan-pilihan tersebut.

Suatu masalah penting untuk diperhatikan dalam isu ini adalah banyak lembaga donor yang mempromosikan pengembangan negara hukum berpura-pura mempromosikan sesuatu yang 'melampaui politik'. Versi mereka mengenai negara hukum ditampilkan sebagai 'kebaikan universal', padahal banyak di antaranya yang tidak. Beberapa donor bahkan menghilangkan instrumen-instrumen 'inti' negara hukum tertentu yang berseberangan dengan kepentingan mereka, biasanya kepentingan itu adalah untuk tujuan ekonomi. Cara ini lebih baik bagi tujuan mereka daripada menerima kenyataan bahwa beragam instrumen negara hukum itu bisa jadi saling berkompetisi.<sup>14</sup>

Sejumlah rezim otoritarian mengangkat hal ini lebih jauh lagi; meregangkan definisi negara hukum sebegitu jauhnya sampai kita heran apakah masih ada yang tersisa darinya. Mereka bisa saja mengabaikan komponen-komponen utama dari negara hukum seperti peradilan yang independen, namun tetap mengklaim bahwa mereka menjalankan doktrin-doktrin negara hukum secara keseluruhan. Hal ini dapat dijelaskan dengan gampang dari daya tarik universal istilah 'negara hukum'. Menolak negara hukum seluruhnya berarti

14 Bdk., Kleinfeld, '*Competing Definitions of the Rule of Law*', hlm. 32-34 untuk poin ini. Ia berpendapat bahwa pada basis dari definisi alternatif lembaga donor yang terlibat dalam proyek-proyek *rule of law* adalah mereka menawarkan suatu fokus praktis terhadapnya. Meskipun itu mungkin benar untuk sebagian, saya pikir Ohnesorge benar dalam memperlihatkan bahwa yang menggarisbawahi fokus ini adalah agenda yang bertujuan pembangunan ekonomi- yang menilai fungsi *rule of law* kedua lebih tinggi dari yang pertama. Untuk analisis kritis terhadap poin ini lihat J. Faundez, '*The Rule of Law Enterprise – Towards a Dialogue between Practitioners and Academics*', 2005, *CSGR Working Paper* No. 164/05.

mengambil risiko yang terkait dengan legitimasi internal dan eksternal dari rezim, sama dengan menolak sepenuhnya demokrasi. Bahkan suatu keuntungan politik untuk mengklaim bahwa anda tetap di dalam batasan negara hukum, meskipun hanya berada pada 'jenis yang berbeda' dari negara hukum (Tamanaha 2004: 3; Peerenboom 2004a: 1). Untuk ini, pemerintah akan selalu menemukan advokat konstitusi yang siap untuk menyokong klaim tersebut dengan argumen teoretisnya.

Kesimpulan pokok yang bisa diambil dari diskusi pendek ini adalah bahwa bertentangan dengan kesepakatan atas fungsi-fungsi negara hukum, pijakan bersama dari definisi-definisi negara hukum itu sangat tipis. Akan mustahil menemukan sebuah definisi yang memuaskan bagi semua dan karenanya memilih definisi yang lain sepertinya tidak akan banyak menjernihkan perdebatan tentang negara hukum.

### **Membedah definisi-definisi negara hukum**

Jika kita berangkat dari dua fungsi yang telah dibahas di atas, kita semestinya mampu menemukan sebuah solusi alternatif terhadap permasalahan yang dikemukakan dalam tulisan ini. Usul yang saya ajukan relatif sederhana: daripada membicarakan 'negara hukum' layaknya konsep yang tak bervariasi (*monomorphous*) demi tujuan analisis kita harus memilahnya ke dalam elemen-elemen.

Ini bukan sebuah ide baru. Berbagai penulis telah mengupayakan pendekatan berbasis klasifikasi berdasarkan pada apa yang dapat dilabeli sebagai elemen-elemen,<sup>15</sup> namun kebanyakan dari mereka tidak menawarkan pendekatan yang sistematis dan tidak secara jernih menjelaskan mengapa mereka memasukkan elemen-elemen tertentu dan membuang yang lainnya.

Selama ini ada dua pendekatan untuk mewujudkan suatu klasifikasi yang lebih sistematis.<sup>16</sup> Yang pertama adalah apa yang sekarang dikenal dengan pembedaan antara versi-versi negara hukum yang formal dan substantif – versi formal mengacu kembali pada tradisi Yunani dan versi substantif pada pendekatan hak-hak fundamental Lockean. Versi formal memberi perhatian pada hukum sebagai suatu instrumen dan dasar bagi pemerintah, namun bungkam pada apa yang harus diatur oleh hukum. Versi substantif, di sisi lain, menyusun standar-standar untuk muatan-muatan suatu norma, yang harus terjustifikasi secara moral.

Pendekatan kedua dibangun atas cara pandang bahwa definisi negara hukum terentang dari yang mengekang (sempit) sampai

15 Missalnya Hager 2000.

16 Untuk hal ini, lihat Tamanaha 2004: 91.

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

terelaborasi (luas), dan bahwa ada urutan tertentu dalam rentangan itu. Sebuah contoh dari definisi yang 'sempit' dikemukakan oleh Raz:

*The rule of law* mengandung arti harafiah apa yang dinyatakannya: *the rule of laws*. Mengambil makna yang paling luas darinya berarti bahwa masyarakat harus taat pada hukum dan diatur olehnya (Raz 1979: 210-232).

Definisi yang lebih 'luas' umumnya adalah definisi sempit dengan menambahkan beberapa elemen. Hal ini dapat terlihat, misalnya, dalam pernyataan yang cukup rinci dari Thomas Carothers di bawah ini:

*Rule of law* dapat didefinisikan sebagai suatu sistem di mana hukum-hukum dipahami oleh publik, jernih maknanya, dan diterapkan secara sama pada semua orang. [Hukum] menjaga dan menyokong kebebasan sipil dan politik yang telah memperoleh status sebagai hak-hak asasi manusia universal lebih dari setengah abad terakhir. Secara khusus, siapapun yang disangka atas satu kejahatan memiliki hak atas perlakuan yang adil (*prompt hearing*) dan praduga tak bersalah sampai dinyatakan bersalah. Lembaga-lembaga utama dari sistem hukum, termasuk pengadilan, kejaksaan, dan polisi, mesti adil, kompeten, dan efisien. Para hakim bersikap imparisial dan independen, tidak dipengaruhi atau dimanipulasi oleh politik. Mungkin yang terpenting, pemerintah menyatu dalam suatu kerangka hukum yang menyeluruh, para pejabatnya menerima bahwa hukum akan diterapkan pada perilaku mereka sendiri, dan pemerintah berupaya untuk taat-hukum (Carothers 2006: 4).

Baik Randall Peerenboom maupun Brian Tamanaha, menggunakan dua klasifikasi ini untuk menghasilkan selayang pandang elemen-elemen dalam versi formal dan substansi (Peerenboom 2004a: 1-13, Tamanaha 2004: 93). Tulisan ini memoles lebih jauh model mereka dengan menaruh perhatian tersendiri pada mekanisme kontrol dan menyuguhkannya ke dalam sebuah format yang ringkas-jelas sehingga bisa langsung diterapkan. 'Model elementaris negara hukum' ini dibangun di atas pembedaan 'formal-substantif' dan kontinum 'sempit-luas'.

Walau demikian, sebelum menjabarkan model ini, kita pertamanya perlu menimbang pendekatan lain yang dipromosikan oleh Kleinfeld. Ia membedakan antara *cara* dan *tujuan* dari negara hukum dan berpendapat bahwa akan lebih masuk akal untuk memberi ciri berbeda pada *tujuan*, daripada *cara*. Menurut Kleinfeld ada lima *tujuan*: pemerintah yang dibatasi hukum, kesetaraan dihadapan hukum, ketertiban, keadilan yang terprediksi dan efisien, dan ketiadaan pelanggaran hak asasi manusia oleh negara. Meski perspektifnya orisinal, kategori Kleinfeld mengidap hal yang sama yakni kurang spesifik (*lack*

*of specificity*) seperti pembedaan formal-substantif dan sempit-luas. Selain itu, kesemuanya kurang luas untuk menampung elemen-elemen negara hukum yang kerap diperdebatkan untuk jadi bagian darinya, misalnya demokrasi. Yang lebih problematis lagi adalah klaim Kleinfeld yang menyatakan bahwa kategori-kategorinya tidak bisa direduksi satu sama lain. Sebagai contoh, 'ketiadaan pelanggaran hak asasi manusia oleh negara' sepertinya mensyaratkan bahwa pemerintah dibatasi oleh hukum dan warga negara setara di hadapan hukum (Kleinfeld 2006: 34-46).

Sesungguhnya, *tujuan* negara hukum dari Kleinfeld dapat dengan mudah dikaitkan dengan dua fungsi, yang telah disebut sebelumnya: pemerintah yang dibatasi hukum, kesetaraan di hadapan hukum dan ketiadaan pelanggaran hak asasi manusia oleh negara sebagai hasil dari fungsi 'perlindungan warga dari negara'. Hukum dan ketertiban dan keadilan yang terprediksi serta efisien terkait dengan fungsi 'perlindungan warga dari warga lainnya'. Cara-cara yang diajukan Kleinfeld untuk tujuan ini dengan demikian cocok dengan skema yang berikut ini akan dijelaskan secara garis besar.

Pengembangan model ini terdiri dari tiga langkah. Yang mendasari pendekatan ini adalah analisis menyeluruh terhadap konsep-konsep negara hukum dalam literatur.<sup>17</sup> Langkah pertama ini murni *heuristis*: argumennya bukan bahwa elemen-elemen tertentu *harus* jadi bagian dari konsep negara hukum, namun lebih pada elemen mana yang diklaim menjadi bagian dari negara hukum menurut literatur.

Langkah kedua adalah mengklasifikasi elemen-elemen yang ditemukan dalam tiga kategori. Ini yang dikenal dengan kategori elemen-elemen formal dan substantif, namun demi kejernihan, ditambahkan lagi kategori ketiga. Biasanya kategori ini tersembunyi dalam elemen-elemen formal. Akan tetapi, kategori ketiga ini yakni 'mekanisme kontrol' mempunyai karakter yang berbeda dan karenanya penting untuk diklasifikasikan tersendiri.

Hasil dari ini adalah sebuah kerangka konseptual negara hukum yang mengakomodasi konsep-konsep negara hukum yang ada. Kerangka ini menjadi dasar bagi langkah yang ketiga dan terakhir, yakni yang menyediakan suatu titik berangkat untuk penelitian negara hukum. Dalam langkah ini terdapat tambahan pertanyaan untuk setiap elemen. Sebagian dari pertanyaan itu berkarakter hukum, sebagian lagi empiris dan mesti dipoles, 'dipecah-pecah' dan disesuaikan dengan kasus atau bidang hukum yang dikaji.

17 Artikel review oleh Marianne Termorshuizen (2004: 77-119) telah membantu sebagai titik berangkat untuk tujuan ini.

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

Langkah ketiga ini menggiring kita pada isu terakhir yang perlu dibahas sebelum menjelaskan modelnya. Isu dimaksud adalah pembedaan antara norma dan fakta. Masalahnya bukan pada akan ada ketidaksepakatan mengenai persoalan apakah negara hukum hadir ketika sebuah negara dibatasi hanya secara hukum namun tidak dalam praktik, atau bahwa hak-hak warga hanya dijamin di atas kertas. Tiap orang akan sepakat bahwa negara yang tidak mematuhi aturannya sendiri bukanlah negara hukum. Walau demikian, sebagian besar - jika bukan semuanya - definisi juga menganggap bahwa warga negara secara umum juga taat pada hukum agar negara hukum itu hadir, meskipun sasaran pertamanya adalah negara.

Bila kita melihat fungsi pertama, kondisi ini terasa berlebihan. Demi melindungi warga dari negara tidak perlu mensyaratkan warga untuk mematuhi hukum. Suatu pengecualian adalah warga tersebut gagal menggunakan sarana-sarana yang disediakan oleh hukum untuk perlindungan mereka, tetapi hal ini agak dibuat-buat. Namun demikian, jika berhubungan dengan fungsi kedua, hasilnya menjadi berbeda. Jika warga tidak taat pada hukum yang ditujukan untuk melindungi sesama warga dari pelanggaran atas kehidupan dan kepemilikan mereka, ini berarti negara gagal untuk mewujudkan fungsinya. Dengan demikian, terasa ada betulnya untuk melihat pula kepatuhan warga pada hukum ketika mencoba mengukur elemen-elemen negara hukum yang ditujukan untuk menyokong fungsi kedua.

Bagian berikut akan membahas elemen-elemen tersebut per kategori.

#### **Kategori pertama: Elemen prosedural**

- Pemerintahan dengan hukum (*rule by law*)
- Tindakan negara harus tunduk pada hukum
- Legalitas formal (hukum harus jelas dan pasti muatannya, mudah diakses dan bisa diprediksi pokok perkaranya, serta diterapkan pada semua orang).
- Demokrasi (persetujuan menentukan atau mempengaruhi muatan dan tindakan hukum)

#### *Pemerintahan dengan hukum (rule by law)*

Kategori elemen prosedural berkaitan dengan corak tata pemerintahan dan keabsahannya. Hadir dalam tiap definisi negara hukum – walaupun hanya tersirat – adalah elemen pertama dari kategori tersebut, yakni negara *memerintah dengan hukum (rules by law)*. Asal-mula elemen ini menjadi bagian terpisah dari negara hukum kurang begitu jelas, sejak

para pemikir awal negara hukum, seperti Plato dan Aristoteles lebih memberi perhatian pada isu mengenai pemerintah yang bertanggung jawab pada hukum (Tamanaha 2004: 8-9), yang merupakan elemen berikutnya. Walau demikian, ketika Joseph Raz menulis bahwa '*rule of law*' mengandung arti harafiah yang dinyatakannya: *rule by law* (Raz 1979: 210-232), dia mengacu terutama pada persyaratan ini. Hukum di sini harus dipahami sebagai aturan-aturan umum dan bukan keputusan individual dan sepihak. Di samping itu, pemerintahan dengan hukum mensyaratkan paling kurang derajat minimum dari kesetaraan di hadapan hukum.

'Pemerintahan dengan hukum' umumnya dilawankan dengan 'pemerintahan oleh orang-orang (*rule by men*), yang mengandung konotasi kesewenang-wenangan.<sup>18</sup> Dalam artian ini negara hukum memang dasar utama dari segala upaya untuk mengekang pelaksanaan kekuasaan negara. Di sisi lain, 'pemerintahan dengan hukum' sering disandingkan dengan negara hukum (*rule of law*). Akibatnya, membawa pada makna yang agak negatif terhadapnya. Sesungguhnya, 'pemerintahan dengan hukum' menyiratkan bahwa negara mempunyai hukum sebagai senjata yang dahsyat tanpa jadi sasaran dari segala pembatasan yang secara inheren terkandung di dalamnya (Tamanaha 2004: 92). Walau demikian, jika kita membayangkan bahwa pemerintah memerintah dengan hanya keputusan individual sehingga jelaslah bahwa persyaratan *rule of law* adalah vital. Negara semacam Republik Rakyat Cina sudah hampir mengakui versi paling sempit ini dari negara hukum<sup>19</sup> dan tidak sulit untuk melihat kelebihanannya ketika kita membandingkannya dengan situasi pada masa Revolusi Kebudayaan.

'Pemerintahan dengan hukum' lebih jauh lagi menganjurkan bahwa hukum pada prinsipnya harus bersifat umum dalam muatannya dan harus diketahui. Keperluan bagi hukum yang bersifat umum menjadi sangat jelas dari kritik terhadap rezim yang 'memerintah dengan pengecualian' (*rule by exception*). Dalam situasi ini hukum-hukum yang bersifat umum disisihkan untuk memberi jalan bagi keputusan individual, yang menyingkirkan jaminan pada kepastian yang ada di dalam persyaratan dari pemerintahan dengan hukum. Tindakan yang dilakukan dalam 'pemerintahan dengan pengecualian' menyiratkan bahwa 'pemerintahan dengan hukum' dapat dikurangi dengan cara-cara legal (Jayasurya 2001: 108-124). Bahwa negara menggerogoti elemen ini jika bertindak dengan cara-cara yang tidak

18 Lihat sebagai contoh D. Ivison (2007), 'Decolonizing the Rule of Law: Mabo's Case and Postcolonial Constitutionalism', *Oxford Journal of Legal Studies*, 17: 262.

19 Untuk pertimbangan yang lebih bernuansa, lihat Peerenboom 2004b: 113-145.



### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

berdasar secara hukum sama sekali, misalnya dengan memanfaatkan preman untuk mengusir warga dari tanahnya, adalah jelas. Tetapi jika negara meremehkan aturan-aturannya sendiri dengan memanfaatkan keputusan-keputusan individual juga akan memberikan hasil yang sama.

Catatan akhirnya bahwa kita tidak harus meragukan manfaat 'pemerintahan dengan hukum' bagi seorang penguasa. 'Pemerintahan dengan hukum' adalah langkah pertama menuju legitimasi yang berbasis pada pemerintahan legal-rasional. Menggunakan peraturan yang bersifat umum adalah lebih krusial untuk sebuah pemerintahan atas sejumlah besar orang dalam rangka menciptakan kejelasan dan stabilitas di mana regulasi-mandiri (*self-regulation*) tidak diinginkan atau dikesampingkan. Tiap kasus mengenai pengembangan negara pada titik tertentu mensyaratkan pengintroduksian pemerintahan dengan hukum, tak peduli seberapa memihak atau canggungnya upaya ini dilihat dari perspektif kontemporer.<sup>20</sup>

Mirip dengan itu, Shapiro telah mengungkap bagaimana dalam penyelesaian perselisihan, kesepakatan para pihak mengenai aturan yang akan diterapkan dan kesepakatan tentang pihak ketiga yang akan memutus sengketa telah tergantikan oleh hukum dan jabatan. Tindakan ini harus dilakukan pemerintah agar dapat mengendalikan masyarakat dengan memutus sengketa sesuai aturan yang telah dibuat oleh pemerintah. Hal ini juga menyiratkan bahwa segala bentuk kewenangan yang tersentralisasi akan berhadapan, pada derajat tertentu, dengan negara hukum (Shapiro 1981).<sup>21</sup>

#### *Tindakan negara tunduk pada hukum*

Elemen kedua dalam kategori prosedural dapat dilabeli sebagai inti bersama (*common core*) dari semua definisi negara hukum. Tambahan pertamanya terhadap elemen 'pemerintahan dengan hukum' adalah mensyaratkan landasan hukum untuk tiap tindak-tanduk negara,

20 Lihat sebagai contoh Huxley (2001: 113-142) tentang hukum orang Burma, atau Ball (1982) tentang hukum orang Jawa. Sebagaimana tepat dikemukakan oleh pengkaji anonim, poin ini mengingatkan pada karya Nonet dan Selznick mengenai tipe-tipe hukum (atau sistem hukum), viz. hukum represif, otonom and responsif (Nonet & Selznick 1978). Tipe-tipe hukum yang diacu di sini adalah hukum represif, namun harus dicatat bahwa, sebagaimana Nonet dan Selznick menyatakan, bahkan hukum represif didefinisikan dalam istilah legitimasi daripada paksaan 'mentah'. Elemen yang dibahas berikutnya berarti sebuah pergerakan menuju hukum yang otonom, sedangkan hukum substantif diasosiasikan dengan pendekatan-hak yang dibahas dalam kategori berikutnya.

21 Hal ini sangat jelas dari sejarah ekspansi kolonial; dari bentuk yang paling terbatas yakni '*repugnancy clause*' sampai kategori samar-samar tatanan hukum di Hindia Belanda. Untuk contoh, lihat Mommsen & De Moor 1992.



biasa disebut prinsip legalitas. Pembentukan hukum juga memerlukan landasan hukum. Kedua, adanya persyaratan bahwa pemerintah patuh pada aturannya sendiri. Sebagaimana telah dikemukakan, persyaratan ini mengacu kembali pada Plato dan Aristoteles serta terkait erat dengan konsep Jerman '*Rechtsstaat*' yang disusun dalam format 'finalnya' oleh Carl Schmitt, dengan ketiadaan elemen-elemen substantif dan demokrasi (Schmitt 1928). Pada awalnya, pendapat dominan menyatakan bahwa kekuasaan tidak bisa dibatasi oleh hukum, karena penguasa dapat mengubah hukum sekehendaknya, tetapi kemudian persyaratan prosedural memungkinkan hukum, demokrasi, dan ide-ide tentang hukum alam digunakan untuk mengatasi permasalahan ini.

Persyaratan tentang tiap tindakan negara memiliki landasan hukum dapat tak bermakna jika landasan hukum ini kurang spesifik. Wilayah tradisional dari persaingan ini adalah isu kekuasaan bertindak (*discretionary power*), yang lebih baik mungkin diekspresikan dalam konsep Jerman mengenai '*freies ermessen*'. *Freies ermessen* melekat pada lingkup pemerintahan yang secara leluasa menentukan kebijakannya tanpa harus mempertanggungjawabkannya secara hukum. Hal ini berarti mengakui suatu kemustahilan dan ketidaknyamanan bahwa pembentuk undang-undang menentukan tiap tindakan pemerintah secara terperinci sebelumnya. Namun, di sisi lain hal ini menciptakan bahaya bahwa pemerintah akan bertindak sewenang-wenang.<sup>22</sup> Sama halnya dengan isu ketertundukan pada hukum, masalah ini telah diselesaikan oleh ahli hukum dengan persyaratan kualitas hukum yang inheren dalam elemen berikutnya dikategori ini, serta konsep hukum administrasi sebagai prinsip pemerintahan yang baik.

Masalah lain yang terkait dengan legalitas adalah apa yang dikenal dengan 'konsep terbuka' dalam hukum, seperti 'kepentingan umum', 'kebaikan bersama' dan lain-lainnya, yang dapat dimuati oleh pemerintah sesuai keinginan dan pilihannya sendiri. Mungkin tiada gagasan yang telah disalahgunakan sesering 'kepentingan umum', meskipun memang mustahil untuk memerintah tanpa konsep seperti itu atau yang setara dengannya. Konsep kepentingan umum mirip halnya dengan konsep *freies ermessen*. Kedua-duanya menunjuk bahwa dalam kenyataannya 'hukum' sebagai kategori terlalu umum bila kita menginginkan pengawasan yang baik atas kekuasaan negara. Pernyataan sederhana bahwa tindak-laku negara harus tunduk pada hukum terlalu luas untuk menjamin tanggung-gugat yang efektif. Oleh karenanya gagasan ini terjalin erat dengan elemen selanjutnya, yang merinci bagaimana hukum seharusnya.

22 Lihat, mis., Wimmer 2004: 198; dan seterusnya.

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

Legalitas juga dapat digerosoti oleh negara melalui pembentukan berbagai undang-undang, yang menyediakan landasan hukum untuk tindakan tertentu yang berlaku surut. Ini bukan mengacu pada pemahaman yang lebih umum mengenai prinsip tidak berlaku surut (*non-retroactivity*), yang berarti bahwa tindak-tanduk warga negara dapat dihukum berdasarkan aturan yang dibuat setelah peristiwa terjadi. Hal ini lebih mirip dengan ‘pemerintahan dengan pengecualian’ yang menyediakan pembenaran hukum bagi negara ketika tindakannya tidak berlandaskan hukum. Isu ini jarang mendapat perhatian, tetapi ini memang suatu cara yang secara mendasar bermasalah karena negara bisa melonggarkan ikatan hukumnya sendiri.

Ada hal lain dari prinsip legalitas, yang tidak melibatkan penggunaan hukum dan hanya dapat secara terbatas ditanggulangi oleh hukum. Prinsip ini juga berkaitan dengan persyaratan bahwa penyelenggaraan pemerintahan selalu berdasar hukum, namun hal ini lebih sulit diselesaikan daripada masalah sebelumnya dalam hal bahwa prinsip ini bahkan tidak ada pura-pura memandang tindakan itu sah secara hukum dengan melegalisasi tindakan berlaku surut. Ia melibatkan dua situasi di mana aparat negara bertindak tanpa landasan hukum apa saja dan situasi di mana negara memanfaatkan ‘warga kebanyakan’ untuk tujuan ini, misalnya preman. Tentu saja bisa dibuat peraturan-peraturan dan prosedur untuk mengendalikan pemerintah dalam isu ini, namun jika perilaku tersebut telah meluas maka prosedur paling ‘liberal’ yang diterapkan oleh peradilan paling independen sekalipun tidak dapat efektif. Pada akhirnya perilaku lembaga-lembaga negara sendiri yang akan menentukannya. Di sebagian besar, jika bukan semua konsep-konsep negara hukum, ini adalah tes lakmus utama untuk memastikan apakah sebuah negara dapat disebut negara hukum atau tidak.

Hal ini juga diterapkan pada apakah negara mengikuti aturan dan prosedurnya sendiri. Karena negara hukum secara tradisional adalah konsep hukum, segi ‘praktis’ dari negara hukum ini sering diabaikan. Di sisi lain, mereka yang mengembangkan indikator negara hukum bisa jadi hilang pandangannya pada isu-isu hukum dan hanya terfokus pada penyelenggaraan negara saja.<sup>23</sup> Khususnya dalam hal ini adalah pentingnya untuk membedakan antara segi hukum dan empiris dari konsep negara hukum.<sup>24</sup>

23 Satu contoh adalah Kaufmann, Kraay, dan Zoidio-Lobaton, ‘Agregating Governance Indicator’, World Bank, [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1999/10/23/00009494\\_99101105050593/additional/115515322\\_20041117135531.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1999/10/23/00009494_99101105050593/additional/115515322_20041117135531.pdf).

24 Indikator negara hukum paling canggih yang sejauh ini pernah dibuat

*Legalitas formal*

Sebagaimana telah diindikasikan dalam bagian sebelumnya, hukum harus mengikuti persyaratan tertentu jika ingin efektif dalam membatasi penyelenggaraan kekuasaan. Legalitas formal memungkinkan warga untuk merencanakan tindakannya, karena mereka dapat memprediksi bagaimana negara akan merespon. Pada kenyataannya, dua elemen sebelumnya tidak ada artinya bila legalitas formal tidak didudukkan pada tempatnya.

Legalitas formal mempunyai sebuah sejarah panjang di bidang seperti hukum pidana, di mana ia menyediakan dasar-dasar bagi mandataris negara untuk menghukum warga. Saat ini para teoretikus telah mulai memfokuskan diri pada pentingnya legalitas formal bagi tindak-tanduk warga di ruang ekonomi. Artinya, ada pergeseran dari fungsi pertama ke fungsi kedua dari negara hukum. Hal ini merujuk pada pemikiran Max Weber, yang pertama kali menulis secara mendalam mengenai pentingnya hukum yang formal-rasional bagi perilaku ekonomi, namun sesungguhnya para ahli hukum di masa Kekaisaran Romawi yang menjabarkan dan menyesuaikan aturan-aturan hukum perdata-lah yang merupakan pengusung awal ide ini.

Gagasan bahwa legalitas formal bersama-sama dengan hak atas kepemilikan dan peradilan yang independen, elemen-elemen dalam kategori kedua dan ketiga, mendukung pembangunan ekonomi sangat berpengaruh dalam lingkaran donor internasional dan menjadi dasar bagi banyak proyek di lapangan ini. Memang benar bahwa bagi sebuah negara modern legalitas formal dapat menjadi perangkat yang sangat dahsyat dalam rangka memperkenalkan prasyarat kepastian untuk pembangunan ekonomi, dengan Singapura sebagai contoh yang mungkin paling meyakinkan. Meskipun demikian, ada cara-cara lain pula untuk memperoleh kepastian, sebagaimana ada jalan mencapai legitimasi selain daripada cara formal-rasionalitas.

Kendati demikian, secara umum ada kesepakatan bahwa legalitas formal dapat menyokong tujuan ini secara baik pada sistem politik apapun dan mungkin bukan hanya di negara-negara modern di mana peraturan-peraturan yang terkodifikasi secara jelas memberikan jaminan terbaik bagi transaksi antar-warga masyarakat yang tidak punya ikatan hubungan keluarga atau klan. Pertanyaannya adalah apakah hal ini dapat dicapai dengan cara-cara selain kodifikasi dan putusan hakim. Meski melampaui tulisan ini untuk masuk pada persoalan tersebut,

---

mempertimbangkan dengan baik hal ini. Lihat Agrast dkk. 'The world justice project rule of law index: Measuring the rule of law around the World', lihat [www.worldjustice.org](http://www.worldjustice.org).

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

ada banyak contoh sistem-sistem semacam itu yang pernah efektif dan bukan sekadar di masyarakat skala kecil.<sup>25</sup> Walaupun demikian, di bawah kondisi tertekan, apakah itu karena migrasi, guncangan politik, atau alasan-alasan lain, peraturan umum dan putusan hakim adalah cara yang paling wajar untuk mewujudkan hal ini, khususnya pada skala yang lebih luas.<sup>26</sup>

Ini berlaku terutama dalam rangka mengendalikan negara. Semakin samar aturannya, semakin sulit penerapannya. Hanya satu bangsa di dunia ini yang tidak memiliki konstitusi tertulis, Kerajaan Inggris, dan itu mungkin karena proses pembangunan tatanan hukumnya guna mewujudkan negara yang bertanggung-gugat dimulai sejak awal mula sejarah dan karenanya begitu mengakar kuat.<sup>27</sup> Dalam arti ini legalitas formal memang dinilai sebagai suatu 'kebaikan universal'. Sebagaimana dicatat oleh Thompson, 'ini inheren di dalam karakter istimewa hukum, sebagai bangunan aturan dan prosedur, bahwa ia harus menerapkan kriteria yang logis dengan mengacu pada standar universalitas dan keadilan' (Thompson 1975: 262). Dengan kata lain, legalitas formal kelihatannya inheren dalam ide hukum itu sendiri.

Sama halnya dengan dua elemen sebelumnya, ada sisi hukum dan kelembagaan pada legalitas formal. Menentukan apakah aturan-aturan sudah jelas dan konsisten adalah esensi dari pengkajian hukum, sama halnya dengan membuat hukum bisa diakses. Sangat jelas bahwa banyak perdebatan mengenai cara mana yang paling memadai untuk mencapai hal ini, misalnya apakah hukum harus tertulis, terkodifikasi, dikukuhkan atau dihasilkan melalui putusan hakim. Namun, pada dasarnya semua metode ini bisa digunakan untuk menghasilkan hukum yang jelas, pasti, mudah diakses dan stabil. Pada sistem hukum manapun kesemuanya akan jadi titik berangkat bagi para ahli hukum, apakah mereka mengkompilasi undang-undang, memutuskan perkara, atau menyusun kontrak.

Hal ini menyiratkan suatu prasyarat kelembagaan yang penting untuk legalitas formal: keberadaan profesi hukum yang berbagi cara

25 Jepang adalah contoh yang mungkin paling terkenal.

26 Meskipun demikian, proses transisi akan hampir selalu berlarut-larut, menyakitkan dan penuh masalah. Menjejalkan aturan 'asing' ke dalam suatu masyarakat selalu sangat bermasalah, yang jelas dari kajian-kajian tentang negara kolonial, tetapi juga dari kajian tentang Prancis di abad ke-18 dan 19. Di sisi lain, mengkodifikasi aturan-aturan lokal juga adalah kegiatan yang rentan dan akan tak terelakkan menyeret sengketa dan membingkai ulang relasi kuasa dalam masyarakat tersebut. Sayangnya, jalan antara yang menyediakan 'pengukuhan' tak mengikat dari hukum adat, sebagaimana diajukan oleh Van Vollenhoven di Hindia Belanda telah terbukti sangat sulit pula, terkait dengan penerapannya.

27 Tentang pentingnya konstitusi dalam hal ini, lihat Sartori 1997.

pandang sama terhadap hukum. Jika perbedaan serius terjadi di antara profesi hukum itu, masalah yang tak terelakkan terkait legalitas formal akan muncul. Untuk beberapa hal, ini juga menjelaskan masalah-masalah yang berhubungan dengan transplantasi hukum, bila aturan-aturan tersebut tidak 'terjahit' dengan baik dengan kondisi negeri penerima (Seidman & Seidman 1994). Walaupun demikian, sebelum profesi hukum dapat melakukan kerjanya, kondisi-kondisi dasar tertentu harus dipenuhi dulu. Jika putusan hakim tidak terpublikasi, ia tidak dapat diatur ulang, dan jika undang-undang tidak terpublikasi maka undang-undang itu tidak dapat dikomentari. Isu-isu mendasar tersebut menentukan apakah sebuah sistem hukum dapat berfungsi atau tidak.<sup>28</sup>

Legalitas formal juga terkait dengan isu-isu yang membumi seperti apakah hukum diketahui oleh para sasarannya. Rentang ini dari sarana yang paling dasar seperti pengumuman 'narkoba melanggar hukum' di bandara Jakarta, lewat komik menjelaskan hak atas tanah kepada masyarakat adat sampai ketersediaan bantuan hukum, terutama bagi kaum miskin dan yang tak beruntung. Legalitas formal-lah yang pada gilirannya menyediakan rantai pertama yang langsung antara konsep negara hukum yang terpusat pada negara dengan pendekatan akses pada keadilan yang terpusat pada warga negara.

### *Demokrasi*

Sementara elemen-elemen sebelumnya pada kategori ini kurang lebih secara umum diterima sebagai elemen-elemen esensial untuk negara hukum, demokrasi kurang disambut seperti itu. Meskipun sedikit yang akan menyangkal bahwa demokrasi dan negara hukum secara dekat terhubung satu sama lain – misalnya, dalam banyak negara adalah suatu hal yang umum untuk berbicara mengenai 'negara hukum yang demokratis' dan bukan mengenai negara hukum saja – banyak yang tidak memasukkan demokrasi sebagai elemen dari definisi negara hukum.

Hal ini memiliki sisi teoretis dan praktis. Pertama, demokrasi terkadang digunakan untuk menambah elemen substantif dalam daftar persyaratan formal. Perspektif teoretis menyatakan bahwa hukum akan adil apabila dibentuk dengan persetujuan umum. Versi paling canggih dari argumen ini dikemukakan oleh Habermas, yang berargumentasi bahwa karena ketiadaan hukum alam, prosedur demokratis adalah satu-satunya jaminan keadilan hukum yang adil yang kita miliki. Walaupun ada kebenaran dalam argumen ini, demokrasi pada akhirnya hanyalah

28 Untuk Indonesia, lihat misalnya Churchill 1992.

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

suatu prosedur, yang tidak akan dapat menjamin hasil yang secara substantif adalah adil. Tamanaha telah menunjukkan bahwa untuk alasan inilah demokrasi tetap menjadi konsep yang 'kosong' dan lebih jauh lagi, demokrasi dapat menghasilkan hukum yang sangat tidak adil (Tamanaha 2004: 99-101).

Alasan praktis untuk tidak memasukkan demokrasi ke dalam konsep negara hukum adalah bahwa apabila seseorang bermaksud untuk mengatakan sesuatu tentang negara hukum di suatu negara, maka (memasukkan demokrasi sebagai elemen) akan membuat tugas yang sudah menakutkan menjadi lebih menakutkan lagi. Demokrasi sendiri adalah suatu bidang penelitian yang sangat besar dan seseorang dapat dengan mudah berlebihan membebani dirinya sendiri dengan memasukkannya dalam konsep dan kemudian berusaha untuk mengatakan sesuatu yang berguna tentang negara hukum dalam suatu negara. Dalam studi ilmu politik dan pembangunan, demokrasi memiliki tempatnya sendiri dan ini merupakan satu lagi alasan praktis untuk tidak memasukkannya di bawah bendera negara hukum.

Meskipun demikian, apabila kita kembali kepada fungsi yang dilayani oleh negara hukum, jelas bahwa demokrasi – setidaknya demokrasi liberal – juga melayani fungsi melindungi warga negara dari negara. Membuat pemerintah responsif terhadap warga negara juga merupakan cara untuk membatasi kekuasaannya,<sup>29</sup> sementara itu sebuah argumen yang kuat dapat diajukan bahwa kesempatan yang diberikan oleh demokrasi kepada warga negaranya untuk mengejar sasaran-sasaran mereka melalui cara-cara pemilihan kemungkinan besar dapat mengurangi pelanggaran terhadap hak dan kepemilikan sesama warga negara.<sup>30</sup> Walaupun demikian, cara-cara demokrasi bukan merupakan sesuatu yang cara hukum, namun lebih sebagai cara-cara politis – meskipun aturan-aturan demokratis dapat juga dimasukkan ke dalam hukum dan ada hubungan empiris antara demokrasi dan penghormatan terhadap hak asasi manusia (Diamond 1999: 5). Apabila negara hukum digunakan sebagai gagasan ideal atau sebagai cara inventoris untuk mengendalikan negara, maka masuk akal untuk memasukkan demokrasi ke dalam negara hukum. Lebih jauh lagi, agar efektif, demokrasi memerlukan banyak pengawasan yang tersirat dalam elemen-elemen yang sebelumnya telah dibahas, dan juga kebebasan fundamental yang akan dibahas pada kategori berikutnya.<sup>31</sup>

29 Bdk., Diamond 1999: 3.

30 Ini, dapat dinyatakan, menyebabkan pemisahan antara kaum sosial-demokrat yang 'revisionis' dan kaum sosialis radikal yang menganjurkan revolusi.

31 Lihat, misalnya, O'Donnel 2004: 32-46.

Seseorang dapat juga memasukkan suatu bentuk demokrasi yang lebih terbatas dalam konsep negara hukum. Hal ini berarti memperhatikan pembentukan hukum dan pembuatan keputusan oleh pemerintah pada tingkat lokal dan pengaruh yang dapat dimiliki oleh warga negara terhadap hukum-hukum yang secara langsung dapat mempengaruhi mereka. Suatu contoh tentang penggunaan konsep itu adalah prosedur-prosedur untuk berpartisipasi dalam perancangan suatu rencana tata ruang atau prinsip bahwa seorang warga negara akan didengar sebelum keputusan hukum yang akan mempengaruhinya diambil oleh pemerintah. Dalam contoh yang terakhir ini, demokrasi diterjemahkan sebagai peralatan prosedural, yang cukup dekat artinya dengan prinsip-prinsip pemerintah yang baik yang digunakan untuk membatasi penerapan diskresi pemerintahan.

### **Kategori kedua: Elemen-elemen substantif**

- Subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental dari keadilan
- Perlindungan hak asasi dan kebebasan perorangan
- Pemajuan hak asasi sosial
- Perlindungan hak kelompok

#### *Subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental dari keadilan*

Apabila kategori sebelumnya berkuat dengan prosedur dalam rangka mencegah penyalahgunaan kekuasaan, kategori yang ini melakukan hal yang sama dengan memperkenalkan standar-standar substantif. Meskipun tidak termasuk definisi yang 'sempit' dari negara hukum, mekanisme ini dapat ditemukan sepanjang sejarah negara hukum. Baik bangsa Yunani maupun bangsa Romawi mengenalnya dalam bentuk hukum alam. Pada kenyataannya, tidaklah terlalu sulit untuk menghubungkan menurunnya standar ini dengan menurunnya hukum alam dan melambungnya teori-teori hukum positif.

Sekalipun demikian, banyak dari mereka yang tidak setuju dengan teori-teori hukum alam masih mengakui elemen-elemen substantif sebagai bagian dari negara hukum. Elemen paling 'relatif' dari elemen-elemen tersebut terdiri dari prinsip-prinsip keadilan, moralitas, dan proses peradilan yang baik (*due process*). Prinsip-prinsip tersebut beragam dari satu tempat ke tempat lainnya dan dalam kurun waktu tertentu sehingga memungkinkan adanya interpretasi secara kontekstual. Peerenboom mengamati bahwa bahkan versi-versi negara hukum yang terlemah sekalipun mencakup suatu bentuk 'konteks' yang



### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

substantif, yang dapat diajukan berdasarkan elemen ini (Peerenboom 2004a: 5-6). Hal ini juga bermanfaat untuk kondisi-kondisi dimana hukum adat lebih berpengaruh, sehingga suatu sistem dapat dinilai berdasarkan ketentuan-ketentuannya sendiri.

Kerelatifan dari pendekatan ini pada saat yang bersamaan juga membuatnya paling rentan disalahgunakan. Tidak selalu mudah untuk mendefinisikan apa yang seharusnya dianggap sebagai prinsip-prinsip fundamental dalam suatu ranah sosial yang ada – dan sudah pasti tidak ketika menyangkut suatu negara yang memiliki kebudayaan beragam. Bahkan dalam konteks yang lebih kecil dan homogen, akan sulit untuk menentukan prinsip-prinsip mana yang dikenal secara luas sehingga dapat dikualifikasikan sebagai ukuran untuk mengevaluasi tindakan-tindakan pihak yang berwenang. Hal ini biasa dihadapi oleh para antropolog hukum, namun kehati-hatian dan waktu yang dipersyaratkan untuk tujuan tersebut seringkali melampaui kapasitas mereka yang harus menguji apakah memang para pihak yang berwenang telah mematuhi prinsip-prinsip tersebut. Di sisi lain, apabila prinsip-prinsip tersebut dapat ditentukan, maka prinsip-prinsip tersebut akan cenderung lebih stabil dari pada hasil-hasil demokratis yang lebih rentan terhadap perubahan-perubahan politik.

Dapat juga ditambahkan bahwa elemen ini menjadi sangat penting bagi legitimasi sistem hukum di hadapan warga negara. Bagaimanapun baiknya elemen-elemen prosedural telah diikuti, elemen-elemen tersebut tidak dapat menjamin hasil penerapan hukum secara substantif.<sup>32</sup> Dan apabila banyak yang menganggap hasil hukum sebagai ketidakadilan, maka keseluruhan sistem tersebut bisa jadi dalam bahaya.

#### *Perlindungan hak asasi dan kebebasan perorangan*

Dalam definisinya tentang negara hukum banyak pihak memasukkan hak asasi manusia. Hak asasi manusia dalam banyak hal memasukkan berbagai aspek dari kategori sebelumnya yang diterjemahkan menjadi berbagai hak, seperti hak atas proses pengadilan yang adil. Diterima oleh hampir semua negara-negara di dunia dan bahkan sering dianggap sebagai hukum kebiasaan internasional, hak dan kebebasan perorangan kurang fleksibel dibandingkan dengan prinsip-prinsip keadilan dan moralitas yang dibicarakan di atas. Hal ini sekaligus menjadi kelebihan dan kekurangannya. Berkembangnya literatur antropologi tentang hak asasi manusia mengungkapkan pentingnya untuk meletakkan hak asasi manusia dalam konteks ketika menggunakannya sebagai batasan-

32 Bdk., gagasan hukum 'responsif' dari Nonet & Selznick (1978).



batasan terukur untuk perilaku negara<sup>33</sup> dan argumen ini dapat secara sebanding diterapkan untuk penggunaan hak asasi manusia dalam kerangka negara hukum.

Mungkin alasan utama untuk memasukkan hak asasi manusia ke dalam kerangka negara hukum adalah karena ranah ini telah menjadi tema pengarah sentral dari kerja sama dalam pembangunan dan secara bertahap menjadi jelas bahwa dalam rangka mencapai perbaikan apapun untuk mewujudkan hak asasi manusia – apakah itu menyangkut hak atas kebebasan pers atau atas makanan – diperlukan suatu sistem hukum yang efektif untuk mencapai hal tersebut. Bersatunya hak asasi manusia dengan sistem yang efektif dalam satu konsep bermanfaat untuk menunjukkan secara singkat kepada kesejahteraan manusia dan kerangka hukum yang diperlukan untuk mencapai hal tersebut.

Kita juga selanjutnya harus menyadari bahwa ideologi neoliberal yang mendasari sebagian besar dari kegiatan-kegiatan organisasi seperti Bank Dunia menjadikannya sangat menarik untuk mengejar agenda tersebut dibawah istilah negara hukum. Sebagaimana telah disinggung sebelumnya dalam tulisan ini, donor internasional cenderung mengikuti definisi yang sangat terbatas tentang negara hukum, yaitu yang menekankan pada hak atas kepemilikan, kebebasan untuk berkontrak dan mekanisme-mekanisme hukum untuk menegakkan hak-hak tersebut (Ohnesorge 2003). Faundez telah menunjuk pada berbagai masalah yang secara nyata disebabkan oleh kegagalan Bank Dunia untuk secara memadai membahas relasi antara sasaran-sasaran pembangunan yang dituju dan kerangka hukum (Faundez 2005: 5-8). Memasukkan hak asasi manusia ke dalam definisi negara hukum pada akhirnya dapat saja memberikan manfaat, karena dapat memaksa organisasi donor dan para pakar untuk memikirkan hubungan antara hak asasi manusia dan lembaga-lembaga hukum secara hati-hati. Meskipun demikian, hal tersebut secara tidak langsung menyatakan konsep hak asasi manusia harus lebih luas daripada yang dipilih oleh Bank Dunia.

Kekurangan dalam memasukkan hak asasi manusia ke dalam definisi negara hukum telah dibicarakan dalam konteks demokrasi: yang merupakan ranah tersendiri yang sangat luas sehingga dengan memasukkannya (ke dalam pembahasan) akan menjadikannya sulit untuk mengatakan sesuatu yang ‘umum’ tentang negara hukum. Di sisi lain, relasi langsung antara berbagai kebebasan fundamental seperti kebebasan untuk berekspresi, berkumpul, pengadilan yang adil, dan sebagainya dengan elemen-elemen dari kategori formal sudah cukup

33 Lihat, misalnya, Goodale (2008: 1-38) dan Merry (2005).

jelas dan tidak perlu dibicarakan lagi.<sup>34</sup>

*Pemajuan hak-hak asasi sosial*

Sementara hak asasi manusia dapat ditemukan dalam definisi-definisi negara hukum yang terkini, tidak demikian halnya dengan yang disebut sebagai hak-hak asasi 'sosial'. Hal ini tidak mengejutkan, karena hak-hak sosial tersebut tidak secara langsung berhubungan dengan pencegahan penyalahgunaan kekuasaan dengan cara yang sama sebagaimana elemen-elemen yang telah dibahas sebelumnya: hak-hak sosial ini menimbulkan kewajiban negara secara lebih jauh untuk menggunakan kekuasaannya bagi kepentingan warga negaranya, yang memberikan hak atas makanan, perlindungan, pendidikan, dan sebagainya. Apakah kebutuhan-kebutuhan tersebut harus dirumuskan dalam bentuk hak, adalah suatu pertanyaan yang sering diperdebatkan, namun pada praktiknya kurang lebih ditetapkan dengan cenderung mengadopsi hak-hak tersebut ke dalam perjanjian internasional dan dalam banyak konstitusi di dunia.

Sebuah definisi penting yang mencakup hak-hak asasi manusia 'generasi kedua' ini adalah yang dirumuskan oleh *International Commission of Jurists* dalam kongresnya di tahun 1959:

Negara hukum memang benar-benar menjaga dan memajukan hak-hak sipil dan politik perorangan dalam suatu masyarakat yang bebas; namun ia juga berkaitan dengan pembentukan kondisi-kondisi sosial, ekonomi, pendidikan dan budaya oleh negara yang mendasari aspirasi dan martabat manusia yang sah dan sehingga mungkin untuk diwujudkan. Kebebasan berekspresi tidak memiliki arti apapun bagi mereka yang buta huruf; hak untuk memilih dapat secara sesat diubah menjadi instrumen tirani yang dijalankan oleh para penghasut terhadap pemilih yang tidak tercerahkan; kebebasan dari campur tangan pemerintah jangan sampai berarti kebebasan untuk lapar bagi kaum miskin dan melarat.

Argumen paling kuat untuk memasukkan hak-hak sosial ke dalam definisi negara hukum adalah yang kedua: bahwa bagian-bagian lain dari negara hukum hanya dapat berfungsi secara efektif apabila hak-hak sosial dipenuhi dan dengan demikian definisi negara hukum yang tidak memasukkannya tidak berarti banyak bagi kaum miskin dan terpinggirkan.

Pendekatan ini ditentang secara kuat oleh Tamanaha, yang berargumen bahwa negara hukum cenderung kehilangan seluruh nilai

<sup>34</sup> Sebagaimana dianjurkan oleh seorang pengkaji anonim, akan masuk akal untuk membangun suatu sub-kategorisasi dari hak-hak asasi manusia yang secara khusus terkait dengan negara hukum.

analisisnya apabila dijabarkan secara luas seperti itu (Tamanaha 2004: 113). Meskipun argumen ini ada benarnya, di sisi lain saat ini konsep negara hukum tidak begitu efektif secara analitis sama sekali karena begitu beragamnya definisi yang ada. Dengan kata lain, negara hukum harus selalu didefinisikan secara jelas sebelum dapat digunakan untuk tujuan tersebut. Jika, di lain pihak, negara hukum digunakan sebagai suatu sistem hukum yang ideal, memandu program dan orang menuju masa depan yang lebih baik, maka suatu gagasan yang menyeluruh dapat memberikan suatu kepraktisan yang efektif bagi keseluruhan mekanisme dan gagasan yang secara potensial berkontribusi dalam melayani kedua fungsi yaitu melindungi warga negara terhadap negara dan melindungi warga negara dari warga negara lainnya. Sisi sebaliknya dari hal ini tentunya adalah bahwa negara hukum akan kehilangan hampir seluruh dari nilai analitisnya.

#### *Perlindungan terhadap hak kelompok*

Argumen yang menentang tercakupnya hak-hak asasi sosial dalam suatu definisi negara hukum terdapat lebih kuat terhadap hak kelompok. Tidak banyak yang mendefinisikan negara hukum memasukkan hak kelompok ke dalam konsep mereka, karena hak kelompok kontroversial untuk dikualifikasikan sebagai hak asasi manusia.<sup>35</sup>

Di sisi lain, ada yang melakukan hal tersebut, dan tampaknya lebih mudah untuk memasukkan hak kelompok ke dalam definisi negara hukum daripada memasukkan kategori sebelumnya. Hak kelompok pada hakikatnya lebih mendekati (konsep) hak dan kebebasan perorangan daripada hak-hak sosial, dalam arti bahwa hak kelompok bertujuan untuk menahan negara ikut campur tangan dalam ranah privat dari kelompok-kelompok warga tertentu, sedangkan hak-hak sosial terkait dengan penerapan kekuasaan oleh negara secara aktif untuk memajukan kesejahteraan warga. Hanya berbeda apabila hak-hak dimengerti sebagai tersiratnya kewajiban bagi negara untuk secara aktif memajukannya. Suatu contoh dari interpretasi yang terakhir tersebut adalah negara dapat diminta menyediakan dana untuk mendukung penggunaan bahasa tertentu daripada hanya sekedar membolehkan beberapa kelompok untuk menggunakan bahasa-bahasa tersebut dalam komunikasi formal. Alasan paling meyakinkan untuk memasukkan hak kelompok ke dalam konsep negara hukum adalah bahwa hak-hak tersebut dapat menjadi senjata yang ampuh

<sup>35</sup> Misalnya, Kuper 2004: 389-402. Tetap saja ada banyak referensi untuk hak kelompok sebagai bagian dari negara hukum, sebagian besarnya melihat sebagai perluasan alamiah dari konsep. Lihat, misalnya, Brownlie 1985: 105-106.

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

dalam melawan pelanggaran negara atas hak-hak warga negara atau pelanggaran oleh warga negara lainnya, yang biasanya terjadi dalam bentuk perusahaan-perusahaan besar. Ketidakadilan yang dilakukan dengan cara tersebut terhadap masyarakat asli atau kelompok lainnya memberikan alasan kuat untuk memperhatikan hak kelompok dalam usaha untuk mewujudkan fungsi-fungsi yang diusahakan oleh negara hukum.

#### **Kategori ketiga: Mekanisme kontrol (lembaga-lembaga pengawal negara hukum)**

- Lembaga peradilan yang independen (terkadang diperluas menjadi *trias politica*)
- Lembaga-lembaga lain yang memiliki tanggung jawab dalam menjaga dan melindungi elemen-elemen negara hukum

#### *Suatu lembaga peradilan yang independen*

Sebagaimana dijelaskan secara garis besar di atas, independensi peradilan pada umumnya dikenal sebagai elemen formal dari negara hukum, namun hakikat kelembagaannya menurut saya, menjadikannya lebih cocok untuk dibicarakan di bawah kategori yang terpisah. Dapat juga ditambahkan bahwa peradilan tidak hanya berurusan dengan penjagaan dan perlindungan elemen-elemen formal dalam negara hukum. Hal ini tidak hanya terjadi dalam praktiknya: pakar pengadilan manapun akan memberitahukan kita bahwa para hakim akan menggunakan segala macam teknik mediasi untuk mendapatkan suatu hasil yang dapat diterima oleh para pihak yang bersengketa. Pada umumnya para teoretikus hukum dapat menerima bahwa para hakim harus mencoba untuk mencapai suatu hasil yang secara substantif adil<sup>36</sup> - dan tentu saja mereka harus mempertimbangkan hak asasi manusia. Peradilan tidak hanya membatasi dirinya dalam mengendalikan apakah pemerintah telah mempertimbangkan elemen-elemen formal dari negara hukum. Lebih jauh lagi, tidak seperti elemen-elemen formal dan substantif yang telah dibahas sebelumnya, peradilan adalah seorang *aktor*, yang memiliki tugas untuk menjamin pemerintah dan warga negaranya mematuhi batasan-batasan yang ditentukan untuk menjalankan kekuasaannya. Dengan demikian, masuk akal untuk menempatkannya dalam kategori 'aktor' yang terpisah dan yang terdiri dari mekanisme-mekanisme kontrol.

Secara kebetulan, peradilan yang independen juga tidak setua elemen-elemen lain yang sebelumnya telah dibahas dalam kategori

36 Wakil yang paling terkenal saat ini tentu saja Dworkin.

elemen formal. Meskipun ketidakpercayaan Plato dan Aristoteles terhadap demokrasi sudah menunjuk pada perlunya otoritas independen untuk penerapan hukum, baru Montesquieu yang secara penuh menyusun argumen tentang hal ini. Setelah Montesquieu, beberapa teoretikus bahkan memberikan definisi yang melampaui independensi peradilan dan memasukkan juga pemisahan antara eksekutif dan legislatif ke dalam definisi negara hukum.

Walaupun ada sumber yang relatif 'baru', penulisan riwayat proses-proses hukum pada abad ke-17 oleh para pakar sejarah, seperti Hay dan Thompson menunjukkan bagaimana pentingnya, bahkan sebelum Montesquieu, gagasan tentang independensi peradilan terhadap negara hukum. Dalam konteks ini, pengetahuan utama yang didapat dari analisis mereka adalah bahwa penerapan suatu hukum yang keberpihakan pada kelas yang berkuasa secara jelas mengarah pada hasil-hasil yang tidak adil, namun hal ini dapat dikurangi oleh suatu lembaga peradilan yang independen, yang dapat memastikan bahwa setidaknya hukum dapat sekali-sekali melawan orang perorangan yang berasal dari kelas yang berkuasa tersebut – dan hal ini terbukti dengan adanya hukuman mati yang kadang-kadang juga dijatuhkan terhadap individu dari kelas atas yang sangat menyalahgunakan posisi mereka (Hay dalam Beirne & Quinney 1982: 103-129).

Suatu peradilan yang independen adalah bagian dari seluruh definisi tentang negara hukum, kecuali definisi yang diberlakukan dalam negara-negara otoriter, seperti Vietnam atau Cina. Definisi-definisi yang terdapat pada negara-negara tersebut berargumentasi bahwa peradilan harus senantiasa melayani kepentingan negara, yang tujuannya tidak berbeda dari negara-negara nonotoriter, namun negara-negara otoriter tersebut kemudian berasumsi bahwa negara sama artinya dengan eksekutif. Meskipun demikian, selain dari pandangan tersebut, suatu peradilan yang independen secara umum dianggap sebagai elemen yang esensial dari negara hukum.

Fakta bahwa definisi selalu berbicara tentang *independensi* peradilan daripada *ketidakberpihakannya (impartiality)* mencerminkan bahwa prioritas sebagian besar definisi tentang negara hukum masih dihubungkan dengan perlindungan atas warga negara terhadap eksekutif (dan terhadap badan legislatif walaupun tidak sejauh seperti terhadap badan eksekutif). Independensi adalah cara-cara untuk mencapai ketidakberpihakan, suatu konsep yang secara mengejutkan tidak banyak dibahas dalam literatur teoretis.<sup>37</sup> Tidak demikian halnya dengan independensi, yang telah mendapat perhatian dari

37 Pengecualiannya adalah Larkins 1996; Russel & O'Brien 2001.

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

para ahli filsafat politik sampai para pembuat instrumen untuk para penggiat reformasi hukum. Meskipun sebagian besar literatur tersebut membahas pengadilan-pengadilan, beberapa dari literatur tersebut memperhatikan masalah independensi yang berkaitan dengan mediasi dan bentuk-bentuk alternatif penyelesaian sengketa lainnya, yang biasanya menghasilkan peringatan-peringatan tentang adanya perbedaan kekuasaan antara pihak yang bersengketa.<sup>38</sup>

Untuk menjadi efektif, peradilan tidak hanya harus independen namun juga harus mudah diperoleh, suatu kualitas kedua yang disyaratkan oleh elemen ini. Hal ini berarti bahwa keseluruhan perdebatan tentang 'akses terhadap peradilan' dan bagaimana hal tersebut dapat dicapai memang relevan dengan konteks negara hukum. Oleh karena sebagian besar literatur memang terkait dengan akses terhadap pengadilan, hal ini menjadi wajar. Perkembangan terakhir yang menjadikan akses terhadap keadilan sebagai akses terhadap ragam lembaga yang lebih luas, termasuk lembaga-lembaga nonpemerintah, menunjuk pada dua masalah yang relevan dengan pembahasan ini: pertama, bahwa peradilan tidak memiliki monopoli atas keadilan, dan kedua, bahwa relasi antara peradilan dan lembaga penyelesaian sengketa lainnya juga relevan dengan perdebatan tentang negara hukum. Meskipun demikian, hanya sedikit yang berpendapat bahwa pada akhirnya suatu lembaga peradilan yang independen dapat dikesampingkan.<sup>39</sup>

Elemen-elemen yang sejauh ini telah dibahas memiliki 'sisi hukum' yang setidaknya sama penting dengan sisi empirisnya, tetapi baik independensi dari dan akses terhadap peradilan lebih terarah kepada soal empiris. Hal ini kurang lebih tercermin pada tren umum dalam reformasi hukum di negara-negara berkembang. Tren tersebut biasanya memusatkan perhatian utama pada reformasi pengadilan dan belakangan ini pada akses terhadap keadilan – sehingga dengan demikian lebih memperhatikan masalah-masalah praktis dan struktural.

#### *Lembaga-lembaga pengawal negara hukum lainnya*

Semakin kompleksnya organisasi negara telah mengarah pada meningkatnya spesialisasi dalam menjalankan fungsi negara.

38 Mungkin bintang untuk tulisan semacam itu, baik tentang pengadilan maupun penyelesaian sengketa alternatif adalah Mark Galanter. Contoh utama dari karyanya terhadap isu ini adalah Galanter (1974), 'Why the 'haves' come out ahead: Speculations on the limits of legal change' dalam *Law & Society Review* 9: 95-160 mengenai pengadilan; Galanter & Krishnan (2004: 789-834) mengenai penyelesaian sengketa alternatif di India.

39 Lihat untuk kilasan mengenai literatur akses terhadap keadilan, Sandefur 2008: 339-358.

Perkembangan ini telah melebar sampai pada sisi kelembagaan dari beberapa definisi negara hukum. Contoh yang baik tentang hal ini adalah lembaga-lembaga nasional untuk hak asasi manusia, yang jumlahnya telah bertambah dari hanya beberapa sekitar dua puluh tahun yang lalu hingga 120 di masa kini.<sup>40</sup> Lembaga penting lainnya adalah Ombudsman, yang telah berhasil memasuki banyak sistem, namun banyak juga institusi lain yang mengawasi tindakan-tindakan negara.<sup>41</sup>

Alasan untuk memasukkan lembaga-lembaga tersebut ke dalam definisi negara hukum adalah bahwa dalam banyak kasus, lembaga peradilan saja tidak cukup untuk melindungi warga negara, dan ini juga merupakan suatu hasil logis dari bangkitnya negara kesejahteraan. Aspek khusus lainnya dari lembaga-lembaga tersebut adalah bahwa mereka sering adalah hasil dari proses internasional atau transnasional. Dengan demikian, lembaga-lembaga hak asasi manusia nasional dipromosikan secara gencar oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa, sementara Ombudsman diadopsi oleh banyak negara dari model Skandinavia, yang disesuaikan dengan kondisi dari masing-masing negara.

Aspek menarik lainnya dari lembaga-lembaga tersebut adalah bahwa terkadang mereka diperkenalkan untuk menggantikan lembaga peradilan yang tidak berfungsi. Meskipun tidak ada keraguan bahwa suatu lembaga peradilan yang independen tetap merupakan inti dalam mengontrol eksekutif, pada beberapa situasi dan ranah peran mereka telah diambil alih sebagian setidaknya oleh Ombudsman, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Pengadilan Tindak Pidana Korupsi, dan sebagainya, baik sebagai langkah sementara atau sebagai langkah permanen. Dengan demikian, meskipun lembaga-lembaga tersebut tidak secara eksplisit disebut sebagai bagian dari negara hukum, mereka menjadi sangat penting dalam mewujudkan fungsi pertama dari negara hukum, khususnya di berbagai tempat dan oleh karena itu harus lebih diperhatikan.

### **Model elementer negara hukum sebagai sebuah perangkat penelitian**

Setelah pemaparan tentang kategori dan elemen-elemen yang termuat di dalamnya, bagian ini menawarkan langkah pertama dalam menggunakan model ini untuk penelitian. Tujuannya bukan untuk

40 Untuk sebuah daftar lihat <http://www.nhri.net/nationaldatalist.asp>, diakses pada 21 April 2009.

41 Ini termasuk panitia pemilihan umum, lembaga-lembaga anti-monopoli, badan-badan pengawas praktik perdagangan yang adil, komisi-komisi penyelia legalitas operasi badan-badan intelijen, dan lain-lain.



### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

memberikan daftar yang lengkap tentang 'indikator-indikator negara hukum', namun lebih sebagai panduan praktis bagi mereka yang ingin melakukan penelitian yang terkait hukum (meskipun membantu juga dalam melakukan penilaian terhadap skema-skema indikator negara hukum). Bagian ini juga dapat membuat para peneliti peka terhadap instrumen-instrumen tertentu yang digunakan untuk mengekang kekuasaan pemerintah atau untuk menyediakan gagasan-gagasan bagi mereka yang ingin mengajukan rekomendasi kebijakan atas masalah ini.

Model ini pada hakikatnya bersifat interdisipliner karena pertanyaan-pertanyaan penelitiannya memperhatikan elemen-elemen, baik dari perspektif legal maupun empiris. Pertanyaan-pertanyaan empiris tidak dapat dikesampingkan sama sekali untuk memperoleh informasi yang dapat diandalkan tentang keadaan dari suatu elemen tertentu. Misalnya, jika kita sedang membicarakan tentang independensi peradilan, kita harus tahu tentang kondisi-kondisi dimana para hakim melakukan tugasnya untuk menilai apakah mereka independen secara efektif atau tidak. Misalnya, bagaimana karir yudisial dikelola pada praktiknya, apakah para hakim terpapar teror, apakah mereka dapat mengetahui hasil banding terhadap putusan-putusan mereka, dan sebagainya. Hasilnya adalah suatu pemahaman tentang relasi antara elemen-elemen negara hukum dan faktor-faktor kontekstual yang seringkali kurang dalam banyak penelitian. Oleh karena itu, pendekatan ini berusaha untuk mengakomodir observasi Martin Krygier bahwa 'norma-norma yang terlembaga harus dapat *diberlakukankan* sebagai suatu sumber pengendalian dan suatu sumber daya normatif, dan dapat dipergunakan dan dengan semacam kepastian rutin memang dipergunakan dalam kehidupan sosial' (Krygier 2008: 60).

---

Kategori pertama: Elemen-elemen prosedural – Pertanyaan penelitian terkait

---

#### *Pemerintahan dengan hukum*

- Sejauh mana pemerintahan berjalan tanpa menggunakan hukum?
- Sejauh mana pemerintah menggunakan langkah-langkah insidentil daripada aturan-aturan umum?
- Sejauh mana pemerintah mengatur relasi antara subjek-subjeknya dengan hukum?
- Sejauh mana hukum-hukum tersebut dipatuhi?



*Tindakan-tindakan negara yang tunduk pada hukum*

- Sejauh mana hukum memberikan ruang untuk apa yang disebut sebagai '*vrij bestuur*'/
- Apakah ada klausul-klausul pengecualian yang membolehkan pengaturan-pengaturan khusus?
- Apakah pemerintah pada praktiknya mendasarkan tindakan-tindakannya pada hukum (atau dengan kata lain apakah pemerintahan berjalan di luar jalur hukum)?

*Legalitas formal*

- Apakah hukum secara yuridis jelas?
- Apakah ada hukum yang retroaktif?
- Apakah ada pengecualian-pengecualian dalam legislasi?
- Apakah hukum stabil (tidak berubah seiring dengan waktu)?
- Apakah hukum diterapkan secara umum (tanpa diskriminasi)?
- Apakah hukum dapat diakses?
- Apakah hukum diterbitkan?
- Apakah hukum ditulis dengan bahasa yang dapat dimengerti?
- Apakah hukum disosialisasikan?

*Demokrasi*

- Apakah ada mekanisme bagi partisipasi pemangku kepentingan dalam pembuatan peraturan?
- Apakah ada mekanisme bagi partisipasi pemangku kepentingan dalam pembuatan keputusan-keputusan perorangan?
- Apakah mekanisme-mekanisme tersebut dapat diakses?
- Apakah mekanisme itu efektif?

---

Kategori kedua: Elemen-elemen substantif – pertanyaan penelitian terkait

---

*Subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental keadilan*

- Apa saja prinsip-prinsip keadilan dan prinsip-prinsip administrasi negara yang baik yang tertulis dan dapat diberlakukan?
- Apa saja prinsip-prinsip keadilan dan prinsip-prinsip administrasi negara yang baik serta prinsip-prinsip moral yang tertulis dan dapat diberlakukan?
- Sejauh mana mereka bertentangan?
- Sejauh mana hukum dan interpretasinya secara efektif tersubordinasi

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

terhadap prinsip-prinsip tersebut?

#### *Perlindungan hak asasi dan kebebasan perorangan*

- Se jauh mana hak dan kebebasan tersebut dijamin (termasuk pertanyaan tentang sejauh mana hak dan kebebasan tersebut diberlakukan dalam relasi antarwarga negara)?
- Se jauh mana jaminan-jaminan hukum tersebut dilaksanakan?

#### *Pemajuan hak asasi sosial*

- Se jauh mana hak sosial dijamin?
- Se jauh mana jaminan-jaminan hukum tersebut dilaksanakan?

#### *Perlindungan atas hak kelompok*

- Se jauh mana hak kelompok tersebut dijamin?
  - Se jauh mana jaminan-jaminan hukum tersebut dilaksanakan?
- 

### Kategori ketiga: Mekanisme kontrol – Pertanyaan penelitian

---

#### *Adanya peradilan yang independen*

- Apakah ada lembaga peradilan yang independen (dengan kata lain ada kepastian jabatan hakim, masalah-masalah manajemen peradilan, dan sebagainya)?
- Apakah peradilan tidak memihak (dengan kata lain apakah ada jaminan yang cukup untuk 'insulasi' dari tekanan luar pada suatu perkara)?
- Apakah warga negara memiliki akses yang efektif terhadap peradilan (dalam hal memiliki dasar sebagai pihak (*standing*), jarak (yang harus ditempuh) untuk sampai ke pengadilan, biaya-biaya, pengetahuan, bantuan hukum, dan sebagainya)?
- Apakah warga negara memperoleh proses pengadilan yang adil dan tepat waktu?
- Apakah peradilan menunjukkan kekuasaan yudisial dan pemulihan yang cukup?
- Apakah putusan dilaksanakan?

#### *Adanya lembaga-lembaga lain yang memiliki tanggung jawab untuk menjaga elemen-elemen negara hukum*

- Apakah lembaga-lembaga tersebut ada dan apa yang menjadi mandat hukum mereka?
- Bagaimana lembaga-lembaga tersebut melaksanakan fungsinya dan

apakah mereka efektif?

### **Kesimpulan**

Tulisan ini telah berusaha untuk memaparkan dan melakukan sistematisasi lebih jauh terhadap pendekatan-pendekatan Peerenboom dan Tamanaha untuk ‘membedah’ konsep negara hukum ke dalam elemen-elemen, dengan menggunakan pembedaan antara ‘sempit’ dan ‘luas’ serta antara ‘formal’ dan ‘substansif’ sebagai titik mula pembahasan. Hal ini telah menghasilkan suatu kerangka kerja yang diharapkan dapat menyumbang pada kejelasan konsep, membantu para peserta dalam perdebatan negara hukum untuk merinci secara lebih jelas apa yang mereka bicarakan. Lebih jauh lagi, hal ini telah memberikan kesempatan bagi perbandingan yang berarti antara berbagai sistem, karena berbeda dengan elemen-elemennya, sistem-sistem tersebut secara keseluruhan tidak dapat diperbandingkan.

Kerangka kerja ini juga dengan demikian dapat membantu menjelaskan relevansi negara hukum dalam konteks tataran normatif alternatif, misalnya yang berdasarkan hukum Islam atau hukum ‘tradisional’. Elemen-elemen negara hukum juga bisa relevan dalam mengawasi penyelenggaraan kekuasaan dalam tatanan negara non-modern. Mengingat adanya penurunan dari banyak negara-negara kuat dan kebangkitan kembali atau penemuan kembali struktur-struktur tradisional (kebiasaan) dan bentuk-bentuk tataran normatif, hal ini secara khusus menjadi relevan. Penelitian empiris dalam bidang ini juga dapat membantu untuk menilai apakah beberapa elemen negara hukum tertentu memiliki nilai universal dalam mengekang penggunaan kekuasaan dan sejauh mana terdapat mekanisme-mekanisme alternatif. Hasilnya adalah bahwa elemen-elemen negara hukum dapat dievaluasi dalam konteks mereka dan bahwa pembuangan suatu elemen dalam konteks tertentu tidak selalu harus mengarah pada penyangkalan keseluruhan konsep negara hukum. Sekali lagi, saya ingin menggarisbawahi bahwa tujuan dari kerangka kerja ini adalah *tidak* untuk menawarkan suatu definisi, namun hanya untuk memberikan elemen-elemen yang potensial untuk itu.

Sebagaimana kerangka kerja konseptual lainnya, kerangka ini juga memiliki kelemahan-kelemahan dan harus dilihat sebagai suatu permulaan daripada sebagai instrumen penelitian yang telah mapan. Langkah berikutnya yang jelas adalah untuk memikirkan relasi dari berbagai elemen yang terdaftar – dan potensi penambahannya – terhadap kedua fungsi yang ditetapkan di awal. Tidak semua elemen sama pentingnya untuk mewujudkan masing-masing fungsi tersebut. Kedua, pertanyaan-pertanyaan penelitian secara jelas harus lebih

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

jauh dikembangkan. Demikian pula halnya tentang pemikiran untuk menambahkan suatu kategori aktor spesial untuk eksekutif, yang – tidak seperti badan yudikatif – tidak pernah dimasukkan secara terpisah dalam definisi-definisi negara hukum. Sekalipun demikian, saya masih berharap bahwa dalam bentuknya yang sekarang, model ini dapat turut menyumbang dalam mencari dan menyusun informasi tentang praktik-praktik negara hukum yang seringkali jarang, tersebar di mana-mana dan tidak sistematis.

## Daftar pustaka

- Agrast, M.A. dkk., *The world justic project rule of law index: Measuring the rule of law around the world*. www.worldjustice.org.
- Ball, J. (1985), *Indonesian Legal History 1602–1848*. Sydney: Oughtershaw Press.
- Barber, N.W. (2003), 'The rechtsstaat and the rule of law', *University of Toronto Law Review*, 443-455.
- Brownlie, I. (1985), 'Rights of peoples in modern international law', *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy. Special Issue: The Rights of Peoples*, 104-119.
- Carothers, T. (2006), 'The problem of knowledge', dalam T. Carothers (ed.), *Promoting the rule of law abroad: In search of knowledge*. Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace.
- Churchill, G. (1992), 'The development of legal information systems in Indonesia', Research paper report 1. Leiden: Van Vollenhoven Institute for Law and Administration in Non-Western Countries.
- Diamond, L.J. (1999), *Developing Democracy: Toward Consolidation*. Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Faundez, J. (2005), 'The rule of law enterprise – towards a dialogue between practitioners and academics', *CSGR Working Paper* 164(05)
- Galanter, M. (1974), 'Why the "Haves" come out ahead: Speculations on the limits of legal change', *Law and Society Review* 9:95-160.
- Galanter, M. & J.K. Krishnan (2004), 'Bread for the poor: Access to justice and the rights of the needy in India', *Hastings Law Journal* 55: 789-834.
- Gardner, J.A. (1980), *Legal imperialism: American lawyers and foreign aid in Latin America*. Madison: The University of Wisconsin Press.
- Goodale, M. (2008), 'Introduction: Locating rights, envisioning law between the global and the local', dalam M. Goodale & S.E. Merry (eds.), *The practice of human rights: Tracking law between the global and the local*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hager, B. (2000), 'The Rule of law: A Lexicon for policy makers'. Washington DC: Mansfield Center for Pacific Affairs, ADD.
- Hay, D. (1982), 'Property, authority and the criminal law', dalam P. Beirne dan R. Quinney (eds.), *Marxism and Law*. New York/Chichester/Brisbane/Toronto/Singapore: John Wiley and Sons.
- HiiL (2007), 'Rule of Law Inventory Report, Academic Part', *Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law*, April 20, 2007.
- Holmes, S. (1995), *Passions and Constraints: On the theory of liberal democracy*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Huxley, A. (2001), 'Positivists and Buddhists: the rise and fall of Anglo-Burmese Ecclesiastical law', *Law and Society Inquiry* 26 (1): 113-142.
- Iverson, D. (2007), 'Decolonizing the rule of law: Mabo's case and postcolonial

### 3. Suatu pendekatan elementer terhadap negara hukum

- constitutionalism', *Oxford Journal of Legal Studies* 17: 253-279.
- Jayasurya, K. (2001), 'The exception becomes the norm: Law and regimes of exception in East Asia', *Asian-Pacific Law and Policy Journal* 2:108-124.
- Kaufmann, D. A. K. & P. Zoido-Lobaton, 'Aggregating Governance Indicators', World Bank, lihat [/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1999/10/23/00009494\\_99101105050593/additional/115515322\\_20041117135531.pdf](#).
- Kleinfeld, R. (2006), 'Competing definitions of the rule of law', dalam T. Carothers (ed.), *Promoting the rule of law abroad: In search of knowledge*, Rule of Law Series, Volume 34, 31-74. Washington: Carnegie Endowment for International Peace.
- Kranenburg, R. (1925), *Het Nederlands staatsrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zn.
- Krygier, M. (2008), 'The rule of law: Legality, teleology, sociology', dalam G. Palombella dan N. Walker (eds.), *Re-locating the rule of law*. Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing.
- Kuper, A. (2004), 'The return of the native', *Current Anthropology* 44(3): 389-402.
- Larkins, C.M. (1996), 'Judicial independence and democratization: A theoretical and conceptual analysis', *The American Journal of Comparative Law* 44: 605-627.
- Merry, S.E. (2005), *Human rights and violence against women*. New York: New York University Press.
- Mommsen, W.J. & J.A. De Moor (1992), *European expansion and law: The encounter of European and indigeous law in 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> century Africa and Asia*. Dordrecht: Foris.
- Nonet, P. & P. Selznick (1978), *Law and society in transition: Toward responsive law*. New York: Harper & Row.
- O'Donnell, G. (2004), 'Why the rule of law matters', *Journal of Democracy* 15 (4): 32-46.
- O'Donnell, G. (1998), 'Horizontal accountability on new democracies', *Journal of Democracy* 9(3): 112-126.
- Ohnesorge, J. (2003), 'The rule of law, economic development and developmental States in Asia', dalam C. Antons (ed.), *Law and development in East and Southeast Asia*. London and New York: RoutledgeCurzon.
- Peerenboom, R. (2004a), 'Varieties of rule of law: An introduction and provisional conclusion', dalam R. Peerenboom (ed.), *Asian discourses on rule of law: Theories and implementation of law in twelve Asian countries, France and the U.S*. London: RoutledgeCurzon.
- Peerenboom, R. (2004b), 'Competing conceptions of rule of law in China', dalam R. Peerenboom (ed.), *Asian discourses on rule of law: Theories and implementation of law in twelve Asian countries, France and the U.S*. London: RoutledgeCurzon.
- Raz, J. (1979), 'The Rule of Law and its Virtue', dalam: J. Raz (ed.), *The Authority*

- of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- Russel, P.H. & D.M. O'Brien (2001), *Judicial independence in the age of democracy: Critical perspectives from around the world*. Charlottesville/London: University Press of Virginia
- Sandefur, R. (2008), 'Access to civil justice and race, class and gender inequality', *Annual Review of Sociology* 34: 339-358.
- Sartori, G. (1997), *Comparative constitutional engineering: An inquiry into structures, incentives and outcomes*. London: MacMillan Press Ltd.
- Schmitt, C. (1928), *Verfassungslehre*. München: Duncker & Humblott
- Seidman, B. & A. Seidman (1994), *State and law in the development process: Problem-solving and institutional change in the Third World*. Basingstoke: MacMillan.
- Shapiro, M. (1981), *Courts: A comparative and political analysis*. Chicago: Chicago University Press.
- Tamanaha, B. Z. (2004), *On the rule of law: History, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Termorshuizen, M. (2004), 'The concept of rule of law', *Jentera* 2(3): 77-119.
- Thompson, E.P. (1976), *Whigs and hunters: The origins of the Black Act*. New York: Pantheon.
- Waldron, J. (2002), 'Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)?', *Law and Philosophy* 21(2): 137-164.
- Wimmer, N. (2004), *Dynamische Verwaltungslehre: Ein Handbuch der Verwaltungsreform*. Wien/New York: Springer Verlag.

# SEBUAH KERANGKA ANALISIS UNTUK PENELITIAN EMPIRIS DALAM BIDANG AKSES TERHADAP KEADILAN<sup>1</sup>

Adriaan Bedner & Jacqueline Vel

## 1. Pendahuluan

Tulisan ini membahas mengenai kritik akademik atas gagasan yang menyatakan bahwa usaha mewujudkan ‘negara hukum’ dan akses terhadap keadilan tidak ditunjang oleh keberadaan konsep yang jelas serta minimnya penelitian yang menyeluruh. Bagian pertama dari tulisan ini membahas mengenai sejarah perkembangan penelitian akses terhadap keadilan seperti yang tercermin dalam definisi dari konsep tersebut, dan mengajukan sebuah definisi proses akses terhadap keadilan yang berfokus kepada para pencari keadilan yang miskin dan terpinggirkan. Selanjutnya, definisi tersebut diterjemahkan ke dalam metodologi penelitian empiris akses terhadap keadilan. Dengan menggunakan metodologi penelitian tersebut, para peneliti didorong untuk melakukan analisa yang bertitik tolak dari masalah hidup masyarakat yang berada di lapisan terbawah, daripada mengkategorikan masalah keseharian tersebut ke dalam tema-tema yang berorientasi pada prosedur hukum. Bagian kedua dari tulisan ini menjelaskan mengenai kerangka ‘ROLAX’<sup>2</sup>, dengan beberapa tahapan yang dimulai dari masalah hidup pencari keadilan sampai pada bentuk keadilan yang berhasil diperoleh. Pada bagian terakhir, penulis menambahkan analisis negara hukum ke dalam metodologi ini. Analisis tersebut bertujuan untuk menilai kualitas dari instrumen hukum yang tersedia

1 Tulisan ini merupakan terjemahan dari versi bahasa Inggris yang berjudul: ‘An analytical framework for empirical research on Access to Justice’, yang telah dimuat dalam *Journal Law, Social Justice and Global Development (LGD)* 1, 2010.

2 ROLAX merupakan singkatan dari *Rule of Law and Access to Justice* (Negara Hukum dan Akses Terhadap Keadilan).



– peraturan perundang-undangan, prosedur, lembaga – dalam situasi konkret yang dialami oleh para pencari keadilan yang bersangkutan. Dengan melakukan hal tersebut, metode ini dapat digunakan untuk mengindikasikan jenis perubahan apa dalam sistem hukum yang diperlukan untuk meningkatkan akses terhadap keadilan bagi kaum miskin.

Definisi dan kerangka konseptual akses terhadap keadilan dari UNDP menjadi titik tolak untuk mengembangkan alat-alat konseptual dan metodologis sebagaimana yang diajukan dalam tulisan ini (UNDP 2007: 5). Kerangka dari UNDP tersebut terbukti berguna untuk menyeragamkan struktur penelitian dan laporan hasil penelitian akses terhadap keadilan. Akan tetapi, kerangka tersebut juga membatasi fokusnya pada hal-hal yang dapat diselesaikan melalui intervensi-intervensi bantuan hukum dan pemberdayaan hukum. Sebaliknya, perspektif pencari keadilan menjadi sentral dalam pendekatan yang kami gunakan. Perspektif ini sering berbeda dengan apa yang diasumsikan oleh perantara (*intermediary*) atau penyedia bantuan hukum.

Sebelum kami membahas definisi akses terhadap keadilan, kami terlebih dahulu akan membahas beberapa konsep akses terhadap keadilan yang telah digunakan dalam berbagai penelitian. Berangkat dari perspektif pencari keadilan, definisi akses terhadap keadilan merujuk kepada proses untuk mengakses mekanisme pemulihan dan juga tujuan akhir dari proses tersebut. Hal ini bertujuan untuk memperluas pandangan para peneliti agar tidak semata-mata berfokus kepada persoalan akses terhadap lembaga bantuan hukum dan pengadilan-pengadilan negara.

Kedua, kerangka ROLAX berusaha untuk memetakan secara sistematis bagaimana seorang pencari keadilan menemukan jalannya melalui perangkat hukum – atau ia, dengan berbagai alasan, justru memilih untuk menghentikan proses pencarian keadilan. Setiap tahap akan kami jelaskan secara singkat untuk memberikan keterangan kepada para peneliti mengenai berbagai terminologi yang digunakan dalam skema akses terhadap keadilan dan bagaimana tahapan tersebut saling berhubungan. Untuk setiap tahap, tulisan ini menyediakan beberapa teori yang dapat dimanfaatkan dan kemudian dikembangkan oleh para peneliti di dalam topik penelitiannya. Para peneliti juga dapat menggunakan kerangka ROLAX untuk memposisikan subjek penelitian mereka pada satu tahapan proses akses terhadap keadilan.

Ketiga, artikel ini memberikan panduan bagaimana konsep negara hukum dapat digunakan dalam penelitian akses terhadap keadilan, tanpa mengabaikan nuansa yang dibutuhkan ketika konsep tersebut

diterapkan pada situasi yang berbeda. Negara hukum merupakan bagian dari definisi akses terhadap keadilan yang kami ajukan dan dalam praktiknya hal ini tidak selalu dapat dipahami oleh para peneliti. Oleh karena itu, kami akan menjelaskan konsep negara hukum secara terpisah. Kami tidak menawarkan satu definisi mengenai negara hukum, tetapi menggunakan unsur-unsur dari beberapa definisi konsep negara hukum untuk membangun kerangka analisis yang dapat digunakan dalam menganalisis kualitas berbagai sistem hukum. Dalam hal ini, konsep negara hukum bukan dimaksudkan sebagai satu konsep yang dapat diterapkan secara seragam di segala situasi dan akan menghasilkan 'akses terhadap keadilan yang baik', melainkan sebagai alat untuk melihat dan menangani penyalahgunaan kekuasaan dalam proses-proses akses terhadap keadilan.

## **2. Mendefinisikan akses terhadap keadilan**

### **2.1. Gambaran umum definisi akses terhadap keadilan**

Sebelum tahun 70-an sebagian besar definisi akses terhadap keadilan merujuk kepada model akses terhadap pengadilan-pengadilan negara yang diperoleh melalui bantuan hukum. Sampai saat ini, sebagian besar penelitian dalam isu akses terhadap keadilan juga masih membahas mengenai topik tersebut.<sup>3</sup> Namun, kedudukan utama pengadilan negara sebagai satu-satunya sarana 'untuk memperoleh keadilan' tidak didukung oleh fakta-fakta empiris. Pada tulisan-tulisan sebelumnya juga telah dinyatakan bahwa keadilan tidak hanya diperoleh melalui lembaga-lembaga negara dan pengacara bukan merupakan satu-satunya akses terhadap sistem tersebut. Sebagai contoh, pada tahun 1962 Orison Marden (1962: 154) selaku Ketua Himpunan Pengacara Kota New York berpendapat:

Pengacara tidak dapat menjamin bahwa keadilan dapat diperoleh dalam kasus yang mereka tangani, tetapi mereka dapat menjamin terwujudnya persamaan akses terhadap keadilan bagi setiap klien karena keahlian dan jaringan yang mereka miliki [...] banyak dari orang-orang yang membutuhkan nasehat atau pendampingan hukum baik dalam kasus pidana maupun perdata tidak dapat mengakses jasa layanan gratis (prodeo) seorang pengacara.

Jadi, secara implisit, gagasan bahwa keadilan merupakan sesuatu yang diperoleh melalui pengadilan-pengadilan (negara) terlihat dengan jelas dalam pemikiran beberapa penulis seperti yang tercermin dalam

3 Sebagai contoh lihat: Kritzer 2008.

kutipan di atas. Sehingga mereka tidak merasa perlu untuk membuat sebuah definisi yang jelas mengenai konsep keadilan.

Hal ini sekarang sudah berubah. Dengan meningkatnya ragam mekanisme pemulihan di negara-negara modern maka konsep akses terhadap keadilan telah diperluas secara progresif dengan memasukkan bentuk-bentuk 'keadilan' yang lain. Hazel Genn (1999) dalam karyanya mengenai sistem hukum di Inggris '*Paths to Justice*', tidak hanya menggambarkan akses terhadap pengadilan dan bagaimana kasus-kasus tersebut diproses, tetapi juga membahas mengenai akses terhadap mekanisme alternatif (yang digunakan) ketika berhadapan dengan ketidakadilan, seperti mediasi. Lima belas tahun sebelumnya, Cappelletti dan Garth (1978: 6) berpendapat bahwa:

Akses terhadap keadilan memiliki fungsi untuk menggarisbawahi dua tujuan dasar dari sistem hukum – sistem hukum yang diakses oleh masyarakat untuk mempertahankan haknya dan/atau menyelesaikan sengketa di bawah supervisi umum negara. Pertama, sistem hukum harus dapat diakses secara seimbang oleh setiap orang. Kedua, sistem hukum tersebut harus mengarah kepada hasil yang adil, baik untuk individu maupun masyarakat.

Dengan demikian, sistem hukum tidak hanya terdiri dari peradilan semata. Dalam konteks di negara berkembang seperti Indonesia, menjadi wajar untuk mengikuti alur berpikir semacam itu. Alasan utamanya karena berbagai pengadilan dan lembaga negara dalam proses penanganan sengketa tidak memiliki peran sepenting institusi serupa di negara-negara tempat asal konsep akses terhadap keadilan.<sup>4</sup> Pada umumnya, literatur hukum dan sosio-legal yang membahas mengenai hukum di Indonesia memberikan perhatian yang besar pada berbagai bentuk alternatif penyelesaian sengketa (yang tidak disediakan oleh negara). Banyak penulis telah menunjukkan bahwa kedua (atau lebih) mekanisme penyelesaian sengketa itu saling bertentangan (lihat: Benda-Beckmann 1984). Demikian pula yang digambarkan dalam laporan penelitian Bank Dunia (2008) '*Forging the Middle Ground*', banyak dari mereka yang terlibat pada kasus-kasus yang ada di dalam laporan ini lebih memilih untuk menggunakan mekanisme alternatif (*non-official mechanism*) daripada mekanisme yang secara formal memang

4 Penelitian sosio-legal yang telah berlangsung lebih dari setengah abad, membuktikan bahwa peran pengadilan-pengadilan negara dalam penyelesaian sengketa telah dinilai terlalu tinggi (sebagai contoh lihat: Miller & Sarat 1981; Galanter 1981). Meskipun demikian, sistem hukum negara biasanya juga mempengaruhi mekanisme dari alternatif penyelesaian sengketa, karena orang-orang yang bersangkutan memperhitungkan kedudukan hukum mereka. Pengaruh ini secara umum disebut sebagai 'bayangan dari hukum' (*shadow of the law*) (Mnookin & Kornhauser 1979).

diperuntukkan untuk tujuan tersebut.

Namun, siapapun tidak boleh meremehkan arti penting negara dalam setiap bentuk penyelesaian sengketa atau pertahanan hak. Sebagian besar literatur menunjukkan bahwa kita akan menemukan berbagai bentuk hibrida, daripada melakukan pendikotomian aktor negara dan non-negara yang berada secara paralel. Misalnya, pengadilan negara dapat mengakui yurisdiksi pengadilan adat secara efektif, meskipun jika hal ini bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan doktrin hukum (Pompe 1999). Kondisi yang lebih umum ditemukan adalah aparat pemerintah memiliki peranan yang penting dalam menangani keluhan dari warga negaranya. Misalnya: kepala desa, camat dan bupati, polisi atau aparat dari instansi pemerintah tertentu, mungkin terlibat dalam berbagai bentuk mediasi (Nicholson 2001) atau dalam menerima dan memproses keberatan. Penting untuk diperhatikan bahwa langkah formal untuk mendapatkan keadilan melalui pengadilan tidak selalu diikuti, dan dengan demikian mereka akan menggunakan berbagai bentuk penyelesaian dan (hukum) hibrida.<sup>5</sup> Pada dasarnya, hal ini menjadi alasan yang cukup untuk menggunakan definisi akses terhadap keadilan yang luas, setidaknya jika peneliti memang berniat untuk menangkap keseluruhan mekanisme penanganan keluhan warga negara. Contoh definisi semacam itu adalah definisi yang diajukan oleh UNDP (2005: 5):

Akses terhadap keadilan adalah kemampuan seseorang [atau masyarakat] untuk mencari dan mendapatkan solusi melalui lembaga keadilan formal atau informal, dan selaras dengan nilai-nilai hak asasi manusia.

Dibandingkan definisi yang dibuat oleh Capelletti dan Garth, perbedaan signifikan yang pertama adalah bahwa definisi yang diajukan oleh UNDP secara eksplisit mengacu pada 'lembaga informal'. Kedua, istilah 'pertahanan hak' atau 'penyelesaian sengketa' diganti dengan istilah yang lebih jelas, yaitu 'pemulihan'. Dan akhirnya tujuan penyelesaian yang 'dianggap adil oleh individu dan masyarakat' diubah ke dalam konsep yang lebih abstrak, yaitu 'hak asasi manusia'.

Meskipun definisi akses terhadap keadilan yang diajukan oleh UNDP dapat dikatakan elegan, definisi itu menimbulkan beberapa pertanyaan. Pertama, gagasan mengenai pemulihan membutuhkan beberapa pertimbangan. Dalam definisi yang lebih sempit mengenai akses terhadap keadilan, pilihan menggunakan pengadilan sebagai sarana utama untuk mendapatkan keadilan mengandaikan bahwa

5 Hal ini cukup jelas terlihat pada literatur antropologi hukum dan sosiologi hukum yang lebih kontemporer (sebagai contoh lihat: Davidson & Henley 2007; Bedner 2007).

pemulihan hanya dapat diperoleh melalui putusan pengadilan yang merupakan hasil akhir dari proses pencarian keadilan. Dan jika pengadilan bukan merupakan satu-satunya objek penelitian akses terhadap keadilan maka kita juga harus menelusuri berbagai bentuk pemulihan lainnya. Misalnya: kesepakatan proses mediasi, perintah polisi, keputusan dewan kelurahan, dll. Dengan demikian, 'lembaga keadilan' tidak hanya merujuk kepada lembaga yang khusus bertugas untuk menyelesaikan sengketa, tetapi juga merujuk kepada semua lembaga yang menyediakan pemulihan. Namun, tidak dapat diketahui dengan jelas apakah hal itu merupakan tujuan dari definisi akses terhadap keadilan yang diajukan oleh UNDP.

Sama halnya dengan pertentangan di atas, definisi yang diajukan oleh UNDP juga tidak merujuk pada pemulihan seperti apa yang dibutuhkan oleh pencari keadilan. Jika kita mengasumsikan bahwa UNDP mengacu kepada suatu ketidakadilan, maka hal ini dapat meliputi setiap bentuk ketidakadilan yang dialami oleh seseorang dan tidak terkait dengan sistem normatif spesifik apapun. Hal ini membuat pembahasan menjadi sangat luas dan membutuhkan lebih banyak klarifikasi.

Meskipun konsep hak asasi manusia menawarkan standar yang jelas untuk mengevaluasi solusi yang tersedia,<sup>6</sup> namun kita dapat mempertanyakan apakah konsep hak asasi manusia menyediakan dasar yang paling tepat untuk mengevaluasi kualitas prosedur pencarian keadilan. Jika kita memahami hak asasi manusia sebagai konsep yang juga meliputi hak seseorang atas proses pengadilan yang adil, maka tampaknya hal ini sudah memadai. Akan tetapi, karena kami telah memperluas pemahaman lembaga keadilan dengan tidak semata-mata terbatas pada pengadilan, maka menjadi wajar untuk menilai kinerja lembaga keadilan dari prinsip negara hukum, misalnya: prinsip legalitas, dan pemerintahan yang taat hukum.<sup>7</sup> Dengan demikian, dan sejalan dengan definisi dari UNDP, maka kami tidak hanya terpaku pada lembaga negara tetapi kami juga memasukkan lembaga tradisional, lembaga agama, serta berbagai bentuk lembaga hibrida.

Akhirnya, ide mengenai 'solusi' seharusnya tidak terbatas pada pengambilan keputusan, kesepakatan yang telah dibuat, atau peraturan yang disahkan. Akan tetapi, diperluas pada tahapan implementasi untuk

6 Setidaknya jika kita mengambil titik tolak dari standar hukum yang ada di dalam sistem hukum nasional.

7 Kami setuju dengan pemikiran bahwa konsep negara hukum merupakan bagian dari hak asasi manusia. Akan tetapi, kami memilih untuk melakukan hal yang sebaliknya – untuk alasan historis, untuk mengkaitkan tulisan kami dengan literatur mengenai kerja sama dalam kerangka negara hukum, dan untuk alasan praktis yang akan kami bahas pada bagian keempat dari tulisan ini.

menjamin tindak penanganan keluhan. Selain itu, kami berpendapat bahwa keberlanjutan dari situasi yang baru juga menjadi penting untuk diamati, dengan memandang akses terhadap keadilan sebagai sebuah konsep jangka panjang. Definisi dari UNDP tidak secara spesifik membahas mengenai keberlanjutan. Penekanan kami pada persoalan keberlanjutan dimaksudkan agar penelitian akses terhadap keadilan menjadi lebih relevan untuk pembuatan rekomendasi kebijakan.

## 2.2. Definisi tentang proses akses terhadap keadilan

Jika kita ingin membuat definisi yang mencakup segala bentuk akses terhadap keadilan yang berguna bagi setiap orang yang hendak mengatasi permasalahan hidup sehari-hari, maka kita memerlukan definisi akses terhadap keadilan yang luas dan detail. Keberatan utama terhadap pendefinisian semacam itu adalah akses terhadap keadilan menjadi konsep yang terlalu longgar, yang meliputi proses-proses politik dalam arti terluas. Membuat definisi yang terlalu luas dapat berisiko pada tercapainya hasil-hasil penelitian yang tidak relevan. Hal ini dapat bermasalah, tetapi kami pikir hal ini dapat diatasi dengan berhati-hati memilih topik-topik penelitian yang ada di dalam bidang akses terhadap keadilan. Permasalahan ini akan kami bahas pada bagian selanjutnya.

Alasan untuk mengadopsi definisi yang berdasarkan keberlanjutan adalah definisi tersebut membantu peneliti untuk fokus pada setiap tahap dalam proses akses terhadap keadilan yang mereka teliti. Dengan demikian hal ini dapat membuat peneliti menjadi lebih peka terhadap semua aspek proses akses terhadap keadilan, yang mungkin tersembunyi jika peneliti menggunakan definisi yang lebih sempit.

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan di atas, kami mengajukan sebuah definisi yang awalnya dirancang oleh Otto.<sup>8</sup> Selanjutnya kami akan membahas unsur-unsur dari definisi tersebut.

'Akses terhadap keadilan ada (menjadi nyata) jika:

- Perorangan atau kelompok, terutama yang miskin dan terpinggirkan,
- Mengalami ketidakadilan,
- Memiliki kemampuan,
- Untuk membuat keluhan mereka didengarkan,
- Dan memperoleh penanganan yang layak terhadap keluhan mereka,

8 Pada awalnya definisi ini dikembangkan oleh Jan Michiel Otto selama persiapan proyek Akses terhadap Keadilan di Indonesia (2010) dan pada perkembangannya sedikit dimodifikasi oleh penulis.

- Oleh lembaga negara atau nonnegara,
- Yang menghasilkan pemulihan dari ketidakadilan yang dialami,
- Berdasarkan prinsip atau aturan hukum negara, hukum agama atau hukum adat,
- Sesuai dengan konsep negara hukum'

*Perorangan atau kelompok, terutama yang miskin dan terpinggirkan.*

Hal pertama yang harus diperhatikan adalah definisi ini berfokus kepada perorangan atau kelompok, bukan warga negara, seperti yang sering menjadi fokus definisi akses terhadap keadilan yang lain. Alasan kami adalah karena istilah "warga negara" merujuk pada pengakuan atas status hukum seseorang oleh negara, dan hal ini dapat meniadakan grup tertentu. Istilah 'miskin' mempunyai tradisi yang panjang dalam penelitian akses terhadap keadilan, seperti yang tercermin dalam kecenderungan untuk mereduksi akses terhadap keadilan semata-mata menjadi penyediaan layanan hukum bagi 'kaum miskin' secara gratis. Kami telah menambahkan istilah 'kaum yang terpinggirkan' untuk menekankan bahwa akses terhadap keadilan bukan hanya merupakan masalah uang, melainkan meliputi modal dalam bentuk lainnya (Bourdieu 1986; Vel & Makambombu 2010). Kami memilih istilah 'yang terpinggirkan' dibandingkan 'subordinat', 'rentan', atau 'terkucilkan' karena istilah 'yang terpinggirkan' menunjuk kepada individu atau kelompok yang termarginalkan atas dasar keberadaannya pada kategori tertentu. Misalnya: berdasarkan gender, status perkawinan, etnis atau generasi.

*Mengalami ketidakadilan*

Unsur yang kedua membawa kita kepada istilah ketidakadilan yang sering mengacu kepada gagasan pelanggaran hak, walaupun pengertiannya sering terasa samar. Seperti yang sudah disebutkan di atas, unsur ini tidak mudah untuk didefinisikan. Permasalahan yang terlihat sangat tidak adil menurut pandangan orang luar, misalnya peneliti, mungkin terlihat baik-baik saja bagi orang atau kelompok yang bersangkutan – dan sebaliknya. Demikian pula ketika beberapa orang yang berada dalam kondisi (ketidakadilan) yang sama dapat mengkategorikan ketidakadilan yang mereka alami secara berbeda. Oleh karena itu, kerangka ROLAX akan berangkat dari masalah hidup pencari keadilan daripada persoalan ketidakadilan.

*Memiliki kemampuan untuk membuat keluhan mereka didengarkan*

Ketika seseorang mulai berpikir untuk menghubungi orang lain



atau lembaga tertentu untuk menangani ketidakadilan yang ia alami, langkah pertama yang dilakukan adalah menyalahkan orang lain. Hal ini akan mengalihkan ketidakadilan menjadi keluhan. Artikel monumental dari Felstiner, Abel dan Sarat (1981: 5) tentang transformasi sengketa membahas mengenai definisi keluhan: 'jika seseorang menghubungkan kerugian yang ia derita dengan kesalahan orang lain atau entitas sosial yang lain'. Langkah kedua adalah melayangkan gugatan kepada sumber penyelesaian yang terdekat dan paling tepat.

*Memperoleh penanganan yang layak terhadap keluhan mereka*

Kami memahami definisi 'perlakuan yang layak' dalam dua cara. Pertama, sebagai sebuah perlakuan yang layak sesuai dengan sifat keluhan. Dengan demikian hal ini akan berpotensi mengarah kepada hasil penyelesaian yang adil. Kedua, untuk melihat apakah pencari keadilan diperlakukan dengan layak oleh lembaga yang menanganinya. Kedua cara tersebut tidak selalu berjalan beriringan. Selain itu, pemahaman subjektif dari pencari keadilan mengenai 'perlakuan yang layak' bisa saja berbeda dengan pandangan yang lebih objektif dari peneliti.

*Oleh lembaga negara atau non-negara*

Dalam hal ini, definisi yang kami gunakan jelas mengikuti definisi dari UNDP atau pendekatan serupa lainnya, yaitu tidak membatasi forum penyedia keadilan hanya pada lembaga negara. Sebagaimana telah ditunjukkan dalam banyak penelitian akses terhadap keadilan – dan penelitian antropologi hukum pada umumnya – banyak orang lebih memilih untuk membawa keluhan mereka ke lembaga non-negara, termasuk pemimpin agama atau pemuka adat, serikat buruh, LSM, dll. Lembaga-lembaga ini tidak hanya berfungsi sebagai tempat penyelesaian sengketa, tetapi juga dapat berfungsi sebagai perantara dengan forum penyelesaian sengketa yang lain, termasuk forum yang dimiliki oleh negara.

Kedua, definisi ini hanya menyangkut lembaga, untuk mengecualikan individu yang terkadang berperan sebagai penyelesaian sengketa. Lembaga yang kami maksud dalam tulisan ini merujuk kepada forum penyelesaian sengketa yang bekerja menurut aturan formal atau informal.

*Yang menghasilkan pemulihan dari ketidakadilan yang dialami*

Walaupun konsep pemulihan tidak senormatif konsep 'layak', namun proses pendefinisian tidak semudah yang kita bayangkan



di awal. Proses tersebut membutuhkan subjektivitas: apa yang menjadi bentuk pemulihan bagi pencari keadilan yang satu mungkin akan terasa mengecewakan bagi pencari keadilan yang lain. Selain itu, menurut pandangan kami, pemulihan tidak hanya menyangkut keputusan positif yang dihasilkan oleh sebuah forum, tetapi juga menyangkut persoalan implementasi. Hal ini berjalan beriringan dengan konsep 'kepastian hukum yang nyata' dari Otto (lihat Bab 6), yang meliputi implementasi hak seseorang berdasarkan keputusan yang dihasilkan. Di sini, dapat ditambahkan unsur yang telah kami sebutkan sebelumnya: keberlanjutan.

Hal yang menjadi perhatian kami selanjutnya adalah persepsi ketidakadilan dan pemulihan yang dapat berubah seiring berjalannya proses (penyelesaian sengketa). Misalnya, korban pencemaran atau kerusakan lingkungan hidup memiliki kecenderungan untuk mengubah tujuan (penyelesaian sengketa), dari pemulihan kerusakan atau pencemaran lingkungan hidup menjadi ganti rugi finansial (Nicholson 2009; Bedner 2007). Akhirnya, dalam banyak kasus, sebuah ketidakadilan erat hubungannya dengan ketidakadilan yang lain. Sama pentingnya dengan mengurai berbagai bentuk ketidakadilan yang ada, juga menjadi penting untuk melihat ketidakadilan yang mana yang diselesaikan melalui prosedur yang ada, dan bagaimana hal ini berhubungan dengan pemulihan dari 'ketidakadilan yang utama'.

*Berdasarkan prinsip atau aturan hukum negara, hukum agama, dan hukum adat*

Penggunaan unsur 'berdasarkan prinsip atau aturan' menunjukkan bahwa akses terhadap keadilan membutuhkan aturan atau prinsip sebagai panduan dalam prosedur yang harus dijalankan. Dalam batasan tersebut, kami akan menggunakan pendekatan pluralisme hukum, dimana norma yang berasal dari berbagai sistem hukum (hukum negara-hukum agama atau hukum adat) mempunyai peranan masing-masing dan saling berinteraksi. Selain itu, 'adat' juga harus dipahami sebagai 'adat yang modern' dan dilihat sebagai sesuatu yang dinamis, bukan sebagai hal yang statis dan dalam cara yang tradisional seperti yang cenderung sering ditafsirkan oleh banyak orang.

*Sesuai dengan konsep negara hukum*

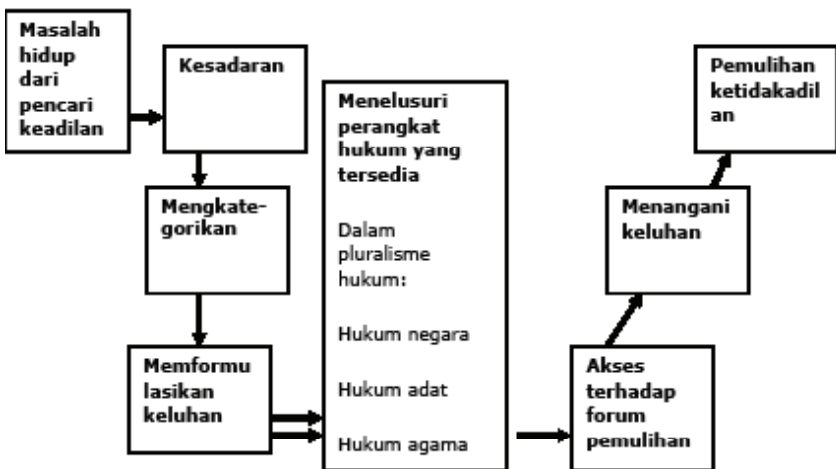
'Negara hukum' bukan merupakan konsep yang ketat dan oleh karena itu kita dapat berpendapat bahwa konsep ini sebaiknya tidak digunakan sebagai bagian dari sebuah definisi akses terhadap keadilan. Meskipun demikian, justru karena lunaknya definisi negara hukum

sehingga konsep ini menjadi layak untuk kami gunakan dalam penelitian akses terhadap keadilan.<sup>9</sup> Sesungguhnya, kami tidak mengusulkan sebuah definisi dari negara hukum, tetapi kami menggunakan unsur-unsur dari definisi negara hukum untuk membangun sebuah kerangka analisis dalam rangka menilai kualitas sistem hukum. Hal ini akan kami bahas pada bagian keempat. Dua tujuan utama negara hukum – yaitu mencegah penyalahgunaan kekuasaan oleh negara terhadap warga negaranya dan mencegah penyalahgunaan kekuasaan oleh individu yang satu terhadap yang lain – menjadi inti dari unsur-unsur tersebut.

### 3. Menuju kerangka analisis penelitian akses terhadap keadilan

Bagian ini membahas mengenai kerangka analisis penelitian akses terhadap keadilan berdasarkan definisi kami atas akses terhadap keadilan dan kerangka yang digunakan oleh UNDP (UNDP 2006: 5). Terinspirasi oleh pendekatan Felstiner, Abel, dan Sarat (1981), kami memandang akses terhadap keadilan pada dasarnya sebagai sebuah *proses*: kerangka analisis akses terhadap keadilan berangkat dari perspektif ‘kaum miskin dan terpinggirkan’ dan menganalisis pilihan-pilihan yang mereka ambil ‘melalui perangkat hukum’ demi mendapatkan keadilan yang diinginkan. Ringkasan pada Gambar 1 menjelaskan struktur dari kerangka analisis ini.

Gambar 1. Ringkasan dari kerangka ROLAX



9 Hal ini juga berlaku untuk konsep hak asasi manusia (lihat: Goodale 2007).

Karakteristik pertama dari kerangka ini adalah diberikannya perhatian yang cukup besar untuk bagian ‘mendefinisikan ketidakadilan (*naming*)’ termasuk ‘kesadaran’ (*awareness*), ‘mengkategorikan’ (*categorizing*) dan ‘memformulasikan keluhan’ (*defining grievances*), yang di dalam banyak kajian akses terhadap keadilan tidak banyak dibicarakan. Pemulihan juga diberikan porsi bahasan yang cukup besar dalam kerangka ini. Karakteristik ketiga adalah penilaian terhadap kedudukan hukum pencari keadilan *sebelum* ia menghadapi forum (yang dipilih), tetapi *setelah* ia ‘mendefinisikan ketidakadilan’. Pertanyaannya adalah: apa yang akan ditawarkan oleh ‘perangkat hukum’ (dalam arti yang luas) kepada pencari keadilan, seberapa jauh mereka mengetahui perangkat hukum tersebut, dan apakah berbagai unsur yang ada didalam perangkat hukum selaras dengan unsur-unsur negara hukum. Kerangka ini tidak secara eksplisit merujuk pada peran ‘perantara’ (*intermediaries*). Namun, dalam banyak kasus perantara memiliki peran yang penting dalam membentuk gagasan dan tindakan para pencari keadilan. Oleh karena itu, para peneliti harus menyadari potensi pengaruh mereka di setiap tahap.

Poin terakhir adalah mengenai sifat dasar dari kerangka ROLAX. Kami sangat menyadari bahwa kronologis yang runut dengan mengikuti tahapan dari kiri ke kanan (lihat Gambar 1) jarang ditemukan dalam realita. Pada praktiknya, tahapan dari proses kerangka ROLAX sangat sulit untuk dibatasi. Beberapa tahapan mungkin saja tidak dilewati, dan proses yang tercantum pada kolom yang satu mungkin telah dilaksanakan pada tahap-tahap proses di kolom yang lain. Selain itu, para peneliti akan sering berada pada situasi dimana subjek penelitian mereka justru dikategorikan pada tahap ‘memformulasikan keluhan’ atau tahap ‘mengajukan gugatan’ (tahap keempat atau kelima dalam kerangka ini). Oleh karena itu, fokus pada perspektif pencari keadilan yang mendasari kerangka ini akan mendorong para peneliti tersebut untuk mempertimbangkan tahapan sebelumnya, dan dengan demikian mereka akan menjalani tahap-tahap dalam kerangka ROLAX dengan urutan yang terbalik. Meskipun demikian, kami telah mengalami bahwa kerangka ini dapat bekerja dengan baik sebagai sebuah alat analisis.

Halaman selanjutnya menunjukkan ROLAX secara detail, dilengkapi dengan klarifikasi untuk setiap kolom. Harus dijelaskan terlebih dahulu bahwa kerangka ini meliputi baris tambahan (di bagian bawah), untuk mengusulkan beberapa pertanyaan penelitian yang muncul dari sudut pandang ‘etic’ peneliti.<sup>10</sup> Hal ini bertujuan

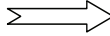
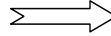
10 Dalam antropologi, perbedaan perspektif dari peneliti (*outsider*) dan subjek penelitiannya (*insider*) disebut sebagai perspektif ‘etic’ dan ‘emic’. Yang dimaksud dengan ‘emic’

untuk menekankan adanya perbedaan antara temuan penelitian, yang berfokus pada perspektif pencari keadilan, dan analisis yang dilakukan oleh para peneliti. Pada penelitian akses terhadap keadilan pembagian 'etic' dan 'emic' jarang ditaati dan pada akhirnya dapat menyebabkan kebingungan mengenai apa yang sesungguhnya dipikirkan oleh para pencari keadilan. Laporan UNDP *Justice for All* misalnya, memuat beberapa bagian dimana para peneliti meringkas dan membahasakan ulang masalah hidup dari pencari keadilan menjadi kategori hukum. Sementara pencari keadilan cenderung memahami masalah hidup tersebut secara berbeda (Vel 2010). Sementara itu, para peneliti akses terhadap keadilan, yang sebagian besar memiliki latar belakang di bidang bantuan hukum, cenderung untuk berfokus pada pertanyaan: 'apa yang bisa dilakukan untuk memperbaiki kondisi yang ada', daripada meneliti secara mendalam pengalaman dan perilaku orang-orang yang bersangkutan.

---

adalah: didefinisikan oleh para aktor yang bersangkutan, dalam cara-cara yang sesuai dengan konteks sosial, ekonomi dan budaya mereka. Sementara 'etic' merujuk kepada interpretasi dan pendekatan dari peneliti.

Gambar 2. Kerangka kerja ROLAX

Masalah hidup pencari keadilan	Dari masalah hidup menjadi ketidakadilan menjadi keluhan			Menelusuri perangkat hukum		Memperoleh akses terhadap keadilan		
	Kesadaran	Mengkategorikan	Memformulasikan keluhan	Kerangka normatif	Implementasi norma-norma	Akses terhadap forum yang layak	Menangani keluhan	Pemulihan dari ketidakadilan
Masalah hidup yang didefinisikan oleh subjek (= perorangan atau kelompok yang bersangkutan)				Analisa dari perspektif prosedural: * apakah ada kerangka normatif? * apakah konsisten? dll	Apakah hukum diterapkan atau tidak	Forum-forum yang tersedia	Penanganan yang layak menurut subjek	Tercapai solusi yang memuaskan (keputusan + implementasi/ eksekusi)
Deskripsi / analisa subjek (= perorangan atau kelompok yang bersangkutan) mengenai penyebab	Kesadaran politis (percaya diri)	Mengkategorikan permasalahan sebagai: * individual / * gender / * kelas / * etnis (oleh subjek)	Diformulasikan secara politis, terutama merupakan permasalahan kekuasaan (kebutuhan untuk aksi politis, kekerasan, ketidakpatuhan)	Analisa dari perspektif substantif: * menjelaskan substansi norma-norma yg relevan	Kualitas dari implementasi	Kendala-kendala (fisik, finansial, kategorial, kepercayaan = apakah merupakan forum yang layak menurut subjek)	Efek dari proses ini terhadap masalah awal dan akibat-akibat yang lain	Bentuk-bentuk pemulihan: solusi secara langsung / meningkatkan daya tawar / merubah peraturan (perundang-undangan)

						Strategi: <i>Forum shopping</i> / memperbaiki lembaga / mengaktivasi lembaga / membuat forum atau mekanisme yang baru		Keberlanjutan / menangani masalah hidup
<i>Aktivitas penelitian dan pertanyaan dari perspektif peneliti</i>								
Deskripsi / analisa mengenai penyebab- penyebab oleh peneliti	Penjelasan mengenai kesadaran dan pengetahuan subjek oleh peneliti	Mendefinisikan dan mengkategorikan oleh peneliti  Penjelasan mengenai kategorisasi oleh peneliti	Penjelasan dari alasan untuk pilihan yang dilakukan oleh subjek (hukum atau politis)	Penjelasan dari situasi hukum  Mengevaluasi kerangka hukum dan implementasinya dari perspektif Negara hukum	Penjelasan dari kualitas implementasi	Mengkategorikan forum, termasuk penilaian kelayakannya  Menjelaskan pilihan dan strategi	Mengkate- gorikan penanganan  Menjelaskan bentuk dan efek	Mengkatego- rkan solusi  Evaluasi dari perspektif Negara hukum  Menjelaskan bentuk pemulihan dan keberlanjutan

*Masalah hidup dari pencari keadilan*

Kerangka ROLAX bertitik tolak dari ‘masalah hidup’, daripada ‘permasalahan hukum’ atau ‘ketidakadilan’. Alasannya, agar semua orang – termasuk mereka yang miskin dan terpinggirkan – dapat (dengan mudah) bercerita mengenai permasalahan mereka, karena memformulasikan ketidakadilan akan lebih sulit untuk dilakukan. Memetakan masalah hidup dapat dilakukan dengan cara merekam atau mencatat pandangan dan penjelasan dari orang-orang yang bersangkutan – ‘kaum miskin dan terpinggirkan’– yaitu: menurut pendapat mereka apakah persoalan utama yang mereka hadapi dan apakah penyebab dari permasalahan tersebut? Siapa yang dimaksud dengan ‘kaum miskin dan terpinggirkan’ harus diidentifikasi terlebih dahulu dan hal ini merupakan tugas yang tidak mudah. Kelompok yang kita identifikasi sebagai ‘kaum miskin dan terpinggirkan’ di awal penelitian, pada perkembangannya mungkin perlu digolongkan kembali, atau ternyata malah berada pada posisi yang relatif lebih beruntung atau mampu daripada yang kita perkirakan. Hal ini patut diberikan perhatian ekstra. Vel dan Makambombu (2010) mengusulkan konsep ‘bentuk-bentuk modal’ (*forms of capital*) dari Bourdieu (1986) untuk membedakan ‘yang terpinggirkan’. Mereka berpendapat bahwa keberadaan dalam kelompok ‘terpinggirkan’ tidak hanya disebabkan oleh kurangnya akses ekonomi, tetapi juga disebabkan karena kurangnya kontak dengan individu yang bermanfaat (modal sosial/*social capital*) dan keterbatasan status dan pengetahuan (modal budaya/*cultural capital*).

Dalam sebagian besar penelitian akses terhadap keadilan, masalah hidup dari pencari keadilan erat hubungannya dengan tema tertentu yang telah dipilih pada tahap awal. Hal tersebut mungkin dapat menimbulkan masalah yang lain, karena beberapa tema yang telah dipilih oleh peneliti bukan merupakan masalah yang penting bagi para pencari keadilan (peneliti mungkin juga akan menemukan sebab dan permasalahan yang berbeda dari yang disebutkan oleh subjek penelitiannya). Potensi perbedaan pandangan ini merupakan hal yang penting untuk dipertimbangkan pada tahap selanjutnya dalam kerangka ROLAX, karena penyebab yang diidentifikasi oleh seseorang untuk menjelaskan permasalahan yang ia hadapi cenderung menjadi prediksi yang penting dari tingkah laku selanjutnya.

Misalnya, jika kita mengambil tema penelitian ‘identitas hukum’ maka dua masalah hidup yang sering diasosiasikan dengan tema identitas hukum kaum miskin adalah malnutrisi dan penyakit. Namun, untuk mendapatkan akses terhadap pertolongan yang diharapkan maka

mereka akan membutuhkan kartu identitas karena hal itu berkaitan erat dengan akses terhadap pelayanan pemerintah. Pertanyaannya kemudian adalah: apakah kaum miskin yang bersangkutan berusaha untuk menghubungkan antara malnutrisi, penyakit dan kartu identitas?

### *Kesadaran*

Kesadaran adalah kemampuan untuk menilai situasi seseorang dalam kerangka kognitif yang luas. Kesadaran adalah faktor yang menentukan bagaimana perorangan atau kelompok melukiskan dan menjelaskan masalah hidup yang mereka hadapi, dan apakah mereka melihat masalah tersebut sebagai sebuah ketidakadilan. Agar mereka tidak menerima begitu saja permasalahan yang ada, dibutuhkan paling tidak kesadaran atas apa yang menjadi haknya. Dengan demikian, masalah tersebut akan berubah menjadi ketidakadilan.

Kami membedakan antara 'kesadaran tentang hak' dan 'kesadaran politik'. Walaupun sulit untuk membedakan keduanya dalam praktik sehari-hari, kedua hal tersebut berhubungan erat dengan langkah selanjutnya yang akan diambil oleh pencari keadilan. Jika subjek penelitian mendefinisikan penyelesaian masalah sebagai bagian dari perwujudan haknya, maka ia akan cenderung mengambil penyelesaian yang lebih 'prosedural'. Bedahalnya jika ia mendefinisikan permasalahan yang ia hadapi sebagai sebuah masalah ketimpangan relasi kuasa dan kepentingan. Meskipun demikian, kedua bentuk kesadaran tersebut cenderung mengarah pada bentuk percaya diri dan sikap mengambil tindakan.

Pada tahap ini, kita mungkin sudah menemukan keberadaan para perantara yang juga dapat memiliki peran penting pada tahap lainnya, misalnya LSM hak asasi manusia, organisasi bantuan hukum, dll. Para aktor tersebut mempengaruhi bagaimana pencari keadilan mempersepsikan sebab permasalahan mereka, dan pada beberapa kasus, bahkan turut mempengaruhi bagaimana pencari keadilan mendefinisikan permasalahannya.<sup>11</sup>

Agar dapat menjelaskan kesadaran dari para pencari keadilan, kami menggunakan 'modal hukum' (*legal capital*) sebagai penambahan dari bentuk-bentuk modal yang dibicarakan oleh Bourdieu. Modal hukum merupakan sub-kategori dari modal budaya, namun menjadi penting untuk membedakan keduanya dalam penelitian akses terhadap keadilan. Modal hukum meliputi pengetahuan dan keahlian untuk

11 Mungkin bermanfaat jika kita membuat pendekatan yang terstruktur untuk mengidentifikasi semua kekuatan yang berperan dalam pembagian masyarakat menjadi 'arena-arena' dengan aktor-aktornya (lihat: Hyden, Court & Mease 2004).



dapat menggunakan hukum negara, hukum adat dan hukum agama dalam melalui seluruh tahap proses akses terhadap keadilan. Dan perantara, tidak pelak lagi, berperan penting dalam memberikan modal hukum kepada pencari keadilan.

### *Pengkategorian*

Ada hubungan yang logis antara kesadaran dan proses mengkategorikan sebuah masalah sebagai 'masalah biasa' atau sebuah 'ketidakadilan'. Pengkategorian sebagai bentuk ketidakadilan harus merujuk kepada kerangka normatif. Jika hal ini tidak dilakukan maka akan terjadi pembiaran terhadap masalah, atau permasalahan justru akan diselesaikan melalui cara-cara di luar lingkup akses terhadap keadilan. Jika ini yang terjadi, peneliti harus mempertimbangkan dengan hati-hati alasan yang mendasarinya: ketiadaan norma atau asas, kurangnya kesadaran atau takut.

Bentuk lain dari pengkategorian adalah melihat sebuah persoalan sebagai permasalahan perorangan atau bersama. Jika mereka yang bersangkutan menganggap sebagai permasalahan bersama maka apakah penanda identitas komunal yang mereka gunakan: gender, etnis, kelas atau atribut lainnya? Mengidentifikasi persoalan sebagai permasalahan bersama untuk kategori tertentu, cenderung menghasilkan aksi politik yang legal atau justru anarkis. Hal ini juga mempengaruhi bagaimana keluhan diformulasikan dan pilihan mekanisme pemulihan. Menarik untuk diperhatikan bahwa pada masa awal kemunculan akses terhadap keadilan, konsep ini hanya memberikan perhatian kepada persoalan perorangan, walaupun persoalan itu juga dialami oleh sebagian besar masyarakat. Kemudian dicari penyelesaian masalah bagi orang yang bersangkutan, sebagai bagian dari masyarakat, melalui akses terhadap sistem hukum. Cara tersebut membuat banyak permasalahan yang dialami secara bersama menjadi permasalahan perorangan. Pada masa itu, kaum Marxisme mengkritik pendekatan ini sebagai sebuah bentuk kepura-puraan atau kepalsuan, karena mengalihkan permasalahan dari persoalan kekuasaan yang mendasarinya. Mungkin tidak terlalu mengherankan ketika para akademisi seperti David Mosse (2004) dan Tania Li (2006) melancarkan kritik serupa terhadap program-program yang terkait akses terhadap keadilan neo-liberal dari Bank Dunia.

### *Memformulasikan keluhan*

Pengkategorian merupakan tahapan terakhir yang merujuk pada 'mendefinisikan keadilan' (*naming*) dari Felstiner, Abel dan Sarat (1981). Dengan memformulasikan keluhan maka kita melangkah ke

tahap yang mereka sebut 'mencari penyebab' (*blaming*). 'Keluhan' menyiratkan bahwa korban menganggap orang lain yang bertanggung jawab atas ketidakadilan yang terjadi. Jika kemudian ketidakadilan diformulasikan dalam sebuah sistem normatif tertentu, maka keluhan cenderung berkembang menjadi gugatan hukum. Jika gugatan hukum itu ditolak maka akan menimbulkan sengketa. Menurut Miller dan Sarat (1981: 527):

Sebuah gugatan adalah keluhan yang didaftarkan untuk mengomunikasikan hak-haknya kepada sumber pemulihan yang terdekat, yaitu pihak dianggap bertanggung jawab [atas ketidakadilan yang terjadi]. Sengketa muncul ketika gugatan yang didasarkan pada keluhan ditolak [oleh pihak yang dianggap yang bertanggung jawab], baik untuk seluruhnya maupun sebagian. Hal ini menjadi sengketa hukum perdata jika menyangkut hak atau sumber daya yang dapat dikabulkan atau ditolak oleh pengadilan.

Sebaliknya, jika ketidakadilan yang diderita dilihat sebagai konsekuensi dari perbedaan relasi kuasa dan kepentingan, maka keluhan akan cenderung berkembang menjadi sengketa politik.

Informasi dari luar sering berperan penting dalam mengubah keluhan menjadi gugatan dan juga dibalik proses pengajuan gugatan tersebut. Dalam negara yang cenderung menyelesaikan masalah hanya melalui jalur hukum (*juridicised countries*), pada tahap inilah nasehat hukum paling banyak dibutuhkan oleh seseorang yang mengajukan keluhan sebelum mereka membuat keputusan – apakah mereka akan mencoba bermediasi, pergi ke pengadilan, mengabaikan permasalahan (*'lump' the matter*), atau mengorganisir demonstrasi. Dengan penelitian empiris kita dapat melihat sejauh mana hal ini juga terjadi di Indonesia dan sejauh mana lembaga bantuan hukum (seperti berbagai organisasi atau perantara) membantu para pencari keadilan untuk memformulasikan gugatan menuju ke arah tertentu.

#### *Menelusuri perangkat hukum*

Untuk mendapatkan pandangan yang jelas mengenai pilihan-pilihan yang tersedia bagi perorangan atau kelompok yang memiliki keluhan, peneliti harus terlebih dahulu melihat berbagai sistem normatif yang ada dan menilai proses pengajuan gugatan, menurut terminologi-terminologi normatif dari sistem tersebut. Misalnya, dalam kasus pencemaran sungai karena adanya aktivitas pertambangan yang menyebabkan penyakit kulit bagi masyarakat yang tinggal di sepanjang daerah aliran sungai. Masyarakat dapat memilih untuk mengajukan gugatan dengan merujuk pada hukum adat, yang menyatakan bahwa daerah aliran sungai merupakan tanah adat dan oleh karena itu

aktivitas pertambangan tidak boleh dilakukan di wilayah tersebut; atau alternatif yang lain adalah mengacu pada Undang-undang Pengelolaan Lingkungan Hidup sebagai bagian dari hukum negara. Hal ini juga termasuk mengidentifikasi forum-forum yang potensial untuk melakukan pemulihan dan bagaimana forum-forum tersebut berhubungan dengan aturan dan prinsip yang diterapkan dalam kasus ini.

Langkah kedua adalah melakukan penelitian empiris mengenai bagaimana para pencari keadilan menelusuri perangkat hukum yang tersedia dan membuat pilihan-pilihan strategis antara norma dan forum. Mereka mungkin lebih memilih norma dan forum dari satu sistem normatif, namun dapat juga menggabungkan hukum negara, hukum adat dan hukum agama supaya gugatan yang diajukan menjadi lebih kuat. Dalam hal ini, *forum shopping* mungkin akan terlihat menarik (Benda-Beckmann 1984: 37). Meneliti strategi semacam itu menunjukkan sejauh mana pencari keadilan telah memahami kompleksitas aturan dan lembaga yang berperan penting dalam kasus mereka, seperti yang diidentifikasi dalam tahap pertama. Peneliti juga harus mempertimbangkan pengaruh penerapan hukum oleh pencari keadilan. Misalnya, jika seseorang mengetahui bahwa ia berhak atas sebidang tanah, baik menurut hukum negara maupun hukum adat, tetapi jika penerapan hukum adat tidak pernah diakui oleh lembaga eksekusi maka menjadi jelas pilihan hukum yang mana yang akan ia ambil.

#### *Akses terhadap forum yang layak*

Tahap ini merupakan inti dari banyak literatur 'klasik' mengenai akses terhadap keadilan: apakah tersedia forum yang layak dan apakah pencari keadilan bisa mengakses forum tersebut?

Makna inti dari forum yang *layak* adalah apakah forum yang dimaksud mampu menawarkan jenis penyelesaian yang dibutuhkan oleh pencari keadilan. Misalnya, banyak masyarakat Indonesia yang secara keliru datang ke pengadilan tata usaha negara untuk mendapatkan hak atas tanah. Dalam hal ini, pengadilan hanya dapat memerintahkan tergugat untuk mempertimbangkan kembali penolakannya terhadap gugatan yang diajukan oleh penggugat. Pengadilan tata usaha negara tidak memiliki kewenangan untuk memutuskan apakah pencari keadilan berhak mendapatkan tanah yang diperkarakan. Dalam hal ini, forum yang layak adalah pengadilan perdata (pengadilan negeri). Namun, persoalan sesungguhnya tidak hanya mengenai masalah yurisdiksi atau kewenangan mengadili. Dalam kaitannya dengan sengketa, titik

tolak yang bermanfaat untuk menilai kelayakan dari sebuah forum dan prosedur untuk menangani sengketa tertentu, dapat kita temukan pada teori *relational distance*, terutama mengenai '*style of social control*' oleh D.J. Black (1976). Argumentasi utama yang diajukan oleh Black adalah jarak sosial (*social distance*) antara para pihak yang terlibat dalam sengketa akan menjadi faktor penting dalam menentukan prosedur seperti apa yang akan mereka tempuh. Selain itu, jarak sosial juga dapat menjadi faktor yang penting dalam menentukan pendekatan atau gaya penyelesaian sengketa yang paling layak bagi para pihak yang terlibat. Asumsi yang tersirat adalah sebuah forum ditandai oleh satu gaya penyelesaian – rekonsiliasi, ganti rugi atau hukuman pidana – tetapi hal ini mungkin akan berbeda jika diterapkan dalam konteks budaya yang lain. Meskipun demikian, teori dari D.J. Black dapat menjadi hipotesa yang dapat diuji dalam penelitian empiris akses terhadap keadilan. Apakah jarak sosial memang menentukan gaya penyelesaian sengketa? Apakah jarak sosial juga menentukan pilihan terhadap forum? Di samping itu, kerangka negara hukum seperti yang akan diuraikan di bawah juga dapat digunakan karena kategori pelembagaan yang ada di dalam kerangka tersebut berisi rangkaian indikator bagi seorang peneliti untuk menilai 'kelayakan' dari sebuah forum.

Akhirnya, para pencari keadilan sendiri mungkin tidak menyadari perangkat yang terkait dengan pilihan mereka atas forum yang akan digunakan untuk mendapatkan akses terhadap keadilan. Sekali lagi, peneliti harus dapat membandingkan penilaian dari pencari keadilan mengenai 'kelayakan' dengan hasil penelitiannya sendiri.

Pertanyaan kedua dalam bagian ini menyangkut berbagai hambatan untuk mengakses sebuah forum. Hambatan itu merupakan hambatan yang terkenal dan meliputi: hambatan fisik, finansial, psikologis dan aspek budaya.<sup>12</sup> Sebagian besar persoalan terjadi begitu saja tanpa membutuhkan klarifikasi, misalnya: jumlah biaya formal dan informal yang terkait dengan sebuah forum dan jarak yang harus ditempuh oleh para pihak untuk sampai di sebuah forum. Terkadang terabaikan bahwa hal-hal tersebut juga berhubungan dengan masalah prosedur. Misalnya, jika sebuah kasus membutuhkan banyak proses persidangan sebelum hakim dapat mengambil keputusan maka persoalan jarak tempuh dapat menjadi persoalan yang lebih besar.

Pertanyaan ketiga adalah mengenai alasan dibalik penentuan pilihan untuk sebuah forum tertentu. Persepsi dari pencari keadilan, yang ditentukan oleh berbagai faktor dan aktor, akan menyebabkan pencari keadilan memilih sebuah strategi tertentu. Kami sudah

12 Misalnya: lihat UNDP 2005: 4.

menyinggung mengenai *forum shopping* (atau *norm shopping*), tapi hal ini hanya satu diantara banyak strategi lainnya. Kadang pengabaian suatu forum tertentu juga merupakan sebuah strategi yang diambil jika tidak tersedia, atau dianggap tidak ada, forum yang layak. Dalam kondisi seperti itu maka pencari keadilan dapat, misalnya, mengorganisir demonstrasi atau menggunakan forum lain yang biasanya tidak digunakan untuk menyelesaikan keluhan semacam itu. Hal ini bahkan dapat menyebabkan para pencari keadilan untuk benar-benar mencoba membuat forum atau mekanisme yang baru, dalam rangka menghindari permasalahan yang ada dalam forum yang mereka gunakan sebelumnya.

### *Menangani keluhan*

Tahap ini membahas mengenai penanganan keluhan oleh forum yang dipilih. Bentuk dasar dari penanganan tersebut berhubungan dengan jenis forum yang telah dipilih. Dengan demikian, pilihan yang sudah dibuat dalam tahap sebelumnya sangat berpengaruh di tahap ini. Misalnya, seorang individu tidak dapat mengharapkan pengadilan untuk melakukan mediasi dengan cara yang sama yang dilakukan oleh pejabat lingkungan hidup pemerintah daerah. Walaupun menurut peneliti sifat-sifat dari forum akan mempengaruhi bagaimana keluhan ditangani, hal ini sering tidak disadari oleh pencari keadilan. Kategori 'unsur prosedural negara hukum' yang akan dibahas pada bagian selanjutnya mungkin dapat membantu untuk menganalisa persoalan ini.

Kedua, proses penanganan keluhan dapat mengubah substansi keluhan awal. Hal ini dapat terjadi jika ditemukan informasi baru selama proses berlangsung, atau ketika para pihak yang berperkara mengubah posisi mereka. Misalnya, seorang tenaga kerja yang kehilangan pekerjaan melihat kasusnya berubah menjadi sebuah sengketa mengenai legitimasi serikat pekerja (Tjandra 2010). Akhirnya, peneliti harus peka terhadap pengaruh eksternal dalam proses penanganan keluhan, misalnya perubahan persepsi dari pihak lawan atau perubahan opini publik.

### *Pemulihan Ketidakadilan*

Tahap terakhir dari analisis akses terhadap keadilan meliputi pengkajian ulang permasalahan terkait dengan mendefinisikan atau mengevaluasi pemulihan. Hal ini mungkin tidak semudah yang kita bayangkan, karena pemulihan yang dinilai baik oleh seorang pencari keadilan mungkin dirasa mengecewakan oleh pencari keadilan yang

lain. Salah satu alasannya karena pihak luar (*outsider*) tidak selalu dapat mengetahui dengan jelas apa yang ingin diraih oleh pencari keadilan. Misalnya, para peneliti dari UNDP cukup terkejut dengan situasi di mana perempuan miskin yang bercerai di pengadilan agama merasa cukup puas, walaupun gugatan nafkah yang telah dikabulkan oleh pengadilan tidak dapat dieksekusi. Tampaknya kemaslahatan sosial dari sebuah proses perceraian yang dilakukan secara resmi telah diremehkan oleh para peneliti, dan hal ini ternyata menjadi penting setidaknya untuk sekelompok perempuan yang menjadi sampel dari penelitian tersebut (Sumner 2007).<sup>13</sup>

Contoh ini juga menunjukkan adanya persoalan implementasi. Otto (2003: 23), untuk alasan ini, telah menciptakan konsep 'kepastian hukum yang nyata' (*real legal certainty*) yang meliputi pelaksanaan atas keputusan yang berakibat pada pemenuhan hak seseorang. Sementara beberapa peneliti mungkin tergoda untuk menganggap keputusan positif yang diambil oleh sebuah forum sebagai bentuk pemulihan, peneliti yang lain mungkin terbutakan oleh asumsi bahwa solusi hanya dapat diperoleh melalui implementasi keputusan positif. Persoalan lain terkait pemulihan adalah berubahnya anggapan pencari keadilan atas bentuk pemulihan yang layak seiring berjalannya prosedur. Misalnya, korban pencemaran atau kerusakan lingkungan hidup memiliki kecenderungan untuk mengubah tujuan (pemulihan) dari perbaikan kerusakan atau pencemaran lingkungan hidup menjadi kompensasi ganti rugi (Nicholson 2010).

Seperti yang sudah dibahas sebelumnya, sebuah ketidakadilan acap kali berhubungan erat dengan ketidakadilan yang lain. Selain penting untuk mengurai keterkaitan yang ada dalam berbagai bentuk ketidakadilan yang dialami pencari keadilan, juga menjadi penting untuk melihat ketidakadilan yang mana yang diselesaikan melalui prosedur pemulihan dan bagaimana hal ini berkaitan dengan 'ketidakadilan yang utama'. Dengan demikian, seperti yang telah kami bahas dalam contoh sebelumnya mengenai ketidakmampuan sekelompok orang untuk mengakses dokumen hukum, maka kita tidak boleh hanya terpaku kepada keberhasilan memperoleh dokumen hukum tersebut. Namun, kita juga harus melihat sejauh mana hal itu dapat mendekatkan pencari keadilan ke tujuan utama proses pemulihannya, yaitu memperoleh manfaat sosial. Hal ini juga menunjukkan bahwa pemulihan bisa terwujud dalam berbagai bentuk: tidak harus berupa keputusan yang pada akhirnya dapat diimplementasikan, namun dapat berupa perubahan hukum (dalam arti yang luas).

13 Van Huis (2010) mengambil hasil temuan ini sebagai titik awal penelitian mendalamnya.

Akhirnya, kerangka ROLAX menyinggung 'keberlanjutan' dari pemulihan, menekankan pada implementasi atau pelaksanaan dari pemulihan dan dimensi waktunya. Banyak kajian akses terhadap keadilan atau penyelesaian sengketa yang berhenti pada putusan pengadilan, perjanjian mediasi, atau bentuk solusi apapun sebagai hasil langsung dari prosedur yang mereka jalani. Akan tetapi, untuk kelayakan evaluasi proses pemulihan kita juga harus memperhatikan pelaksanaan atau implementasi dari hasil pemulihan dan bagaimana pengaruhnya terhadap masalah awal. Kemudian muncul aspek durasi waktu dari proses ini: berapa lama hasil pemulihan akan berlangsung dan apakah hasil yang dicapai dapat dilaksanakan dalam jangka pendek, menengah atau jangka panjang? Unsur-unsur negara hukum yang akan kami bahas dalam bagian selanjutnya sangat bermanfaat untuk mengevaluasi hal ini.

#### **4. Kerangka negara hukum untuk penilaian kualitas penelitian akses terhadap keadilan**

Pada bagian sebelumnya kami telah menjelaskan bagaimana peneliti dapat menganalisa proses yang digunakan oleh seseorang yang mengalami ketidakadilan untuk mencari solusi melalui perangkat hukum. Setelah pencari keadilan telah atau sedang memformulasikan keluhannya, ia akan mulai menelusuri pemulihan seperti apa yang disediakan oleh sistem hukum yang ada. Lembaga mana yang dapat ia akses? Argumentasi hukum apa yang dapat ia gunakan? Apa strategi terbaik yang harus diikuti? Penelitian empiris akan memperlihatkan jawaban-jawaban dan pilihan-pilihan dari pencari keadilan. Namun, untuk melihat apakah jawaban dan pilihan yang telah diambil oleh pencari keadilan tersebut merupakan hasil terbaik yang dapat ia peroleh, maka diperlukan peninjauan terhadap seluruh perangkat hukum yang tersedia serta penilaian terhadap kualitas sistem-sistem hukum yang bersangkutan.

Kebutuhan akan standarisasi proses penilaian tersebut menjadi alasan kami memasukkan unsur 'sesuai dengan negara hukum' pada definisi akses terhadap keadilan. Menyadari bahwa negara hukum merupakan sebuah konsep yang pada dasarnya terus diperdebatkan, maka kami tidak menggunakan definisi yang tunggal untuk konsep tersebut. Kami memilih untuk menyeleksi dan menyusun unsur-unsur dari berbagai definisi konsep negara hukum yang kami temukan di literatur akademik. Unsur-unsur tersebut akan kami kelompokkan menjadi tiga kategori dan hal ini menghasilkan kerangka analisa yang selanjutnya akan kami uraikan dan jelaskan pada bagian ini. Tujuan



umum dari kerangka ini adalah untuk menyediakan alat yang dapat digunakan untuk menilai kualitas (dari seluruh atau sebagian) sistem hukum yang sedang diteliti. Pada penelitian akses terhadap keadilan, hal ini dapat membantu peneliti untuk mengevaluasi tahapan dalam proses akses terhadap keadilan secara sistematis. Misalnya, ketika seorang peneliti mengkaji fase 'penanganan keluhan' maka ia akan: mendokumentasikan apa yang terjadi dalam praktik dan menganalisa apakah sebuah pengadilan atau forum mediasi adalah (lembaga yang) independen; menganalisa apakah aturan yang diterapkan sudah diketahui sebelumnya oleh para pihak yang berperkara; apakah lembaga yang berwenang mengambil tindakan di luar hukum; atau apakah standar hak asasi manusia dianut oleh para pihak yang terlibat.

Sebelum kami menguraikan kerangka negara hukum, kami akan menjelaskan konsep tersebut dan menyajikan beberapa persoalan yang ada dalam perdebatan negara hukum, yang kami pikir relevan untuk penelitian empiris akses terhadap keadilan.

#### **4.1. Apa yang dimaksud dengan 'negara hukum'?**

Pejabat pemerintahan di seluruh dunia mengadvokasi konsep negara hukum. Hal ini menggambarkan adanya persetujuan bahwa ketaatan pada negara hukum merupakan sebuah ukuran terhadap legitimasi pemerintahan (Tamanaha 2004: 2-4). Namun, para politisi tersebut jarang mendefinisikan apa yang dimaksud dengan negara hukum dan sampai saat ini para akademisi juga tidak dapat mencapai konsensus atas sebuah definisi yang tunggal. Definisi yang paling sederhana dari konsep negara hukum dapat dirumuskan sebagai berikut:

Negara hukum secara harafiah berarti sebagaimana yang tertulis: negara hukum. Dalam arti yang terluas berarti masyarakat harus mematuhi hukum dan diatur oleh hukum (Raz 1979: 210-211).

Pada dasarnya, negara hukum mensyaratkan bahwa pejabat pemerintah dan warga negara terikat oleh hukum dan bertindak menurut hukum (Tamanaha 2007). Persyaratan dasar itu memerlukan seperangkat karakteristik minimal: tidak berlaku surut (*be prospective*), dipublikasikan, dibuat secara umum, pasti, dan diterapkan untuk semua orang menurut ketentuan-ketentuannya. Jika beberapa karakteristik tersebut tidak ada maka negara hukum tidak dapat terpenuhi. Hal ini merupakan definisi *formal* negara hukum. Teori formal akan berfokus kepada sumber dan bentuk legalitas dan bertitik tolak dari prosedur hukum. Sebaliknya, teori substantif memasukkan persyaratan mengenai muatan atau isi dari hukum. Definisi *substantif* negara hukum juga mengacu kepada



hak fundamental dan kriteria dari keadilan atau hak, sebagaimana yang dikatakan oleh Thomas Carothers (2006: 4):

Negara hukum dapat didefinisikan sebagai sebuah sistem di mana hukum merupakan bagian dari pengetahuan publik, mempunyai makna yang jelas dan diterapkan setara untuk semua orang. Mereka [hukum] menjamin dan menjunjung tinggi kebebasan politik dan kebebasan sipil yang telah memperoleh status sebagai bentuk hak asasi manusia yang universal selama lebih dari setengah abad terakhir. Khususnya, siapa pun yang dituduh melakukan tindak kejahatan berhak atas sidang yang adil dan jujur, dan dianggap tidak bersalah sampai ia terbukti bersalah. Lembaga-lembaga yang sentral bagi sistem hukum, termasuk pengadilan, jaksa penuntut, dan polisi, merupakan lembaga yang adil, kompeten dan efisien. Hakim-hakim tidak boleh memihak dan independen, tidak tunduk pada pengaruh politik atau manipulasi. Mungkin [hal] yang paling penting adalah pemerintahan yang berakar pada sebuah kerangka hukum yang komprehensif dan aparat pemerintah menyetujui bahwa tindakan mereka harus tunduk pada hukum dan pemerintah mewujudkan pemerintahan yang taat hukum.

Meskipun tidak terdapat konsensus mengenai definisi negara hukum dan pilihan atas versi formal atau substantif, pada hakikatnya semua pihak menyetujui dua fungsi yang dijalankan oleh negara hukum. Fungsi yang pertama adalah untuk membatasi penggunaan kekuasaan negara yang sewenang-wenang dan tidak adil. Konsep negara hukum kemudian dapat dipahami sebagai sebuah konsep payung untuk berbagai instrumen hukum dan lembaga dalam rangka melindungi warga negara terhadap kekuasaan negara. Fungsi kedua dari negara hukum adalah untuk melindungi kepemilikan dan kehidupan (keselamatan) warga negara dari pelanggaran atau serangan warga negara lainnya. Sesungguhnya, kedua tujuan tersebut sesuai dengan tujuan 'akses terhadap keadilan', yaitu keadilan yang dapat diakses oleh setiap warga negara.

Terlepas dari perbedaan antara formal dan substantif, terdapat jenis negara hukum yang 'luas' (*thick*) dan 'sempit' (*thin*). Jika sebuah definisi negara hukum hanya memerlukan beberapa persyaratan maka akan disebut sebagai jenis negara hukum yang 'sempit'. Sementara definisi yang membutuhkan banyak persyaratan disebut sebagai jenis negara hukum yang 'luas'. Biasanya jenis negara hukum yang lebih luas akan memasukkan aspek-aspek utama dari jenis yang lebih sempit, kemudian mengembangkannya secara kumulatif. Tamanaha (2004: 91) telah menyediakan sebuah skema dari perumusan alternatif konsep negara hukum (terlepas dari rezim pemerintahan tertentu) dan memposisikannya dalam skala kompleksitas (dari sempit ke luas):

Tabel 1. Skema perumusan alternatif negara hukum oleh Tamanaha

Jumlah persyaratan	Jenis formal	Jenis substantif
Sedikit = 'sempit'	Diatur oleh hukum: hukum sebagai instrumen dari tindakan pemerintah	Hak-hak individual: properti, kontrak, privasi, otonomi
Lebih = 'lebih luas'	Legalitas formal: + umum, tidak berlaku surut, pasti untuk semua warga negara	+ Hak-hak atas martabat dan keadilan
Banyak = 'luas'	Demokrasi dan legalitas: + persetujuan menentukan isi/ <i>content</i> dari hukum	+ Kesejahteraan sosial: persamaan substantif, kesejahteraan, perlindungan atas hak-hak kultural

Dalam skema tersebut 'demokrasi' disebut sebagai bagian dari karakteristik jenis negara hukum yang formal. Tamanaha berpendapat bahwa 'demokrasi secara substantif merupakan hal yang hampa karena tidak mengatur mengenai apa yang harus menjadi isi atau substansi dari hukum. Namun, demokrasi merupakan sebuah prosedur pengambilan keputusan yang mengatur bagaimana menentukan isi atau substansi dari hukum'.

#### 4.2. Model pemerintahan yang berdasarkan negara hukum (*The Rule of Law led Governance Model/ROLGOM*)

Berdasarkan gagasan-gagasan di atas, Bedner telah mengembangkan kerangka negara hukum yang dapat digunakan untuk penelitian (lihat Bab 4). Setelah membagi konsep negara hukum menjadi beberapa unsur, Bedner kemudian menyusun unsur-unsur tersebut menjadi tiga kategori: unsur prosedural, unsur substantif, dan mekanisme kontrol. Di dalam ketiga kategori ini semua unsur digolongkan ke dalam 'sempit', 'lebih luas' atau 'terluas'. Untuk tulisan ini, Jacqueline Vel telah memperluas skema negara hukum dari Bedner dengan menambahkan sebuah kategori khusus, yaitu lembaga-lembaga pelaksana. Hal ini dilakukan mengingat pentingnya faktor implementasi sebagai (cerminan) bentuk kepatuhan yang mendasar kepada konsep negara hukum.

Dibandingkan dengan skema dari Tamanaha dalam tabel 1, ROLGOM memiliki dua kolom tambahan: mekanisme kontrol dan lembaga pelaksana. Skala vertikal mengindikasikan gradasi yang ada dalam skema ROLGOM, yang disusun dari 'sempit' ke 'terluas' mengikuti terminologi yang dibuat oleh Tamanaha. Di samping kolom 'unsur utama' terdapat kolom 'kriteria kualitas'. Kriteria kualitas

merupakan gagasan yang sangat sederhana untuk membantu peneliti mengevaluasi sebuah aspek dari kasus yang ia teliti, dalam kaitannya dengan unsur negara hukum pada tabel 2. Akan tetapi, berbagai persoalan tersirat dalam kriteria kualitas, seperti 'peraturan perundang-undangan yang jelas'. Namun untuk alasan praktis maka kami tidak akan membahas persoalan tersebut dalam kerangka ROLGOM.

Seperti yang kami sebutkan sebelumnya, tujuan dan konteks dari kasus yang sedang diteliti akan menentukan unsur ROLGOM yang digunakan untuk mengevaluasi apakah tahapan dalam proses akses terhadap keadilan sesuai dengan konsep negara hukum. Berikut ini adalah skema ROLGOM dan beberapa catatan penggunaannya.

Table 2. Model Pemerintahan yang Berdasarkan Negara Hukum (*Rule of Law led Governance Model/ROLGOM*)

Tipe dari unsur-unsur dalam berbagai definisi Negara Hukum	Unsur-unsur formal dari berbagai definisi negara hukum (prosedural)		Unsur-unsur Substantif dari berbagai definisi Negara Hukum (substansi hukum)		Unsur-unsur Kelembagaan/Institusional (lembaga-lembaga hukum)			
					Mekanisme kontrol		Lembaga-lembaga pelaksana	
Kompleksitas	Unsur-unsur utama	Kriteria Kualitas	Unsur-unsur utama	Kriteria Kualitas	Unsur-unsur utama	Kriteria Kualitas	Unsur-unsur utama	Kriteria Kualitas
<i>Sempit</i>	Hukum sebagai alat dari pemerintahan (pemerintahan dengan hukum)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Adanya peraturan perundang-undangan</li> <li>- Apakah pemerintahan berjalan tanpa menggunakan hukum?</li> <li>- Se jauh mana pemerintah menggunakan langkah-langkah insidental daripada aturan-aturan umum</li> </ul>	Subordinasi semua hukum dan interpretasinya terhadap prinsip-prinsip fundamental keadilan, moral dan administrasi negara yang baik	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Adanya prinsip-prinsip keadilan, moral dan administrasi negara yang baik</li> <li>- Se jauh mana prinsip-prinsip tersebut bertentangan?</li> <li>- Se jauh mana hukum dan interpretasinya secara efektif tersubordinasi terhadap prinsip-prinsip tersebut?</li> </ul>	Adanya peradilan yang adil (terkadang diperluas menjadi ' <i>trias politica</i> ')	Apakah lembaga peradilan: <ul style="list-style-type: none"> <li>- independen?</li> <li>- tidak memihak?</li> <li>- dapat diakses oleh warga negara (dalam hal jarak, biaya-biaya, dll)?</li> <li>- memberikan proses pengadilan yang adil dan tepat waktu?</li> <li>- menunjukkan kekuasaan yudisial dan pemulihan yang cukup?</li> </ul>	Lembaga-lembaga eksekutif memiliki kewenangan yang cukup untuk mengimplementasikan hukum	Apakah lembaga-lembaga tersebut: <ul style="list-style-type: none"> <li>- ada?</li> <li>- memiliki kewenangan yang cukup untuk menjalankan tugas sesuai dengan mandat hukumnya?</li> <li>- melaksanakan fungsinya dan apakah mereka efektif?</li> </ul>

<i>Lebih luas</i>	Tindakan negara harus tunduk kepada hukum	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se jauh mana hukum memberikan ruang untuk 'discretionary powers'?</li> <li>- Apakah ada klausul-klausul pengecualian yang membolehkan pengaturan-pengaturan khusus?</li> </ul>	Hak asasi perorangan	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Hak perorangan dijamin oleh hukum</li> <li>- Jaminan hukum atas hak perorangan dapat dilaksanakan</li> </ul>	Implementasi dan pelaksanaan dari keputusan-keputusan pengadilan	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dapat diimplementasikan</li> <li>- Secara efektif</li> <li>- Dapat dilaksanakan</li> </ul>	Lembaga-lembaga eksekutif menjalankan tugasnya sesuai dengan hukum	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Diimplementasikan sesuai dengan hukum</li> <li>- Tidak ada intervensi</li> <li>- Efektif</li> </ul>
	Hukum harus berlaku untuk umum, tidak berlaku surut, jelas dan pasti muatannya (legalitas formal)	<p>Apakah peraturan perundang-undangan:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- jelas?</li> <li>- stabil (tidak berubah seiring dengan waktu)?</li> <li>- diterapkan secara umum?</li> <li>- ada yang retroaktif?</li> <li>- dapat diakses (diterbitkan, dengan bahasa yang dapat dimengerti, disosialisasikan)?</li> </ul>	Hak asasi sosial	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Hak sosial dijamin oleh hukum</li> <li>- Negara mengambil tindakan-tindakan untuk mewujudkan hak-hak sosial</li> </ul>	Spesialisasi peradilan untuk mengamankan hak-hak tertentu	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ada</li> <li>- Memiliki kewenangan yang cukup</li> <li>- Tidak memihak</li> <li>- Independen</li> <li>- Dapat diakses</li> <li>- Mampu melaksanakan fungsinya</li> <li>- Efektif</li> </ul>	Lembaga-lembaga eksekutif melaksanakan kontrol internal terhadap tindakan-tindakan melanggar hukum	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ada mekanisme internal kontrol dan dapat dilaksanakan</li> <li>- Efektif</li> </ul>
<i>Paling luas</i>	Demokrasi: Persetujuan akan menentukan substansi dari hukum	<p>Apakah mekanisme partisipasi:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ada/tersedia?</li> <li>- dapat diakses?</li> <li>- efektif?</li> </ul>	Hak-hak kultural dan grup	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dijamin oleh hukum</li> <li>- Jaminan hukum atas hak-hak kultural dan grup dapat dilaksanakan</li> </ul>	Mekanisme eksternal lainnya yang ditujukan untuk mencegah tindakan pemerintah yang melanggar hukum	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ada prosedur untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan</li> <li>- Mampu melaksanakan fungsinya</li> <li>- Memiliki kewenangan yang cukup</li> <li>- Tidak memihak</li> <li>- Efektif</li> </ul>	Lembaga-lembaga eksekutif memenuhi standar ISO	Standar-standar yang ditetapkan oleh organisasi internasional untuk melakukan standarisasi

## 5. Kesimpulan: Menggabungkan ROLAX dan ROLGOM pada penelitian empiris dalam kajian akses terhadap keadilan

Skema ROLGOM dapat digunakan untuk menilai kualitas dari perundang-undangan, peraturan, prosedur, dan aktivitas dari berbagai lembaga pada setiap tahap proses akses terhadap keadilan. Atau dengan kata lain, pada setiap tahap dalam kerangka ROLAX. Tidak pelak lagi, ROLGOM paling baik diterapkan untuk menilai perangkat hukum. Hal ini merujuk kepada tahap dalam ROLAX dimana para pencari keadilan mencari aturan dan peraturan perundang-undangan yang dapat mereka gunakan untuk mendapatkan akses terhadap keadilan. Selain itu, para peneliti juga dapat menggunakan skema ROLGOM sebagai sebuah alat periksa (*checklist*) untuk tahapan lainnya dalam kerangka ROLAX. Misalnya: ketika menilai kesadaran hukum dari pencari keadilan atau atau menilai bagaimana kinerja pengadilan negeri sebagai sebuah forum pemulihan bagi pencari keadilan.

Bagi kami, kebutuhan untuk menggunakan kerangka ROLAX dan ROLGOM dalam penelitian akses terhadap keadilan sangat jelas. Dengan menggunakan kedua kerangka tersebut para peneliti dapat membandingkan berbagai kasus dan mengeliminasi hasil-hasil penelitian yang tidak relevan. Walaupun kami sadar bahwa tidak selalu mudah untuk menggolongkan data empiris ke dalam kerangka ROLAX dan ROLGOM, kami berpendapat bahwa kedua kerangka tersebut sangat berguna untuk mengurai dan membuat gambaran proses yang rumit menjadi jelas dan mengingatkan peneliti untuk mempertimbangkan tahap-tahap yang mungkin terlupakan.

Menurut pendapat kami, hal inilah yang secara khusus menguatkan pemikiran-pemikiran yang kami hadirkan dalam tulisan ini. Orang-orang yang melakukan riset akses terhadap keadilan mungkin merujuk pada pengertian-pengertian lain dari konsep akses terhadap keadilan, atau menyusun kategori dan tahapan yang berbeda. Namun demikian, kerangka kami mengenai akses terhadap keadilan mungkin akan berguna sebagai titik berangkat bagi mereka yang melakukan riset akses terhadap keadilan. Tulisan ini selain menampilkan pandangan menyeluruh dari literatur mengenai akses terhadap keadilan, juga membuat pemikiran-pemikiran yang ada dalam literatur tersebut menjadi lebih mudah untuk dipahami.

Kami berharap para peneliti dapat memperoleh inspirasi dari pendekatan ini dan turut berkontribusi terhadap pemikiran dalam bidang akses terhadap keadilan, sehingga akan semakin memperkaya ilmu pengetahuan dalam bidang ini.

## Daftar pustaka

- Bedner, A.W. (2010), 'An Elementary Approach to the Rule of Law', *The Hague Journal on the Rule of Law* 2 (1): 48-74.
- Bedner, A.W. (2007), 'Access to Environmental Justice in Indonesia', dalam A. Harding (ed.), *Access to Environmental Justice*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Benda-Beckmann, K. von (1984), *The Broken Stairways to Consensus: Village Justice and State Courts in Minangkabau*. Dordrecht: Foris.
- Black, D.J. (1976), *The Behaviour of Law*. New York: Academic Press.
- Bourdieu, P. (1986), 'The Forms of Capital', dalam J. G. Richerson (ed.), *Handbook of Theory and Research for Sociology of Education*. New York: Greenwood Press.
- Bruce, J. (2007), 'Legal Empowerment of the Poor: From Concepts to Assessment', diunduh dari <[http://www.ardinc.com/upload/photos/676LEP\\_Phase\\_II\\_FINAL.pdf](http://www.ardinc.com/upload/photos/676LEP_Phase_II_FINAL.pdf)>, diakses pada 4 Maret 2009.
- Cappelletti, M. & B. Garth (1978), 'Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: A General Report', dalam Cappelletti, M. and B. Garth (eds.), *Access to Justice*, Volume 1. Milan: Dott A. Giuffrè Editore.
- Carothers, T. (2006), 'The Problem of Knowledge', dalam T. Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*. Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace.
- Davidson, J. & D. F. Henley (eds.) (2007), *The Revival of Tradition in Indonesian Politics: The Deployment of Adat from Colonialism to Indigenism*. London: Routledge Curzon.
- Felstiner, W., R. Abel, & A. Sarat (1981), 'The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming', *Law & Society Review* 15: 631-654.
- Galanter, M. (1981), 'Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law', *Journal of Legal Pluralism* 1(19): 1-48.
- Genn, H. (with S. Beinart) (1999), *Paths to Justice: What People Do and Think about Going to Law*. Portland, OR: Hart Publishing.
- Goodale, M. (2008), 'Introduction: Locating Rights, Envisioning Law between the Global and the Local', dalam M. Goodale & S.E. Merry (eds.), *The Practice of Human Rights: Tracking Law between the Global and the Local*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HiiL (2007), 'Rule of Law Inventory Report, Academic Part', *Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law*, April 20, 2007.
- Hyden, G., J. Court & K. Mease (2004), *Making Sense of Governance*. London: Lynne Rienner Publishers.
- Kritzer, H.M. (2008), 'To Lawyer or Not to Lawyer: Is that the Question?', *Journal of Empirical Legal Studies* 5 (4): 875-906.

- Li, T.M. (2006), 'Neo-Liberal Strategies of Government Through Community: The Social Development Program of the World Bank in Indonesia', New York, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, *ILJ Working Paper* 2006/2.
- Marden, O.S. (1962), 'Equal Access to Justice - The Challenge and the Opportunity', *Washington & Lee Law Review* 19: 153-162.
- Mnookin, R.H. and L. Kornhauser (1979), 'Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce', *The Yale Law Journal* 88: 950-997.
- Miller, R. & A. Sarat (1981), 'Grievances, Claims and Disputes: Assessing the Adversary Culture', *Law and Society Review* 15 (3-4): 525-566.
- Mosse, D. (2004), 'Is Good Policy Unimplementable? Reflections on the Ethnography of Aid Policy and Practice', *Development and Change* 35(4): 639-671.
- Nicholson, D.F. (2009), *Environmental Dispute Resolution in Indonesia*. Leiden: KITLV Press.
- Nicholson, D.F. (2001), 'Environmental Litigation in Indonesia', *Asia Pacific Journal of Environmental Law* 6 (1): 47-78.
- Otto, J.M. (2002), 'Toward an Analytical Framework: Real Legal Certainty and Its Explanatory Factors', dalam J. Chen, Y. Li & J.M. Otto (eds.), *Implementation of Law in the People's Republic of China*. The Hague: Kluwer Law International.
- Pompe, S. (1999), 'Between Crime and Custom: Extra-Marital Sex in Modern Indonesian Law', dalam T. Lindsey (ed.), *Indonesia: Law and Society*. Sydney: The Federation Press.
- Raz J. (1979), 'The Rule of Law and its Virtue', dalam J. Raz (ed.), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- Sumner, C. (2007), *Providing Justice to the Justice Seeker. A Report on the Indonesian Religious Courts, Access and Equity Study*. Jakarta: Mahkamah Agung and AusAID.
- Tamanaha, B. Z. (2007), 'A Concise Guide to the Rule of Law', diunduh dari <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1012051](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012051)>, diakses pada 17 November 2010.
- Tamanaha, B. Z. (2005), *On the Rule of Law: History, Theory, Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- UNDP (in co-operation with Bappenas and the Center for Rural and Regional Development Studies of the Gadjah Mada University) (2007), *Justice for All? An Assessment of Access to Justice in Five Provinces of Indonesia*. Jakarta: UNDP.
- UNDP (2005), *Programming for Justice: Access for All*. Bangkok: United Nations Development Programme.
- UNDP (2004), 'Access to Justice Practice Note' diunduh dari <[http://www.undp.org/governance/docs/Justice\\_PN\\_En.pdf](http://www.undp.org/governance/docs/Justice_PN_En.pdf)>, diakses pada 3 Desember 2008.



Adriaan W. Bedner & Jacqueline Vel

World Bank (2008), *Forging the Middle Ground: Engaging Non-State Justice in Indonesia*. Jakarta: World Bank Indonesia, Social Development Unit, Justice for the Poor Program.

# KEPASTIAN HUKUM YANG NYATA DI NEGARA BERKEMBANG<sup>1</sup>

Jan Michiel Otto

## Pengantar

Kurang lebih seratus tahun yang lalu mr. Cornelis van Vollenhoven di ruangan yang sama<sup>2</sup> menyampaikan pidato pengukuhnya sebagai guru besar. Orasi ini disampaikan tidak lama setelah Politik Etis dikumandangkan.<sup>3</sup> Melalui kebijakan ini pemerintah Belanda secara resmi menunjukkan kepeduliannya pada kesejahteraan dan kemaslahatan penduduk Hindia-Belanda. Guru besar berusia muda ini hendak menyumbangkan sesuatu pada ihwal penyelenggaraan hukum dan keadilan (*administration of justice*).<sup>4</sup> Tatkala pemerintah mempertimbangkan untuk memberlakukan hukum keperdataan

- 1 Tulisan ini merupakan pidato pengukuhan Prof. Jan Michiel Otto dalam rangka penerimaan jabatan sebagai guru besar dalam bidang kajian *Law and Administration in Developing Countries* di Universitas Leiden pada tanggal 16 Juni 2000. Tulisan ini adalah versi modifikasi dari versi yang sudah diterbitkan oleh Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia pada tahun 2003 dengan judul yang sama.
- 2 Tanggalnya adalah 2 oktober 1901. Bidang kajian Van Vollenhoven mencakup hukum tata negara dan hukum administrasi dari koloni-koloni Belanda serta Hukum Adat (di) Hindia Belanda. Hidup dan karya Van Vollenhoven didiskusikan dalam bibliografi yang ditulis De Beaufort (1954), De Kanter-Van Hettinga Tromp dan Eyffinger (1992), serta tulisan yang lebih kritis dari Burns (1999). Burns menyatakan bahwa 'terlepas dari sejumlah keunggulan pribadinya, Van Vollenhoven berjalan – dan pengikut-pengikutnya masih terus berjalan – dengan langkah tegas dan penuh keyakinan 'ke arah yang keliru' (Burns 1999: 309). Lihat juga Otto & Pompe (lihat Bab 2).
- 3 Mengenai muatan isi dan makna dari Politik Etis periksa lebih lanjut Ricklefs (1981); Fasseur (1993: 411) menyebut Van Vollenhoven sebagai 'pendeta agung' dari Politik Etis.
- 4 Tujuannya adalah menjamin bahwa pengadilan tingkat pertama di Hindia Belanda, *landraden*, menyelenggarakan peradilan bagi kepentingan golongan bumiputera dengan cara sedemikian rupa sehingga dapat mewujudkan kepastian hukum, keadilan sosial, dan otentitas. Tujuan-tujuan serupa diupayakan pula di koloni lainnya. Untuk telaahan tentang British Indies (India di bawah Inggris) dan kiprah Nelson, yang sepemikiran dengan Van Vollenhoven, lihat Kolff (1992).

Barat (di Hindia Belanda), ia dengan tegas menentanginya. Menurut hematnya, hukum keperdataan barat tidak cocok bagi kalangan *inlander* (golongan pribumi).<sup>5</sup>

Sebagai alternatif, ia mengembangkan hukum adat; keseluruhan aturan kebiasaan setempat yang ditata menjadi satu sistem.<sup>6</sup> Di bawah arahnya aturan-aturan demikian, dari Aceh sampai dengan Papua, didokumentasikan agar kemudian dapat dirujuk dan diterapkan oleh aparat pemerintahan maupun pengadilan.<sup>7</sup> Hukum adat ini, oleh Van Vollenhoven, dipandang sebagai bagian dari (tatanan) hukum nasional yang pada gilirannya merupakan bagian dari hukum internasional.<sup>8</sup> Menurut pandangannya, tri-tunggal ini sedianya menjadi landasan hukum bagi penataan dan pengaturan (masyarakat) dunia.<sup>9</sup>

- 5 Satu contoh terkenal ialah rancangan Kitab Undang-Undang Perdata (*Burgerlijk Wetboek*) yang dibuat di bawah pimpinan Mr. Cowan, Direktur (setingkat menteri) Kehakiman (*Directeur van Justitie*) di Batavia (Ball 1985: 39). Keberatan Van Vollenhoven terhadap ikhtiar ini dan kebijakan-kebijakan serupa berkenaan dengan unifikasi dan westernisasi hukum di koloni telah didokumentasikan di dalam sejumlah karyanya, seperti "*De ontdekking van het Adatrecht*" (Penemuan Hukum Adat, Van Vollenhoven 1928: 142, 151-155).
- 6 Sistem demikian dibuat mengikuti, antara lain, pembagian wilayah nusantara ke dalam sembilan belas '*rechtskringen*' (lingkaran hukum). Van Vollenhoven juga mengkonstruksikan pembagian berdasarkan sejumlah tematik berbeda di mana ia akan memperkenalkan peristilahan baru jika tidak ditemukan konsep Belanda yang sepadan. Satu konsep yang terkenal ialah '*beschikkingsrecht*' komunal atau hak menguasai negara. Untuk ulasan atas hukum adat sebagai suatu sistem periksa Holleman (ed.) (1981).
- 7 Panduan untuk melakukan riset lapangan dapat kita temukan di dalam *Adatwijzer (Pedoman Adat)* yang termuat di dalam *Adatrechtbundel I* (Van Vollenhoven 1910: 16-20). Total 45 bundels (kumpulan tulisan) tentang hukum adat telah dipublikasikan. Di dalamnya 'hukum adat yang berlaku' di setiap lingkaran hukum didokumentasikan. Di samping itu, karya Van Vollenhoven dalam tiga jilid berjudul '*Het adatrecht van Nederlands-Indië*' (*Hukum Adat Hindia Belanda*, 1918, 1931, 1933) merupakan sinopsis luar biasa di dalamnya hukum adat dikategorisasikan berdasarkan wilayah (Bagian I) dan tematik (Bagian II). Kumpulan tulisan lainnya disusun berdasarkan tematik ialah "*Pandecten van het adatrecht*" (Pandekten Hukum Adat, Van Vollenhoven 1914-1936).
- 8 Perhatian besar dan luas dari Van Vollenhoven atas bidang kajian hukum internasional, hukum nasional dan hukum lokal termanifestasi pada fakta bahwa di hari yang sama, 13 Mei 1898, ia lulus dan menjadi doktor tidak saja untuk bidang ilmu hukum melainkan juga untuk bidang kajian ilmu politik. Disertasinya yang kedua berjudul: '*Omtrek en inhoud van het internationale recht*' ('Lingkup dan Isi Hukum Internasional').
- 9 Pada 1910, Van Vollenhoven menuliskan pandangannya itu di dalam jurnal '*De Gids*'. Ia mengajukan argumen perlu adanya 'suatu otoritas memaksa yang berkedudukan di atas Negara-negara, (...) hakim internasional (...), kekuatan militer dunia (...)' Ia mengajukan pandangan agar Belanda mengambil peran sebagai pembuka jalan, dalam hal menyediakan angkatan bersenjata sebagai bagian dari ikhtiar membentuk kekuatan kepolisian tingkat dunia. Pandangan tersebut ia ajukan secara tertulis maupun lisan dalam Kongres Dunia 1913. Tat kala Perang Dunia I berakhir di awal 1918, Van Vollenhoven menyelenggarakan kursus di hadapan *Volkuniversiteit* (setara dengan universitas terbuka sekarang ini) dengan judul "*Drie treden van het Volkenrecht*" (Tiga Tangga Hukum Kebangsaan), usulan provokatif bagi terbentuknya sistem hukum internasional yang kuat (De Beaufort 1954: 85-97).

Mengikuti jejak langkahnya, maka di Leiden dikembangkan sejumlah bidang kajian untuk hukum non-Barat.<sup>10</sup> Sebab itu pula tidak mengherankan bahwa lembaga kita ini untuk menghormatinya diberi nama *Van Vollenhoven Instituut*.<sup>11</sup> Juga dengan ini dapat diterangkan kenyataan bahwa bidang kajian 'hukum dan pemerintahan di negara-negara berkembang', untuk mana saya menerima pengangkatan sebagai guru besar, tidak begitu saja diturunkan dari langit. Hukum dan pemerintahan (*bestuur*) tidak dapat dipandang terlepas satu dari lainnya.<sup>12</sup> Namun, dalam bidang kajian yang saya bina sebagai guru besar tentunya hukum akan dikedepankan. Oleh karena itu, sekarang ini<sup>13</sup> saya hendak berbicara tentang hukum di negara-negara berkembang.

Kebanyakan dari negara-negara berkembang memperoleh kemerdekaan mereka setelah dekolonisasi Asia dan Afrika pasca-

- 10 Di antara mereka yang mengisi jabatan tersebut ialah F.D. Holleman (Hukum Adat Hindia Belanda Timur), J.E. Jonkers (Hukum Pidana Hindia Belanda), R.D. Kollewijn (Hukum Antargolongan), F. M. Baron van Asbeck (Hukum Tata Negara Hindia Belanda), J.H.A. Logemann (Hukum Tata Negara dan Hukum Administratif Hindia Belanda, Surinam dan Curaçao), M.H. van der Valk (Hukum Cina), V. E. Korn (Hukum Adat), J. Keuning dan J.F. Holleman (Hukum Internasional dan Perkembangan Hukum di Masyarakat Non-Barat), E.A.B. van Rouveroy (Negara Dan Hukum di Afrika).
- 11 *The Van Vollenhoven Institute for Law, Governance and Development in Non-Western Societies* atas usulan penulis mendapatkan namanya sekarang ini pada 1989. Untuk pertama kalinya lembaga ini didirikan pada 1978 sebagai pusat studi untuk hukum di Asia Tenggara dan Karibia (*Dutch Research Centre for Law in Southeast Asia and the Caribbean* (NORZOAC) sebagai kerja sama antara Universitas Leiden dengan KITLV (*Royal Institute of Linguistics and Anthropology*). Selanjutnya pihak universitas menambahkan *Documentatiebureau voor Overzees Recht* (*Documentation Office for Overseas Law*) yang terdiri dari satu orang pengajar dan satu sekretaris paruh waktu. KITLV menyumbangkan koleksi buku-buku dari *Adatrechtstichting* (Yayasan Hukum Adat) yang jatuh ketangannya setelah yayasan ini dilikuidasi pada 1974.
- 12 Di negara-negara modern, hukum dimengerti baik dalam kerangka formal yang melandasi pengaturan oleh pemerintah dan sekaligus menjadi instrumen kebijakan yang utama dari pemerintah. Sistem hukum yang berfungsi baik mengasumsikan adanya pemerintahan yang berkuasa dengan ragam kewenangan dalam hukum publik serta kewajiban-kewajiban yang terkait dengannya, hal mana juga diperlukan dalam rangka penegakan hukum perdata. Dalam studi tentang negara-negara berkembang perkaitan antara hukum dengan administrasi (pemerintahan) kerap diabaikan. Di Amerika Serikat dapat kita temukan tumbuh kembangnya tradisi penelitian yang terpisah antara kedua topik di atas. Karya-karya Robert & Ann Seidman (1978, 1994, 2001) merupakan satu pengecualian dalam tradisi tersebut. Di samping itu, meningkatnya perhatian pada kelembagaan hukum (*legal institutions*) muncul pula di dalam penelitian-penelitian ilmiah yang dikembangkan dalam kerangka kerja sama internasional. Ilustrasi dari yang disebut terakhir ialah Jayasuriya (1999). Lembaga penelitian Van Vollenhoven juga sudah sejak 1991 berkiprah di bidang penelitian tersebut di atas.
- 13 Tanggal disampaikannya orasi ini tepat dua belas tahun enam bulan setelah tanggal penulis mempertahankan disertasinya dalam bidang administrasi publik di tempat yang sama.

Perang Dunia II.<sup>14</sup> Pada 1900 terdapat adanya 48 negara, namun setelah proses dekolonisasi serentak jumlahnya bertambah dengan kurang lebih 150 negara baru, masing-masing dengan sistem hukum nasionalnya sendiri.<sup>15</sup> Sekalipun 4/5 dari keseluruhan penduduk dunia hidup di negara-negara berkembang,<sup>16</sup> kenyataan menunjukkan pula bahwa ilmu hukum kita (Belanda dan Eropa) umumnya kurang memberi perhatian terhadap sistem hukum negara-negara berkembang tersebut.<sup>17</sup>

Padahal bagi dunia barat bukannya tidak penting untuk mencari tahu bagaimana rupa dan bekerjanya sistem hukum negara-negara berkembang itu. Pengetahuan tersebut akan sangat berperan tatkala kita dihadapkan pada persoalan permintaan suaka dan juga bagi (perkembangan) putusan peradilan nasional di dalam masyarakat multikultural Belanda.<sup>18</sup> Lagipula dunia usaha kita sangat tertarik

- 14 Tentunya hal ini tidak berlaku untuk semua negara berkembang. Sejumlah negara-negara Amerika Latin sudah mendeklarasikan kemerdekaan mereka pada paruh pertama abad ke-19. Beberapa negara di Asia, seperti Cina, Jepang dan Thailand tidak pernah mengalami kolonisasi oleh negara-negara Eropa. Beberapa negara lain (seperti misalnya Mesir) yang kurang lebih mengalami kolonisasi sudah mendapatkan kemerdekaan mereka sebelum berakhirnya Perang Dunia II. Meskipun demikian, kebanyakan negara berkembang mendapat kemerdekaan setelah tuntasnya perang tersebut. Patut disebut ialah tahun 1960, saat tercatat munculnya 17 negara baru.
- 15 Tampaknya sulit untuk memastikan berapa jumlah negara berkembang. Daftar resmi yang disusun oleh *the Development Assistance Committee of the Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) pada Januari 2000 memuat sebagian negara yang secara tradisional tergolong negara berkembang yang akan menerima bantuan resmi dana pembangunan (*official development aid*), namun daftar tersebut juga memuat nama satu negara Eropa Timur yang sudah jauh lebih berkembang dan negara-negara berkembang lainnya yang berhak mendapatkan bantuan resmi (*official aid*). Ada total 187 negara penerima bantuan, di antaranya (152) dapat kita kategorikan sebagai negara berkembang tradisional, yaitu berdasarkan nilai yang mereka peroleh atas dasar perhitungan sejumlah indikator pembangunan. 35 negara lainnya sekarang ini dinamakan negara transisional (*transition countries*). Indikator pembangunan negara-negara tersebut menyamai negara-negara maju (<http://www.oecd.int/dac/indicators>). Arnold (1994: 178-194) menyimpulkan adanya 157 negara berkembang yang tersebar di beberapa wilayah sebagai berikut: Asia: 43; Timur Tengah: 16; Afrika: 55; Amerika Latin dan Karibia: 39; Eropa: 4.
- 16 Menurut *the World Bank Development Indicator* tahun 1997, dari total jumlah penduduk dunia sejumlah 5.673 miliar pada 1995, sekitar 4.771 miliar tinggal di Negara-negara dengan pendapatan bawah-menengah; seluruhnya 84% (World Bank 1997: 36).
- 17 Ilmu hukum (*legal science*) umumnya merupakan cabang ilmu yang lebih introvert (melihat ke dalam) dibanding disiplin ilmu lainnya. Ini antara lain karena kerap membatasi diri sendiri hanya pada yurisdiksi suatu negara, warga negara tertentu dan lingkup bahasa tertentu saja. Pengecualian adalah pada studi hukum internasional dan dari hukum asing dalam perbandingan hukum. Dalam bidang kajian perbandingan hukum di Belanda fokusnya terutama pada perbandingan antara sistem hukum Eropa dengan hukum Amerika Utara. Hal ini nyata antara lain dari terbitan *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* (*Dutch Comparative Law Association*)
- 18 Selama penilaian atau evaluasi permohonan suaka, maka persoalan tentang aspek status hukum dari pemohon akan selalu muncul. Pengadilan Belanda kerap dihadapkan pada persoalan-persoalan hukum keluarga dari masyarakat negara-

pada *emerging markets*, yang direpresentasikan negara-negara berkembang dan artinya terhadap sistem hukum nasional negara-negara itu.<sup>19</sup> Bahkan juga dalam urusan hubungan luar negeri kita akan selalu bersinggungan dengan hukum negara-negara berkembang: dalam perundingan multilateral dalam konteks WTO, dalam urusan pengembangan kebijakan hak asasi, kebijakan lingkungan dan dalam pengelolaan kerja sama bantuan luarnegeri.<sup>20</sup> Bahkan juga kebanyakan negara-negara donor, di bawah kepemimpinan Bank Dunia, dalam waktu 10 tahun kebelakang dalam konteks pengembangan tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*) telah memprioritaskan penguatan (fungsi dan peran) hukum di negara-negara berkembang.<sup>21</sup>

## 2. Hukum di negara-negara berkembang

Pada umumnya hukum di negara-negara berkembang secara historis terbentuk oleh empat lapisan.<sup>22</sup> Lapisan terdalam terdiri dari aturan-aturan kebiasaan yang diakui (sebagai hukum oleh masyarakat yang bersangkutan), di atasnya ialah lapisan aturan-aturan keagamaan yang diakui, kemudian aturan-aturan hukum dari negara kolonial dan lapisan paling atas ialah hukum nasional modern yang terus berkembang.<sup>23</sup> Sejak beberapa puluh tahun ke belakang kemudian

---

negara berkembang – di antaranya mereka yang menganut kepercayaan Hindu atau Islam – dan dalam kasus-kasus hukum pidana dengan ihwal ‘pembelaan atas dasar budaya’ (*cultural defence*). Pengetahuan tentang hukum di negara-negara Islam juga secara sistematis telah dikumpulkan di Belanda oleh *Vereniging tot Bestudering van het Recht van de Islam en het Midden Oosten (Association for the Study of Islamic Law and the Law in the Middle East/RIMO)* yang telah mempublikasikan koleksi artikel dari simposium tahunan sejak 1984.

19 Untuk beberapa negara berkembang yang dianggap penting telah dipublikasikan dan tersedia panduan yuridis: ‘*How to do business in ...*’. Sebagai ilustrasi Kluwer pada tahun 80-an menerbitkan satu serial bertajuk ‘*fiscale en juridische documentatie voor het internationaal zakendoen*’ (dokumentasi yuridis dan fiskal/perpajakan untuk kepentingan berbisnis di tataran internasional). Kantor Layanan Informasi Ekonomi Belanda (*Economisch Voorlichtingsdienst/EVD*) menerbitkan kertas-kertas kerja (*working papers*) tentang, antara lain, berbisnis melalui Uni Eropa, Bank Dunia, dan Inter-American Development Bank. Menurut penelitian skala besar yang dilakukan Ernst & Young (1994) perihal tingkat investasi korporasi di pasar negara-negara berkembang (*emerging markets*) ketidakpastian tentang hukum yang berlaku dan penerapannya dipandang sebagai salah satu dari tiga hambatan (Ernst & Young 1994: 3).

20 Contoh dari apa yang disebut di atas, antara lain, ialah putaran perundingan WTO: Cassela (1997), Li (1998); Human Rights Policy: Hingorani (1984); Environmental Law: Magraw (1990); Development Co-operation: Faundez (1997).

21 Lihat World Bank 1995; Seidman et al. (eds.) 1999; Faundez 1997.

22 Model empat lapisan (sistem hukum) telah diulas dan dianotasi secara kritis dalam Otto (1991).

23 Berkenaan dengan dua lapisan terdalam kita dapat secara tegas berbicara tentang aturan, namun berkenaan dengan persoalan apakah kita betul dapat berbicara tentang

ditambahkan lapisan kelima, yaitu hukum internasional. Bagaimana hubungan dan pencampuran antara lapisan-lapisan di atas berbeda dari satu negara ke negara lain, untuk tiap wilayah hukum, dan dalam konteks waktu. Namun demikian, terlepas dari bagaimana hukum terbentuk di negara berkembang, kendala utama yang sertamerta muncul ialah kenyataan bahwa hukum demikian di dalam praktiknya tidak berfungsi (sebagaimana mestinya).<sup>24</sup>

Tidak berfungsinya hukum sebagaimana mestinya di dalam praktik merupakan masalah serius, baik bagi rakyat biasa maupun penguasa. Kebanyakan orang di negara-negara berkembang dalam kehidupan sehari-hari harus menghadapi kekuatiran dan ketidakpastian tentang apa yang mereka alami maupun yang masih akan mereka hadapi. Kekuatiran dan ketidakpastian ini berkenaan dengan jaminan keamanan dan keberlanjutan sumber penghidupan, perlindungan keamanan hartabenda, tanah, rumah dan keluarga dari diri mereka. Hukum di sana tidak (mampu) berfungsi sebagai jaring pengaman yang dapat diandalkan jika keadaan darurat muncul.<sup>25</sup>

Bagi pihak penguasa ketiadaan sistem hukum yang efektif merupakan kendala utama bagi pengembangan dan pelaksanaan kebijakan pembangunan yang dicanangkan.<sup>26</sup> Kegagalan fungsi hukum menjadi penghalang utama yang menghambat keberhasilan pelaksanaan dan pencapaian tujuan kebijakan pembangunan. Hukum lagipula terbukti mutlak diperlukan untuk memastikan keberhasilan hampir semua program-program pembangunan terpenting: keamanan, pertumbuhan ekonomi, pemerataan, demokratisasi, pengelolaan

---

'rule of law' (aturan hukum yang berkuasa), akan ditemukan perbedaan pandangan. Penulis sendiri berkecenderungan untuk mencadangkan pengertian aturan hukum hanya untuk aturan-aturan yang diterbitkan, dinegosiasikan atau diakui oleh, atau untuk dan atas nama negara, berdasarkan peraturan (proses pembentukan) yang telah ditetapkan terlebih dahulu, dan yang penaatannya pada instansi terakhir dapat dipaksakan oleh aparat negara. Bilamana negara mengakui 'hukum Islam' atau 'hukum adat' dalam artian umum, melalui hukum (negara) atau yurisprudensi, pertanyaan yang muncul ialah aturan manakah (di antara kedua aturan berbeda itu) yang *in concreto* dianggap sebagai hukum yang berlaku.

24 Dalam teorinya tentang masyarakat prismatic (*prismatic society*), Riggs (1964: 15-19) menyebut kesenjangan antara apa yang secara resmi ditetapkan (sebagai hukum) dan apa yang dalam kenyataan dipraktikkan sebagai karakteristik yang segera tampak dari masyarakat yang berada dalam tahapan peralihan atau diantara tradisional dengan modern. Kebanyakan penelitian sosio-legal maupun antropologi hukum di negara-negara berkembang menguatkan hipotesis Riggs di atas.

25 Satu masalah penting dalam hukum di negara-negara berkembang ialah fakta bahwa struktur tradisional tidak lagi mampu berfungsi sebagai jaring pengaman sosial yang handal. Konsekuensi situasi ini dalam hal hukum keluarga telah digambarkan dengan sangat baik oleh Mtengeti-Migiro (1991).

26 Untuk definisi '*development*' (pembangunan) dan keterkaitan antara '*development*' dengan hukum, lihat Otto (1999: 18-19).



lingkungan. Tiap perbincangan tentang dan perumusan kebijakan pada akhirnya akan berujung pada himbauan, bahkan tuntutan dikembangkannya mekanisme dan struktur formal yang baru. Bila itu semua ternyata kemudian tidak berfungsi, maka apa yang terjadi ialah kita bertitik tolak dari posisi yang sangat tidak menguntungkan dan pada akhirnya kita hanya melanggengkan ketertinggalan.<sup>27</sup>

Alasan tidak efektifnya hukum memiliki sebab-sebab yuridis dan nonyuridis. Para praktisi atau pengemban hukum di negara-negara berkembang, mengingat adanya ketidak-lengkapan sumber-sumber hukum, acap mengalami kesulitan mencari dan menemukan aturan hukum mana yang seharusnya berlaku dalam suatu situasi konkrit. Lebih lagi mereka juga mengalami kesulitan memastikan bagaimana semua aturan yang tersedia dan ditemukan yang ada seharusnya ditafsirkan dan dimaknai.<sup>28</sup> Singkat kata, ada ketidakpastian tentang apa yang seharusnya menjadi hukum, tidak ada kepastian hukum dalam arti formil-yuridis.<sup>29</sup> Kendati begitu, sekalipun kepastian hukum demikian ternyata ada, maka kepastian hukum yang muncul kerap kali hanyalah berupa kepastian hukum yuridis atau teoretikal belaka. Karena di dalam praktik, baik instansi pemerintahan maupun para

27 Sekalipun dalam banyak situasi hukum kerap tidak berfungsi dengan baik, tidak seorangpun akan menyangkal atau membantah bahwa struktur hukum yang paling mendasar akan diperlukan bahkan niscaya. Evaluasi atas program-program pembangunan sektoral sering berakhir pada kesimpulan bahwa sistem hukum harus diperbaiki dan/atau diperbaharui.

28 Kurangnya sumber-sumber hukum yang tersedia berkaitan tidak saja dengan muatan isinya melainkan juga dengan kemudahan mendapatkannya atau keterjangkauannya oleh pencari keadilan. Kualitas hukum dan pengadilan di banyak negara (berkembang) harus diakui berada di bawah standar, hal mana akan diulas lebih rinci dalam paragraf 4 tulisan ini. Aksesabilitas, berkaitan dengan penyediaan informasi hukum merupakan satu persoalan tersendiri yang patut diberi perhatian lebih. Untuk analisis dari makna penting dan kekurangan dalam penyediaan informasi yuridis di Indonesia periksa lebih lanjut: Gray (1991) dan Churchill (1992). Penulis yang disebut terakhir mengulas pentingnya keterjangkauan dan ketersediaan informasi yuridis (hukum) dalam rangka penciptaan kepastian hukum.

29 Di dalam kamus hukum dari Fockema Andreae (*Rechtsgeleerd Handwoordenboek*, Algra & Gokkel 1981: 511) kepastian hukum didefinisikan sebagai: 'keyakinan yang (seyogianya) dimiliki anggota masyarakat bahwa pemerintah akan memperlakukan dirinya berlandaskan pada aturan-aturan hukum yang berlaku dan tidak secara sewenang-wenang, tanpa membedakan (sejauh memungkinkan), kepastian tentang substansi dari aturan (muatan isi dan bagaimana aturan dimaknai dalam praktik). Dalam kalimat terakhir ini, kepastian hukum (*legal certainty*) merupakan satu persyaratan bagi pemberlakuan/penerapan hukum'. Di dalam diskursus hukum, konsep *legal certainty* acap dimaknai sebagai prinsip bahwa warga pencari keadilan boleh berharap dan yakin bahwa peraturan hukum akan diterapkan dan diinterpretasikan dengan cara yang terduga sebelumnya. Prinsip ini kemudian memunculkan norma hukum yang tertuju secara langsung pada abdi negara (pegawai negeri). Namun demikian, di sini, penulis akan membatasi pengertian tersebut hanya pada bagian pertama dari definisi di atas: kepastian atau keyakinan faktual yang (selayaknya) dimiliki anggota masyarakat.



pihak belum tentu betul tunduk dan taat terhadap hukum. Kadang bahkan dapat dikatakan bahwa penataan pada hukum jarang atau sama sekali tidak terjadi. Antara perundang-undangan dengan kenyataan kita temukan adanya jurang yang lebar. Dengan kata lain, hanya ada sedikit 'kepastian hukum yang nyata' (*real legal certainty*).<sup>30</sup>

Kepastian hukum nyata sesungguhnya mencakup pengertian kepastian hukum yuridis, namun sekaligus lebih dari itu. Saya mendefinisikannya sebagai kemungkinan<sup>31</sup> bahwa dalam situasi tertentu:

- tersedia aturan-aturan hukum yang jelas, konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*), diterbitkan oleh atau diakui karena (kekuasaan) negara;<sup>32</sup>
- bahwa instansi-instansi pemerintah menerapkan aturan-aturan hukum itu secara konsisten dan juga tunduk dan taat terhadapnya;<sup>33</sup>
- bahwa pada prinsipnya bagian terbesar atau mayoritas dari warga-negara menyetujui muatan isi dan karena itu menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan-aturan tersebut;<sup>34</sup>
- bahwa hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpihak (*independent and impartial judges*) menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa

30 Istilah atau pengertian '*real legal certainty*' (kepastian hukum nyata) sepanjang yang saya ketahui belum pernah dipergunakan siapapun juga sebelumnya. Makna dari konsep ini kurang lebih mendekati apa yang penulis-penulis lain sebut sebagai '*rule of law*' atau '*rechtsstaat*' (negara hukum; negara yang berlandaskan *rule of law*). Sebagai contoh: Shihata 1999: xviii. Namun demikian pengertian yang pertama disebut lebih terfokus pada negara karena tataran analisisnya adalah negara. Sedangkan konsep kepastian hukum nyata terutama difokuskan pada situasi individual konkrit.

31 Dengan ini saya mengikuti pandangan sosiolog Max Weber yang mendefinisikan pengertian-pengertian abstrak seperti 'hubungan sosial' (*social relations*) dan 'kekuasaan' (*power*) atas dasar konsep 'kemungkinan' (*chance*).

32 Saya menggunakan istilah negara (*state*) dalam dua pengertian. Pertama dalam konteks masyarakat (1) dengan atau mencakup hubungan-hubungan kekuasaan, (2) di dalam mana sekelompok manusia bertempat tinggal dalam wilayah tertentu, (3) dengan mengikuti aturan-aturan perilaku yang bersifat umum dan tetap, (4) di bawah kendali pemerintahan, (5) yang menjalankan otoritas domestik (memiliki kuasa untuk mengatur) orang dan benda, dan (6) melaksanakan hubungan-hubungan internasional dengan masyarakat (negara) lainnya. Kedua, konsep negara dimengerti dalam konteks otoritas (*authority*) dan kelembagaan (*institutions*) yang tercipta dan dilengkapi dengan kemampuan atau kewenangan (*competences*) membuat dan melaksanakan keputusan-keputusan atas nama masyarakat tersebut.

33 Konsep ini menjadi titik tolak dari pengertian negara konstitusional sebagai negara di dalam mana organ-organnya serta lembaga-lembaga pemegang kekuasaan dibatasi kiprahnya oleh hukum. Konsep ini dapat dilawankan dengan '*power state*' (negara dilandaskan kekuasaan semata).

34 Konsep ini mengaitkan hukum, legitimasi, dan komunitas. Pada prinsipnya hal ini meniscayakan penerimaan negara hukum (keberlakuan aturan hukum) oleh mayoritas penduduk. Pengembangan lebih lanjut dan penerapan dari kriteria ini kiranya kita harus menyadari perbedaan antara 'norma ideal' dengan 'norma dalam praktiknya'.

- hukum yang dibawa kehadapan mereka;<sup>35</sup>
- bahwa keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan.<sup>36</sup>

Semakin baik suatu negara hukum berfungsi, maka semakin tinggi tingkat kepastian hukum nyata. Sebaliknya bila suatu negara tidak memiliki sistem hukum yang berfungsi secara otonom,<sup>37</sup> maka kecil pula tingkat kepastian hukum. Terlepas dari negara (berkembang) manapun yang menjadi fokus kajian, kita akan segera kembali berhadapan dengan pertanyaan pokok seperti: sejauh mana atau pada tingkat apa kita dapat menemukan kepastian hukum nyata? Faktor-faktor yuridis dan non-yuridis apakah yang menentukan hal ini? dan apa yang dapat kita lakukan untuk memperbesar tingkat kepastian hukum nyata demikian?

Di sini dapat dikatakan bahwa tingkat kepastian hukum nyata hampir selalu dapat digambarkan beranjak dari tiga jenis faktor. Pertama dari aturan-aturan hukum itu sendiri,<sup>38</sup> kedua dari instansi-instansi (kelembagaan/*institutions*)<sup>39</sup> yang membentuk dan memberlakukan serta menerapkan hukum dan yang bersama-sama dengan hukum membentuk sistem hukum, dan ketiga dari lingkungan sosial yang

35 Konsep ini dikenal dengan nama 'kemandirian yudisial' (*judicial independence*) dapat diuji dengan dua kriteria, pertama pengujian dalam wujud konsistensi dari putusan-putusan hakim (pengadilan). Kedua, pengujian sosio-legal berkenaan dengan bagaimana hakim menafsirkan hukum serta metode kerja yang digunakannya. Contoh baik dari pengujian ganda demikian muncul dalam disertasi doctoral Bedner (2000).

36 Konsep ini dicakupkan sebagai unsur 'kepastian hukum nyata' setelah penulis melakukan ragam penelitian di beberapa negara berbeda, termasuk ke dalamnya Cina, Indonesia dan Tanzania. Temuan yang muncul ialah kerap persoalan bagaimana putusan pengadilan justru tidak dieksekusi namun dikesampingkan begitu saja.

37 Dengan istilah sistem hukum saya maksudkan sekumpulan aturan-aturan hukum, aktor-aktor mana di dalamnya bertindak dalam lingkup sosial mereka. Di samping individu, juga lembaga merupakan aktor penting dalam sistem hukum. Dalam pustaka berbahasa Inggris kita biasa berbicara tentang '*legal institutions*'. Saya sendiri menggunakan istilah '*rechtsinstellingen*'. Otonomi dari satu sistem hukum berkenaan dengan kebebasan atau kemandirian kelembagaan hukum demikian untuk membuat, memproses, memberlakukan dan menyampaikan informasi hukum. Melalui interaksi dan komunikasi yang terjalin antara ragam aktor, maka seolah-olah satu sistem hukum akan berfungsi sebagai mesin yang berjalan otomatis yang membentuk, mengembangkan, mengumumkan, memberlakukan, menegakkan, mengajarkan, meneliti, mengevaluasi dan memperbaharui norma-norma hukum.

38 Di kebanyakan negara berkembang pengaruh dari kekuatan-kekuatan sosial-kemasyarakatan dan politik acap mengakibatkan ketidakpastian dan inkonsistensi berkenaan dengan pemaknaan (termasuk pemberlakuan dan penegakan) aturan-aturan hukum. Lebih jauh lagi, lembaga-lembaga (kelembagaan) hukum kerap tidak memiliki keahlian maupun sumberdaya cukup untuk mengonstruksikan sistem hukum yang konsisten dan terjangkau oleh masyarakat.

39 Di dalam pidato inagurasi ini, istilah Belanda '*instelling*' diprioritaskan daripada '*institute*'. Istilah '*institute*' sekarang ini dipergunakan dalam studi *institutional economy*, administrasi publik dan sosiologi-organisasi dalam pelbagai makna. Istilah '*instelling*' sebaliknya hanya merujuk pada pengertian 'organisasi' (kelembagaan atau lembaga).

lebih luas: faktor-faktor politik, ekonomi dan sosial-budaya.<sup>40</sup> Sebab itu pula kajian-kajian (hukum) yang biasa kita lakukan, entah mengenai pengaturan tata guna air atau kebebasan pers, mencakup tiga lapis analisis: yuridis, ilmu (administrasi) pemerintahan (*bestuurkundige*), dan analisis ilmu-ilmu sosial yang lebih luas.

Untuk analisis demikian terhadap bekerjanya secara praktikal hukum (*actual functioning*), maka pertama-tama dibutuhkan pengetahuan hukum. Selanjutnya juga perlu diketahui (atau dikuasai) bahasa dan budaya negara yang bersangkutan,<sup>41</sup> termasuk juga konsep-konsep dan metodologi dari sosiologi dan antropologi hukum.<sup>42</sup> Kemudian untuk kepentingan menelaah bagaimana tepatnya pranata atau kelembagaan hukum berfungsi disyaratkan pula penguasaan atas ilmu pemerintahan (*public administration*)<sup>43</sup> dan ilmu politik (*political science*).<sup>44</sup>

Sebab itu pula saya sependapat dengan pandangan Logemann. Ia dalam orasinya yang disampaikan pada 1947 sudah menegaskan bahwa

40 Faktor-faktor tersebut umumnya dirangkum sebagai kata kumpulan '*environment*' (lingkungan) atau '*context*' (konteks) dari hukum. Dalam disiplin ilmu administrasi publik dari negara-negara berkembang, banyak perhatian sistematik diberikan pada faktor-faktor kontekstual, antara lain, seperti yang dilakukan Riggs (1964) dalam bukunya '*Ecology of Administration*' dan Esman (1991) dalam karyanya '*Institution Building Universe*'.

41 '*Language and Culture*' (*Taal en cultuur*) adalah istilah yang dipergunakan Fakultas Sastra di Universitas Leiden untuk merujuk semua bidang kajian non-Barat. Tumbuh kembangnya kajian hukum adat dan aliran pemikiran tentang ini di Leiden dilandaskan pada penelaahan berlanjut terhadap hukum dan bahasa serta budaya.

42 Kebanyakan pustaka (bidang kajian) sosiologi hukum menyoal hukum dan masyarakat di negara-negara Barat. Sebaliknya antropologi hukum justru terfokus pada masyarakat di negara-negara non-Barat. Disiplin ilmu ini sejak lama dikarakteristikkan oleh perhatian pada masyarakat skala kecil (di-) pedesaan dan persoalan-persoalan seperti '*pluralisme hukum*'. Kendati demikian, sejauh dan sepanjang studi tentang hukum di negara berkembang terfokus terutama pada lembaga-lembaga negara (pranata hukum formal) dan bagaimana sistem hukum bekerja di luar konteks masyarakat skala kecil, maka yang digunakan sebagai titik tolak ialah konsep-konsep serta teori-teori yang berkembang dalam ranah sosiologi hukum. Sekalipun sebenarnya konsep serta teori demikian awal mulanya dikembangkan untuk menelaah masyarakat di Barat.

43 Di sini saya secara khusus berpikir tentang ilmu administrasi publik di negara-negara berkembang, atau ilmu administrasi pembangunan (*development administration*) yang setelah mengalami pertumbuhan pesat di era tahun 1920-an dan 1930-an sekarang ini kembali menjadi pusat perhatian. Sekadar karena alasan praktis, disiplin ilmu ini tidak memberi perhatian pada lembaga-lembaga hukum (*legal institutions*) (Riggs 1964: 57-60; Esman 1991: 19). Kekosongan perhatian ini hendak dijembatani dengan pengembangan studi hukum dan administrasi di negara-negara berkembang.

44 Di kebanyakan negara berkembang, pengaruh dan dampak politik terhadap berfungsinya sistem hukum sangatlah besar. Ini tidak saja berlaku bagi ihtiar perancangan peraturan perundang-undangan (legislasi) dan administrasi publik (penyelenggaraan pemerintahan), namun juga terhadap penyelenggaraan peradilan. Ini kiranya dapat menjelaskan mengapa para pemerhati dan pengamat asing terkemuka dari hukum di negara berkembang tertentu justru adalah sarjana ilmu politik, seperti Lev (Indonesia), Hill (Mesir), dan Potter (Cina).

untuk bidang kajian ini kita memerlukan bantuan dari pelbagai cabang ilmu pengetahuan.<sup>45</sup> Melakukan penelitian ilmu hukum yang multi-disipliner bukan pekerjaan ringan,<sup>46</sup> namun jelas akan sangat berguna (dan mencerahkan), lagipula mutlak perlu. Bahkan bagi peneliti yang niscaya memandang penting konteks sosial dari hukum di negara-negara berkembang, cara ini secara faktual merupakan satu-satunya pendekatan yang relevan.

Lantas apa yang kemudian kita bisa pelajari dari kajian terhadap hukum di negara-negara berkembang? Untuk kesempatan ini saya tidak akan memfokuskan diri pada satu negara atau wilayah hukum tertentu, namun akan mencoba menampilkan suatu sketsa, gambaran umum, dari perkembangan hukum di negara-negara tersebut. Sekalipun tiap negara pasti jauh berbeda satu sama lain, dengan melakukan perbandingan<sup>47</sup> kita dapat temukan adanya sejumlah pola dan kecenderungan-kecenderungan umum. Cerita yang akan digambarkan di bawah merupakan kilas balik kurang lebih lima puluh tahun kebelakang. Saya dengan sengaja memilih menempatkan cerita di masa lampau dan akan merupakan kisah tentang kemunculan hukum nasional, perlawanan terhadap kebangkitan hukum nasional, *impasse* (masa kemandekan), dan daya dorong (*impuls*) baru yang kemudian muncul. Saya akan mulai dengan awal lahir dan berkembangnya hukum nasional.

### 3. Hukum setelah kemerdekaan: Awal yang cepat

Penghujung masa kolonialisme pada paruh akhir abad ke-20 menandai awal dari perkembangan yang cepat dari banyak sistem hukum negara-

45 Baik Van Vollenhoven maupun Logemann dalam pidato pengukuhan mereka masing-masing sebagai guru besar secara panjang lebar menjelaskan ragam pendekatan ilmu lainnya yang diperlukan dalam kajian studi yang mereka bina. Tidak saja keduanya secara tegas mendukung digunakannya pendekatan sejarah hukum dan perbandingan hukum, namun mereka juga merekomendasikan pengamatan ilmiah (*scientific observation*) terhadap cara bagaimana norma-norma hukum dipraktikkan dalam kehidupan nyata. Singkat kata serupa dengan pendekatan yang dikembangkan dalam antropologi atau sosiologi (Lihat juga Logemann 1947: 7).

46 Satu pemilihan berguna dalam konteks ini adalah antara pendekatan internal-yuridis dengan kebalikannya eksternal-sosiologis. Pembahasan menarik tentang kontras antara kedua pendekatan tersebut dapat kita temukan dalam penelaahan Brouwer tentang pidato inagurasi (pengukuhan sebagai guru besar) yang disampaikan A.J.K.M. Strijbosch (1995). Brouwer menyatakan bahwa kedua perspektif tersebut pada prinsipnya (sekalipun) eksklusif satu terhadap lainnya, namun pada saat sama juga cocok satu sama lain (*compatible*), namun dengan syarat perbedaan tajam antara keduanya tetap dipertahankan.

47 Pola yang sama dapat ditengarai dalam ratusan publikasi tentang hukum di 'negara-negara berkembang' (*developing countries*) atau hukum di 'Dunia ketiga' (*Third World*). Untuk ulasan umum atas kepustakaan demikian, periksa bibliografi dari Tamanaha (1995b: 6)

negara di Asia-Afrika.<sup>48</sup> Pada waktu itu kebanyakan penduduk di negara-negara berkembang tersebut masih tinggal dan bermukim di pedalaman dan/atau pedesaan.<sup>49</sup> Sedangkan pada masa kolonial, kekuasaan langsung terhadap kehidupan mereka terwujudkan dalam pemerintahan kepala suku. Ia pula yang tatkala menghadapi sengketa di antara anggota masyarakatnya merujuk pada dan menerapkan norma-norma yang berlaku dalam perikehidupan masyarakat pribumi dan aturan-aturan tradisional.<sup>50</sup> Sebaliknya, di wilayah perkotaan di negara-negara berkembang tersebut kita temukan pelapisan dan pemisahan sosial-ekonomi khas pemerintahan masa kolonial. Hal mana juga berpengaruh terhadap struktur dualistik hukum keperdataan: hukum Barat untuk masyarakat golongan Eropa dan 'hukum yang dilandaskan pada adat-istiadat setempat' bagi masyarakat selebihnya.<sup>51</sup> Tatkala kekuasaan kolonial berhasil dihapuskan dan kemudian muncul kebutuhan untuk membentuk stelsel hukum baru, maka terlihat pula ada silang pendapat dan ketegangan di kalangan elite nasional baru yang kemudian muncul.<sup>52</sup>

Beberapa dari mereka berkehendak agar hukum modern, sekuler yang semula hanya berlaku bagi golongan Eropa sekarang diberlakukan saja bagi semua. Lainnya lagi berpendapat bahwa justru

48 Tidak termasuk ke dalamnya ialah negara-negara yang tidak pernah dikolonisasi (dijajah) seperti Cina, Turki dan Thailand. Bahkan juga tidak mencakup negara-negara yang sudah merdeka sebelumnya seperti negara-negara di Amerika Latin. Namun bagian terbesar dari kisah yang saya sampaikan berlaku *mutatis mutandis* bagi negara-negara itu pula.

49 Prosentase dari penduduk yang bermukim di pedesaan pada 1950-an adalah 85,4% (Afrika); 84,7% (Asia); 58,6% (Amerika Latin). Pada 1995 angka-angka tersebut berubah jauh menjadi 65,1% (Afrika); 67% (Asia) dan 26,6% (Amerika Latin) (O'Meara 1999: 136).

50 Norma-norma tersebut berubah sewaktu zaman kolonial. Pertama karena penguasa kolonial hanya mengakui keberadaan sejumlah kecil lembaga-lembaga dalam hukum kebiasaan (adat) seperti kepala suku (ketua adat) sebagai pihak yang menyelesaikan sengketa. Kedua, karena adanya fakta bahwa di kebanyakan koloni dibuka peluang untuk mengajukan banding terhadap putusan kepala suku atau ketua adat ke hadapan pengadilan (*court of law*). Badan-badan peradilan ini hanya akan menerapkan hukum kebiasaan (masyarakat tradisional atau hukum adat) jika hukum demikian tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum yang diterima dan diakui keberlakuannya secara umum oleh masyarakat. Di samping itu, hakim-hakim di pengadilan demikian tidak memiliki pemahaman cukup dan dalam perihal hukum kebiasaan (adat) tersebut sehingga para pihak dapat menggunakan aturan dalam hukum kebiasaan dengan cara yang paling sesuai dengan keyakinan hukum mereka (Mommsen & De Moor 1992; Allott 1980).

51 Untuk pembahasan tentang dualisme kolonial di pelbagai negara di Asia-Afrika, lihat Mommsen & De Moor (1992).

52 Tentang kejatuhan elite pada tahapan ini, lihat Allott (1980: 195) dan Heady (1996: 297-298). Contoh dari tegangan seperti ini yang kemudian terejewantahkan dibahas di dalam Otto (1995).

hukum adat atau hukum agama-lah yang seharusnya dikembangkan menjadi hukum nasional. Segolongan hendak mendirikan negara kesatuan dengan (dukungan) stelsel unifikasi hukum. Sedang yang lainnya justru ingin adanya pengakuan atas keragaman dan otonomi daerah. Beberapa menginginkan dikembangkannya stelsel hukum sosialistik meniru model Uni Soviet, yang membuka kemungkinan bagi campurtangan negara (dalam kehidupan ekonomi-sosial-politik) dan konsentrasi kepemilikan modal pada Negara dan Kooperasi, sedangkan lainnya lagi justru hendak meniru model barat yang menjamin hak milik pribadi dan kebebasan berkontrak. Berhadapan dengan silang pendapat yang sengit tersebut sulit untuk mencapai konsensus terutama karena masyarakat negara-negara berkembang, juga setelah sistem dualistik dihapuskan, masih tetap sangat heterogen.<sup>53</sup> Baik kalangan elite maupun masyarakat terpecah-pecah berdasarkan garis pembatas tajam berupa kesukuan, tingkat perekonomian maupun kecondongan paham politik. Artinya masing-masing kelompok masyarakat tersebut memiliki dan memelihara acuan norma yang jauh berbeda-beda.<sup>54</sup> Lebih jauh lagi, mayoritas dari masyarakat negara-negara berkembang 50 tahun yang lalu setidaknya-tidaknya merupakan masyarakat pedesaan (rural), tradisional, miskin dan buta huruf.

Pada akhirnya elite politik memotong simpul-simpul masalah, membuat kompromi-kompromi, dan mengumandangkan undang-undang dasar yang merumuskan hubungan baru antara warga dan lembaga-lembaga negara.<sup>55</sup> Pilihan yang dibuat acap kali tertuju pada pengembangan hukum modern, sekuler, yang mengambil model

53 'Heterogenitas' dirangkum oleh Riggs (1964) sebagai salah satu dari tiga karakteristik utama dari model masyarakat prismatic yang dirancang khusus untuk mempelajari negara-negara berkembang. Dikatakan secara sederhana, istilah ini ia maknai dalam artian sejauh mana ciri-ciri modern dan tradisional dari struktur sosial tercampur satu sama lain. Kumpulan warna dari ragam kelompok etnis yang mencirikan banyak negara berkembang didefinisikan Riggs sebagai '*polycommunalism*'. Baik heterogenitas (keberagaman) maupun poli-komunalisme menghambat tercapainya konsensus perihal bagaimana membentuk dan wujud dari hukum nasional seharusnya.

54 Istilah '*polynormativism*' merupakan istilah yang paling tepat untuk menggambarkan situasi dan kondisi yang ada dan berlakunya secara berdampingan ragam norma dan sistem norma pada saat (dan di wilayah) yang sama. Sedangkan istilah 'pluralisme hukum' (*legal pluralism*) yang juga digunakan dalam konteks ini pada intinya secara tidak langsung mengaitkan predikat 'hukum' (*law*) pada sejumlah norma-norma sosial yang sebenarnya tidak umum dipandang sebagai norma hukum. Menurut hemat saya inilah satu kelemahan utama yang muncul dari penggunaan istilah ini.

55 Hampir semua konstitusi (undang-undang dasar) mencakup ketentuan yang mengatur pemisahan kekuasaan dan membedakan kewenangan legislatif, eksekutif dan yudisial. Dalam banyak konstitusi juga ditemukan ketentuan perihal perlindungan hak asasi manusia.

hukum barat, biasanya dengan kecondongan sosialis. <sup>56</sup> Sejumlah negara Islam menempatkan keyakinan agama sebagai landasan pijak pengembangan hukum. <sup>57</sup> Hampir semua pembuat undang-undang terinspirasi dan membiarkan diri dituntun oleh gambaran ideal unifikasi (hukum) dan modernisasi. Kebanyakan undang-undang dasar mencantumkan gagasan ideal negara hukum, *the rule of law*. Hampir semua termaktub di dalamnya: supremasi hukum, asas legalitas, kemandirian hakim (peradilan), dan persamaan kedudukan warga dihadapan perundang-undangan.

Bila kita melakukan kilas balik, maka dapat dikatakan bahwa introduksi stelsel hukum baru demikian merupakan suatu *Big-Bang*, seolah-olah suatu 'kontrak sosial' yang sama sekali baru dibentuk, sekalipun sebenarnya hal itu diturunkan dari atas.

Betul bahwa di dalam mukadimah banyak undang-undang dasar sering rakyat seolah-olah dibiarkan menyuarakan pandangan mereka sendiri: '*We, the people.*' Kendati demikian di dalam praktiknya tingkat partisipasi masyarakat dalam pembuatan undang-undang dasar demikian sangat kecil. Banyak undang-undang dasar baru (di negara-negara berkembang) karena itu terkesan tidak membumi dan agak menggantung di udara, simbol yang berkilau-kilau dan pantulan cahayanya hanya sekejap-kejap menyentuh bumi.

Dengan cepat mesin pembuat undang-undang (nasional) mulai bekerja. Lagipula Negara baik secara nasional maupun internasional dipandang sebagai motor pembangunan. <sup>58</sup> Sebab itu penguasa merasa perlu mengurus dan melibatkan diri dalam segala urusan. Akibatnya ialah perkembangan pesat bidang hukum administrasi. <sup>59</sup> Dengan

56 Pada 1950-an dan 1960-an, sosialisme merupakan ideologi besar (payung) yang diterapkan di lusinan negara-negara berkembang. Karena itu pula kita dapat berbicara tentang Sosialisme Arab atau Sosialisme Afrika. Selain itu, India di zaman pemerintahan Nehru dan Indonesia di bawah Soekarno kurang lebih juga memiliki kecenderungan sosialis.

57 Posisi ortodoks yang sangat kentara dipertahankan oleh Arab-Saudi yang tidak menandatangani *Universal Declaration of Human Rights* dan yang tidak merasa butuh suatu konstitusi. Argumen yang diajukan sebagai alasan ialah bahwa Q'uran sudah mempostulasikan semua aturan yang dibutuhkan. Sebaliknya posisi sekuler yang tegas dipilih oleh Turki. Kebanyakan negara Islam mengambil posisi yang lebih moderat, di antara kedua ekstrim di atas.

58 Sebagaimana diamati juga oleh Esman (1991: 7-8) yang berbicara tentang '*state-centered paradigm*'.

59 Bidang-bidang hukum yang secara tradisional masuk ke dalam ranah hukum keperdataan seperti misalnya hukum benda, perikatan dan dagang, di negara-negara baru merdeka ditundukkan pada intervensi pemerintah. Campur tangan pemerintah dalam bidang-bidang hukum tersebut muncul dalam bentuk perizinan, persetujuan, sertifikasi tidak keberatan, dll. Nasionalisasi dari perusahaan-perusahaan (modal asing) besar turut berperan dalam tumbuh kembangnya hukum administrasi ekonomi.



banyak cara kepemilikan privat dan kebebasan berkontrak dibatasi. Di banyak negara muncul perundang-undangan yang mengatur ikhwal redistribusi kepemilikan tanah, hubungan kekeluargaan (perkawinan) dan hukum waris, dan banyak hubungan kemasyarakatan lainnya.<sup>60</sup> Allott, yang pada tahun 1980 menelaah-ulang proses pengembangan hukum demikian kemudian mengkritik elite pembuat undang-undang dan menyebut mereka angkuh dan tidak sabaran. Setidak-tidaknya mereka sangat ambisius. Mereka hendak menggunakan hukum modern sebagai program untuk merombak dengan cepat dan radikal masyarakat tradisional yang merupakan mayoritas warga-negara.<sup>61</sup>

Di dalam kurun waktu yang sama, pada era 1960-an, mulai juga dikembangkan program-program bantuan pembangunan.<sup>62</sup> Apakah negara-negara Barat tersebut juga memberikan dukungan dan bantuan bagi pengembangan stelsel hukum yang baru muncul tersebut? Perhatian terhadap hal itu ternyata justru memperburuk iklim politik dengan sangat cepat. Perlu kita ingat bahwa (ihwal pengembangan) hukum terutama di negara baru merdeka (berkembang) ternyata terkait erat dengan gagasan kedaulatan yang diperjuangkan dengan berat dan juga belum lama diperoleh. Sebab itu Eropa justru harus bersikap menahan diri. Situasinya berbeda dibandingkan dengan pemikiran yang berkembang di Amerika Serikat. Sekelompok ilmuwan dan para konsultan hukum justru melihat pentingnya penguatan hukum dan pranata-pranata hukum dan tanpa canggung menyebut diri mereka sebagai gerakan *Law and Development*. Gerakan ini menyebar dan berkembang dengan cepat, kerap dengan sokongan dana bantuan dari Amerika.<sup>63</sup>

60 Hukum di negara berkembang dipandang sebagai warisan dari sistem kolonial. Pada awalnya, dekolonisasi politik hanya berdampak pada direformasinya hukum konstitusi (dibuatnya undang-undang dasar baru). Langkah berikut merupakan upaya untuk merombak seluruh sistem hukum yang ada. Karena di kebanyakan negara baru merdeka masyarakat kebanyakan masih tinggal di pedesaan, maka reformasi agraria menjadi prioritas agenda pemerintah. Ke dalam kebijakan ini tercakup pembatasan luas kepemilikan lahan, redistribusi kepemilikan tanah, terutama untuk kepentingan petani tanpa tanah, penguatan penguasaan atas tanah, peletakan landasan bagi pengembangan kemitraan di bidang usaha pertanian melalui pemberian kredit lunak atau pendampingan dalam pengelolaan usaha. Lihat lebih lanjut ulasan tentang '*Land-Reform*' dalam buku Tamanaha (1995: 141-143).

61 Di dalam bab berjudul '*Law as a Programme*', Allott (1980: 175-179) menggambarkan 'prinsip-prinsip berpengaruh' (*informing principles*) mana yang berada di balik inhiar reformasi hukum: unifikasi, modernisasi, sekularisasi, regresi, liberalisasi dan modernisasi.

62 Lihat Nekkers, Malcontent & Baneke 1999.

63 Lihat Faundez 1997: 10-12. Dengan cara serupa, gerakan pembangunan (oleh administrasi (*the development administration movement*)) mencoba mengembangkan mekanisme pemerintahan yang kuat.



Namun demikian, justru di Amerika sendiri pada pertengahan 1970 gerakan *Law and Development* mengalami kebangkrutan dan dimatikan. Tamanaha (1995a) merekonstruksi bagaimana hal ini terjadi sebagai akibat gerakan (tandingan) dari sekelompok ilmuwan yang merupakan bagian dari *Critical Legal Studies*.<sup>64</sup> Menurut pandangan mereka ekspor atau transplantasi hukum dari negara maju ke negara-negara berkembang adalah tindakan keliru. Lagipula, hukum harus cocok dengan masyarakat yang bersangkutan. Hukum di negara-negara barat dikembangkan beranjak dari penghormatan atas kebebasan individu (yang tidak serta merta identik dengan individualisme). Dengan perkataan lain, dilandaskan pada bagaimana relasi antara warga dengan negara, antara lembaga-lembaga negara, dan antara warga satu sama lain dipahami dan dikembangkan masyarakat barat. Pengandaian tersebut, menurut mereka, tidak berlaku bagi (masyarakat di-) negara-negara berkembang (dunia ketiga).<sup>65</sup> Karena itu menurut hemat mereka *export* hukum ke negara-negara berkembang adalah kebijakan naif dan sangat *ethnocentris*. Lebih lagi menurut pandangan mereka rezim pemerintahan yang selama ini menikmati bantuan yuridis acap merupakan rezim yang cenderung otoriter-tiranikal.<sup>66</sup> Kritik di atas sangat berpengaruh terhadap kebijakan pembangunan. Keran uang (bantuan luar negeri) ditutup dan gerakan *Law and Development* dengan cepat kehilangan sokongan dan kemudian bangkrut. Penghentian proyek-proyek bantuan demikian barang tentu sangat merugikan mitra, kelompok yuris yang mulai muncul di negara-negara berkembang. Mereka itu sedang sibuk membangun suatu sistem hukum dengan menggunakan landasan yang kemudian justru ditinggalkan oleh pihak-pihak lain. Dalam mengupayakan hal itu tentu masih banyak pertanyaan belum terjawab. Lebih lagi, di dalam negeri-pun mereka

64 Lihat Tamanaha (1995a) yang memberikan peran penting terhadap tulisan David Trubek & Marc Galanter yang dipublikasikan dalam *Wisconsin Law Review* pada 1974 dengan judul '*Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law-and-Development Studies in the United States*'.

65 Dalam tulisan mereka, Trubek & Galanter, merumuskan tujuh asumsi berkenaan dengan aktor serta proses dalam sistem hukum yang kiranya valid di negara maju seperti Amerika Serikat, namun tidak berlaku bagi negara-negara berkembang. Asumsi-asumsi tersebut mereka namakan '*legal liberalism*'.

66 Para ahli-ahli ilmu sosial di negara-negara Barat pada era 1970-an dan 1980-an sangat dipengaruhi pemikiran Marxis. Untuk studi-studi non-Barat hal ini berarti mendominasinya pemikiran dependensia. Dalam teori (pelestarian) ketergantungan ini, hukum dipandang tidak lebih sebagai instrumen sekunder yang digunakan oleh elite kolonial atau neokolonial. Di kalangan akademisi, muncul dan berkembang kritikan tajam terhadap kerja sama dalam bidang ilmu hukum dengan negara-negara berkembang.

masih harus berhadapan dengan arus balik (*counter-forces*)<sup>67</sup> yang justru menghambat upaya pengembangan kepastian hukum nyata. Bentuk-bentuk arus balik apa saja yang harus mereka hadapi?

#### 4. Arus balik yang menciptakan kendala bagi (pencapaian) kepastian hukum nyata dan kemandekan (*impasse*)

Seorang advokat hak asasi manusia di Liberia pernah menyampaikan pada saya bahwa semua klien yang datang padanya sebenarnya menghadapi dua lawan utama: tradisi dan politik.<sup>68</sup> Pemikiran ini, bahwa dua arus balik tersebutlah yang merupakan kendala utama yang menghalangi pengembangan sistem hukum otonom, dapat kita temukan kembali dalam teori klasifikasi dari Mattei.<sup>69</sup> Ia membedakan tiga kelompok sistem hukum nasional:

1. sistem hukum yang didominasi oleh tradisi yang bersifat religius ataupun lainnya;
2. sistem hukum yang didominasi oleh intervensi (campurtangan) politik;
3. sistem hukum otonom yang dikuasai dan dijalankan oleh yuris-yuris profesional.

Sistem hukum di negara-negara barat masuk ke dalam kelompok 3. Negara-negara berkembang ke dalam kelompok 1 atau 2.<sup>70</sup> Untuk menembus dan digolongkan ke dalam kelompok 3 harus dilakukan sejumlah dobrakan untuk lepas dari kungkungan tradisi dan politik.<sup>71</sup> Namun, seperti telah dikatakan keduanya merupakan arus balik dengan kekuatan menghambat yang sangat besar.

Saya melanjutkan kilas balik ini dengan menguraikan secara umum empat arus balik utama yang selama setengah abad ke belakang

67 Lihat Dias et al. (eds.) (1981) tentang pekerjaan yang mengecewakan yang dilakukan para ahli hukum di negara-negara dunia ketiga selama 1960-an dan 1970-an.

68 Samuel Woods, LL.M. mahasiswa Leiden, Maret 2000.

69 Mattei (1997) menolak klasifikasi yang dikenal umum yang dikembangkan oleh David maupun Zweigert & Kötz. Ia menyatakan bahwa klasifikasi tersebut tidak cocok bagi banyak negara di dunia, khususnya negara-negara berkembang.

70 Mattei (1997) mengajukan sejumlah usulan di dalam tulisannya untuk mengklasifikasikan negara-negara berkembang ke dalam kelompok 1 atau 2. Namun sampai sekarang ia belum membuat kriteria yang dapat digunakan untuk melakukan penggolongan tersebut tanpa menimbulkan kesan bahwa penggolongan itu dilakukan seolah-olah secara acak.

71 Mattei (1997: 15-19) menggunakan istilah '*macro-comparative revolutions*' untuk setiap terobosan demikian. Dalam penelaahan atas kepastian hukum nyata di negara-negara berkembang, ikhtiar mencari terobosan-terobosan serupa kiranya merupakan fokus utama.

menghalangi kemunculan sistem hukum otonom di negara-negara berkembang.

Pertama ialah tradisi. Kehidupan tradisional bereaksi terhadap banyak dari pembaharuan yang hendak dicapai melalui perundang-undangan yang dibuat oleh kelompok elite baru baik dengan melakukan perlawanan aktif maupun protes diam-diam.<sup>72</sup> Kebanyakan reformasi di bidang agraria atau pertanahan menghadapi kegagalan.<sup>73</sup> Selanjutnya juga tampak adanya kesulitan untuk melakukan perombakan melalui perundang-undangan di bidang hukum keluarga, khususnya bilamana menyangkut persoalan-persoalan peka seperti poligami, talak-cerai, putus hubungan keluarga (*verstoting*), hak waris bagi perempuan, dan hak perwalian (asuh) bagi para ibu.<sup>74</sup> Arus balik demikian dapat kita temukan mengakar baik pada agama/kepercayaan maupun adat dan kebiasaan.

Di puluhan negara berkembang, dari arus balik yang bersumberkan agama, dapat dikatakan bahwa Islam dalam penafsirannya yang ortodoks memunculkan kekuatan perlawanan yang serius.<sup>75</sup> Bahkan di beberapa negara kita temukan dimaktubkannya di dalam undang-undang dasar ataupun perundang-undangan ketentuan yang menegaskan bahwa aturan kehidupan islamiyah atau shari'a merupakan sumber dari segala hukum.<sup>76</sup> Dengan cara demikian, pemerintahan negara bersangkutan memperoleh legitimitas dihadapan masyarakat penganut agama tersebut, namun ketentuan-ketentuan seperti di atas sekaligus merupakan kuda troya, karena juga akan sekaligus menggerus

72 Lihat Allott (1980: 196-202) tentang '*resistance to transformation*' (keenganan atau perlawanan terhadap transformasi).

73 Ilustrasi yang sangat dikenal dari hal tersebut adalah India dan Indonesia. Untuk ulasan lihat Powelson & Stock (1990).

74 Kelompok elite di negara-negara berkembang menyadari bahwa reformasi dalam bidang-bidang tersebut ternyata secara politis sangat sensitif, bahkan dapat mengancam stabilitas sosial. Lagipula, mereka sering bergantung sebagian pada dukungan yang diberikan pimpinan masyarakat keagamaan atau ketua-ketua adat (pimpinan masyarakat) tradisional. Padahal justru mereka itu yang akan teralienasi dengan dijalankannya reformasi radikal tersebut.

75 Sistem normatif dari Islam (hukum Islam atau *sharia*), seperti halnya sistem hukum nasional, berangkat dari asumsi bahwa mereka berada di atas sistem norma lainnya. Apabila kita bersikukuh mempertahankan gagasan fundamental ini, maka konflik antarsistem norma tidak akan terhindarkan. Untuk penjelasan yang mencerahkan tentang penafsiran sharia dari pendekatan ortodoks versus pendekatan modern serta dampaknya terhadap hukum, lihat Al-Nowaihi (1997).

76 Lihat, antara lain, ketentuan Pasal 2 dari Konstitusi Mesir 1980, Pasal 4 Konstitusi Iran 1979, Pasal 3(2) Konstitusi Siria 1973, Pasal 3 Konstitusi Yemen 1990, Pasal 230 D Konstitusi Pakistan 1985 yang memberikan kewenangan pada pengadilan Sharia tingkat federal untuk memeriksa dan memutuskan apakah perundang-undangan nasional bertentangan dengan Islam atau tidak. Jika ada pertentangan demikian, maka peraturan perundang-undangan nasional tersebut dinyatakan tidak berlaku.

supremasi sistem hukum yang bersangkutan.<sup>77</sup>

Kedudukan aturan-aturan kebiasaan yang mengakar dalam, acap juga dinamakan hukum kebiasaan, tampaknya di kebanyakan negara-negara berkembang, khususnya di Afrika, terjalin erat dengan peran pemimpin lokal atau pimpinan adat. Sering merekalah yang menguasai dan mengelola kehidupan politik regional. Bahkan juga bila perundang-undangan mencoba mencabut (atau membatasi) pengaruh mereka dengan menciptakan kelembagaan negara baru, tidak jarang mereka tetap enggan melepas fungsi tradisional yang menguntungkan yang mereka emban di bidang penyelesaian sengketa maupun alokasi kepemilikan tanah.<sup>78</sup> 'Hukum Barat tidak cocok untuk diberlakukan di sini' begitu kilah mereka tatkala berhadapan dengan politisi negara yang mencoba mengupayakan modernisasi. Mereka juga menambahkan: 'masyarakat lagipula tidak butuh hukum modern tersebut, kami punya hukum sendiri yang berbeda'. Pandangan yang tidak teramat salah bila kita lihat kenyataan di kebanyakan negara berkembang pada era 60-an dan 70-an.

Kiranya cukup uraian tentang tradisi – agama/kepercayaan dan kebiasaan – sebagai arus balik pertama. Arus balik kedua ialah politik. Dengan cepat tampak bahwa banyak rezim pemerintahan baru hampir-hampir tidak berhasil menjaga stabilitas negara mereka sendiri.<sup>79</sup> Mereka dihadapkan pada rangkaian kudeta dan gerakan-gerakan separatis. Di samping itu, kemajuan sosial-ekonomi, *nation-building* juga menjadi tujuan pokok, dengan militer yang diperankan sebagai penjaga (stabilitas).<sup>80</sup> Dengan begitu, kerap tujuan dari demokrasi dan kepastian hukum dikorbankan, sering atas nama ideologi pembangunan yang dianut. Banyak pimpinan negara ketiga berpikir sejalan dengan Soekarno bahwa dengan para yuris revolusi tidak dapat dilangsungkan.<sup>81</sup> Juga di dalam (pengembangan) hukum kita acap temukan semangat unifikasi yang agak obsesif dan terjadi penindasan terhadap kelompok-kelompok minoritas.

Sedangkan berkenaan dengan kegiatan yang dinamakan pemilihan umum, 'demokrasi sentralisme' model Uni Soviet sering dijadikan

77 Dengan demikian, ketentuan dalam konstitusi ini memunculkan banyak perdebatan panjang dan sengit baik di parlemen maupun di ruang-ruang pengadilan. Perdebatan mana mengguncang sistem bangunan hukum sampai akar-akarnya.

78 Untuk ilustrasi yang secara umum mencerminkan hal ini lihat Lund & Hesselting (1990) tentang Nigeria. Juga Van Rouveroy van Nieuwaal (1995) untuk mendapatkan gambaran umum dan publikasi di tahun 2000 khususnya tentang Togo.

79 Lihat Heady 1996: 294-297.

80 Lihat Heady 1996: 291 et seq.

81 Lihat Ball 1985: 279.

acuan.<sup>82</sup> Stelsel satu partai (partai tunggal) berhasil mereduksi banyak instansi pembuat undang-undang menjadi sekadar mesin tepuk tangan, yang dengan mudah dan cepat memberi stempel persetujuan parlementer pada setiap rancangan perundang-undangan buatan pemerintah.<sup>83</sup>

Kemandirian hakim diterobos oleh politisi dibanyak negara dengan pelbagai cara.<sup>84</sup> Misalnya, dengan membatasi kewenangan peradilan melalui ketentuan perundang-undangan, melalui memanipulasi kebijakan pengangkatan, penempatan dan mutasi hakim, melalui intimidasi, dan juga dengan cara secara tegas menolak pelaksanaan eksekusi putusan-putusan pengadilan.<sup>85</sup> Bahkan pada 1969, Presiden Nasser dari Mesir dengan satu tarikan pena memecat semua hakim.<sup>86</sup> Di banyak negara advokat dan jurnalis yang mengkritik rezim pemerintahan demikian kerap harus mengalami pencabutan lisensi. Barangsiapa mencari keadilan dan perlindungan hukum di dalam sistem hukum demikian menghadapi ancaman tuduhan subversi. Di banyak negara pula keberhasilan institusi pendidikan dan penelitian hukum diukur sekadar dari loyalitas politik mereka pada rezim yang berkuasa.<sup>87</sup> Kesemua ini mengakibatkan rendahnya tingkat kepastian hukum nyata. Hanya sejumlah individu, seperti advokat hak asasi manusia Buyung Nasution, di Jakarta, memiliki keberanian berdiri teguh.<sup>88</sup> Di barat kemudian muncul gerakan-gerakan hak asasi yang bertujuan mendukung perjuangan perseorangan tersebut. Akan tetapi

82 Alderfer (1964) menyatakan bahwa pemerintahan negara-negara berkembang umumnya memiliki peluang untuk memilih di antara empat model desentralisasi: model Prancis; Inggris; Uni Soviet; atau model yang lebih tradisional. Sistem politik nasional kerap dirancang mengikuti struktur dan proses pemerintahan Eropa Timur. Dalam sistem demokrasi terpusat (*democratic centralism*) demi menjaga kesatuan dan persatuan, calon pimpinan diseleksi dari dan dipilih oleh kader-kader partai. Dalam praktiknya, sering hanya tersedia satu calon untuk dipilih dan diangkat.

83 Lihat Heady 1996: 294-308; Boynton & Kim (eds.) 1975: 15-28.

84 Lihat Tiruchelvam & Coomaraswamy (eds.) 1987.

85 Untuk ulasan sistematis dari metode-metode tersebut, lihat Wambali & Peter (1987). Ghai (1993) dalam konteks Afrika berbicara tentang '*patrimonialism*' dari hukum, hal mana dicapai dengan mensubordinasikan hukum (negara) pada kendali atau kekuasaan patrimonial yang otokratik.

86 Peristiwa ini dalam sejarah hukum di Mesir dikenang sebagai '*the massacre of judges*' (pembantaian para hakim) (Roy & Irelan 1989: 169).

87 Tidak banyak ulasan sekaligus dipublikasikan di dalam pustaka internasional perihal pendidikan hukum di negara-negara berkembang. Kendati begitu kita dapat temukan laporan umum kinerja per negara. Satu ilustrasi menarik bagaimana studi hukum terpolitisasi dalam kurun waktu itu adalah tulisan dari Wignjosoebroto (1992) tentang pendidikan hukum di Indonesia.

88 Lihat Lev (2000) tentang peran Nasution dalam perancangan program bantuan dan perlindungan hukum di Indonesia.

elite politik di negara-negara berkembang mengembangkan kecurigaan dalam terhadap kepedulian dan campurtangan pihak ketiga pada politik dan hukum mereka.

Di samping dua arus balik yang sudah kita bahas di atas, tradisi dan politik, kita dapat ajukan dua arus balik lainnya: ekonomi dan pemerintahan. Banyak penyelundupan hukum di negara-negara berkembang terkait erat dengan masalah kemiskinan serta semangat mengejar kekayaan dengan cepat. Tiga macam strategi tindakan ekonomis, dari warga maupun perusahaan, menggerus fundamen kepastian hukum. Pertama-tama tentunya 'kriminalitas biasa' yang di banyak negara berkembang – terpikirkan di sini negara-negara narkotika di Amerika Latin – yang menghancurkan sistem hukum.

Kemudian ada elite ekonomi yang enggan melepaskan kekayaan yang sudah mereka miliki atau dengan menghalalkan segala cara ingin meningkatkan jumlah kekayaan mereka.<sup>89</sup>

Namun bukan hanya mereka yang kaya dan berkelimpahan yang dengan tindakan-tindakan ilegal menimbulkan masalah-masalah sosial. Masalah lebih rumit dari segi yuridis maupun pemerintahan bersumber dari kecenderungan mayoritas penduduk miskin untuk dalam skala besar karena alasan-alasan ekonomi melanggar peraturan perundang-undangan yang sedianya berlaku terhadap dan mengikat mereka semua. Kita sekarang mengenal dan menilai positif dinamika sektor informal berkat hasil penelitian De Soto terhadap ekonomi perkotaan di negara-negara berkembang.<sup>90</sup> Biaya yang harus dibayar untuk kepentingan registrasi resmi dan legalisasi dari kegiatan usaha (ekonomi) ternyata bagi banyak orang menjadi terlalu mahal dan tidak dapat ditanggung. Sehingga sektor informal dari sudut pandang kepentingan ekonomi merasa lebih baik tetap informal. Lagipula hal ini lebih cocok dengan relasi 'tolong-menolong' dalam kehidupan sehari-hari, serta dengan jaringan dan sistem patronage yang telah ada.

Informal berarti tidak terdaftar (terregistrasi), dan kerap juga illegal. Lebih dari setengah dari total penduduk perkotaan di negara-negara ketiga hidup sebagai '*squatter*' di daerah kumuh, tanpa kepemilikan tanah, tanpa izin bangunan, dan sebab itu juga tanpa fasilitas-fasilitas yang terkait dengan sistem perizinan tersebut.<sup>91</sup> Bahkan juga ke dalam

<sup>89</sup> Satu ilustrasi terbaik dari hal ini ialah kelompok elite dari penguasa tanah skala besar yang di banyak negara, seperti India, menghindari pemberlakuan peraturan perundang-undangan tentang reformasi agraria terhadap mereka, dengan cara meregistrasi tanah-tanah mereka atas nama anggota keluarga atau kerabat bahkan pembantu.

<sup>90</sup> Lihat De Soto 1989.

<sup>91</sup> Lihat Payne 1984. Van der Linden telah meneliti persoalan ini selama beberapa tahun

kelompok penambang liar, pendudukan tanah negara dan pencurian kayu kita temukan banyak petani-gurem tak bertanah dan orang miskin dari perkotaan yang berjuang mencari penghasilan penyambung nyawa. Strategi tindakan usaha ekonomi illegal demikian secara masal ditentang karena persoalan ini dari sudut pandang politik dinilai sangat eksplosif (ancaman terhadap stabilitas politik), pejabat pemerintahan kerap justru menarik keuntungan darinya, dan secara yuridis juga sulit untuk dicari jalan keluarnya.

Ditenggangnya situasi demikian dalam skala besar sangat merugikan upaya penciptaan kepastian hukum nyata, antara lain, dalam bidang pengelolaan lingkungan hidup dan tata guna tanah. Kebakaran hutan skala besar pelbagai pulau di Indonesia dan kerusakan cadangan air tanah di Asia-Selatan merupakan ilustrasi baik dari buruknya permasalahan ini.<sup>92</sup>

Arus balik ke-empat, sangat mencengangkan, justru timbul dari aparat penguasa sendiri, yang bersama-sama dengan masyarakat darimana mereka berasal justru melakukan pembangkangan. Rata-rata aparat pemerintah di negara-negara berkembang dikenal tidak cukup diperlengkapi dengan dukungan sarana atau prasarana, tidak terorganisir secara baik dan tidak memiliki disiplin yang memadai.<sup>93</sup> Ada banyak titik lemah: personalia, uang, instrumen (sarana dan prasarana), motivasi, keterbukaan, kepemimpinan, koordinasi, kontrol. Sebagai efek ikutan dari perkembangan hukum administrasi yang begitu luas perilaku korupsi juga turut berkembang dan meluas.<sup>94</sup> Struktur organisasi dan jumlah aparat penguasa terus berkembang dan selanjutnya sebagai dampak melakukan penetrasi semakin jauh ke dalam kehidupan masyarakat, namun sekaligus kerap tidak efektif. Kesemua ini tidak saja dapat dikatakan tentang pemerintahan pusat melainkan juga berlaku bagi pemerintahan regional dan lokal. Berlaku tidak saja bagi penguasa pemegang kekuasaan eksekutif tetapi juga bagi kekuasaan legislatif dan kekuasaan peradilan. Sistem hukum yang selalu terbangun dari ragam institusi ternyata hanyalah sekuat rantai

---

di Karachi dan melaporkan hasil temuannya dalam banyak publikasi, misalnya dalam Sultan & Van der Linden (1991) dan Van der Linden (1995).

92 Lihat Moench (ed.) (1995), khususnya bab tentang India dan Cina, dan Van Steenberg (1997) tentang Pakistan.

93 Lihat Klitgaard 1996: 487-489; Grindle 1997: 3; Heady 1996: 317-321; World Bank 1997: 23, 79.

94 Lihat Heady 1996: 320; Klitgaard 1988; Riggs 1964; dan Scott 1972; telah memberikan ulasan berharga tentang latar belakang sosiologis, administrasi publik dan sejarah politik dari fenomena ini. Di samping itu kita dapat temukan banyak tulisan tentang inhiar pemberantasan korupsi di era 1990-an, misalnya oleh Richter et al. (eds.) (1990); Robinson 1998; Ofosu-Amaah et al. (eds.) 1999; Tanzi 1994; World Bank 1997.



terlemahnya.<sup>95</sup> Mata rantai terlemah bisa berarti lembaga pembuat undang-undang, pengadilan, kepengacaraan, pemerintahan, kejaksaan, polisi, pendidikan hukum, penelitian atau penyediaan informasi. Di kebanyakan negara berkembang kesemua ini merupakan kelembagaan yang lemah. Paling kentara dari itu semua acapkali ialah polisi korup dan tumpukan perkara di pengadilan.<sup>96</sup>

Sejauh ini kilas balik global yang saya tawarkan tentang empat arus balik utama yang menghalangi serta menghambat pengembangan sistem hukum otonom dan efektif di negara-negara berkembang. Hasil akhirnya bagi warga orang perorang ialah rendahnya tingkat kepastian hukum nyata. Bagi kebanyakan orang di negara berkembang situasi demikian menimbulkan ambivalensi dan sikap skeptis terhadap hukum, perasaan masuk ke dalam kemandekan.<sup>97</sup> Lagipula stelsel norma-norma lama secara perlahan digerogeti atau dibongkar, sedangkan sistem hukum baru masih sedang dibuat.<sup>98</sup> *Big-Bang* juridikal yang dahulu terjadi pada awal kemerdekaan negara-negara berkembang ternyata tidak berhasil mencapai tujuan yang dicita-citakannya semula. Tampaknya juga baik aparatur negara maupun masyarakat sendiri belum siap untuk itu.

Kiranya jelas bagi para pembaca bahwa bagian terbesar dari kilas balik yang dipaparkan di atas juga gayut bagi situasi kontemporer. Kita kini masih temukan skeptisisme dan kemandekan. Tapi hal ini bukan gambaran yang menyeluruh. Terutama jika kita melihat perubahan-perubahan yang terjadi dalam kurun waktu 20 tahun ke belakang, maka

95 Suatu sistem hukum yang efektif (mangkus) mengandaikan atau tepatnya mensyaratkan, antara lain, adanya lembaga-lembaga hukum yang berfungsi secara efektif, yang secara bertimbal balik memperkuat lembaga tersebut satu sama lain dengan cara menyebarluaskan, menerima, menafsirkan dan menerapkan informasi hukum. Satu gambaran berguna tentang sistem hukum yang cocok dengan uraian di atas ialah sistem yang merujuk diri sendiri (*self referential system*), elemen-elemen pembentuknya saling terkait berkelindan melalui atau oleh '*hypercycles*' (Teubner 1993: 37).

96 Lihat Bakker 1998.

97 Kemandekan dan krisis adalah dua pengertian yang kerap kali muncul tatkala kita menilai situasi hukum di negara-negara berkembang; lihat sebagai contoh Adelman & Paliwala (eds.) (1993). Kedua pengertian ini merujuk pada banyak hal. Ada kemandekan dalam arti sistem norma tradisional tidak lagi berfungsi, sedangkan norma pengganti dalam bentuk peraturan perundang-undangan sudah diundangkan namun belum (dapat atau mungkin) diimplementasikan. Satu ilustrasi menarik dari Tanzania diberikan oleh Mtengeti-Migiro (1991). Sedangkan konsep krisis acap dipergunakan oleh ilmuwan untuk melihat bagaimana teori ilmiah mereka tentang hukum dan pembangunan ditantang validitasnya oleh teori baru atau fakta yang kemudian muncul (Tamanaha 1995a).

98 Dalam pertemuan pertama saya dengan pakar sosiologi hukum Indonesia, Prof. Dr. Satjipto Rahardjo pada 1984, ia secara konsisten mengoreksi saya bila berbicara tentang sistem hukum Indonesia. Ia terus menambahkan kata *masih dalam proses pembentukan* (*in the making*) bila saya menyinggung hal itu.



menjadi jelas bahwa gambaran di atas perlu dikoreksi dan ditambah di sana-sini.

## 5. Yuridikasi

Kiranya cukup banyak tanda yang menunjukkan bahwa di kebanyakan negara berkembang perlawanan tradisi dan politik terhadap hukum mulai berkurang. Sekaligus tampak adanya kecenderungan ke arah yuridikasi.<sup>99</sup> Hal juga kerap berjalan seiring dengan konstitusionalisasi dari hukum, yakni semakin mengakarnya dan berpengaruhnya undang-undang dasar dalam mengatur hubungan-hubungan hukum antarwarga.<sup>100</sup>

Untuk sebagian hal di atas tampak dari pengkajian atas sistem hukum yang sudah lebih lama memiliki otonomi dalam batas tertentu yang juga diperlengkapi dengan yuris pembuat perundang-undangan yang terlatih dan hakim-hakim yang dihormati.<sup>101</sup> India misalnya sudah sejak lama memiliki budaya hukum yang mapan. Undang-undang dasar India tahun 1947 mencakup *Bill of Rights*-nya sendiri sedangkan

99 Sekalipun jumlah total perilaku manusia yang bisa atau tidak bisa diatur atau dikendalikan oleh hukum tidak bisa dikuantifikasi, saya akan menggunakan argumentasi kualitatif dalam rangka menunjukkan bagaimana pengaruh hukum telah meluas dan berkembang dalam beberapa dekade kebelakang di Cina, India dan seluruh wilayah Asia, Afrika dan Amerika Latin. Dengan mengikuti Shapiro (1993) saya merujuk pada globalisasi perusahaan-perusahaan multinasional dengan hukum kontrak, bisnis dan investasinya, globalisasi hukum publik seperti hak asasi dan perlindungan hukum terhadap warga negara dalam segala bentuknya, seperti dalam perlindungan konsumen atau perburuhan. Gejala '*global acceleration of law and lawyers*' (percepatan global dari hukum dan praktisi hukum) (Shapiro 1993: 54) juga dapat kita cermati dalam negara berkembang. Di Belanda perdebatan, tentang '*juridification*' yang terjadi sejak 1996, yang melibatkan pakar-pakar sosiologi hukum seperti Schuyt dan Bruinsma. Fokus perdebatan itu adalah sejauh mana perilaku manusia dikendalikan oleh hukum, dan dampak sosial dari itu. Kecemasan bahwa proses ini dilakukan terlalu jauh muncul dalam penggunaan konsep seperti '*budaya menggugat*' (*claim culture*) dan '*situasi Amerika*' (*American condition*). Gerakan atau arus balik termanifestasikan, antara lain, dalam perhatian dan dikembangkannya mediasi dan metode alternatif penyelesaian sengketa (ADR). Bila kita pertimbangkan satu dan lain hal pada tataran global, maka menarik mencermati bagaimana negara-negara berkembang menemukan dirinya sendiri berada pada tahapan perkembangan hukum yang sama sekali berbeda. Apa yang disebut sebagai alternatif di negara-negara barat, di masyarakat negara berkembang diberi label tradisional, sedangkan apa yang disebut sebagai tradisional dalam negara-negara Barat – proses perancangan peraturan perundang-undangan dan penyelenggaraan pemerintahan yang independen – hal yang dianggap klasik, justru di negara-negara berkembang belum berakar dan masih harus dikembangkan.

100 Tentang konstitusionalisme di Asia periksa Beer (1992). Sedangkan untuk konstitusionalisme di Afrika baca Zoethout et al. (eds.) (1996) dan tentang konstitusionalisme di Amerika Latin periksa Horn & Weber (eds.) (1989).

101 Di sini kita akan teringat pada sejumlah sistem hukum yang ada di negara-negara Amerika Latin, seperti Venezuela, beberapa dari Afrika seperti Ghana dan Afrika Selatan, negara Timur Tengah seperti Mesir dan sejumlah negara-negara Asia seperti India dan Jepang.

hak uji materiil dari *Supreme Court* yang memang cukup luas sudah sering didayagunakan.<sup>102</sup> Hakim-hakim India dikenal karena *public interest litigation* dan *judicial activism* mereka.<sup>103</sup> Demikian, *Supreme Court* India dalam suatu kasus lingkungan yang terkenal tahun 1996 berhasil memaksakan pelaksanaan rencana penutupan sejumlah industri pencemar, padahal pemerintah sendiri berpendapat bahwa biaya ekonomis dan sosial rencana penutupan tersebut akan terlalu besar.<sup>104</sup>

Di lingkup kawasan Timur Tengah yang terkenal dengan sejumlah rezim pemerintahan yang represif, Mesir, sebagai negara berbahasa Arab terbesar dan paling berpengaruh, juga memiliki sistem hukum yang relatif maju, dengan Mahkamah Konstitusi yang cukup kuat. Mahkamah inilah di era tahun 80-an dan 90-an pada masa-masa genting berhasil mempertahankan dan melindungi otonomi sistem hukum (nasional).<sup>105</sup>

Meskipun demikian perubahan menuju yuridikasi dan konstitusionalisasi akan semakin kentara bila yang kita kaji adalah sistem-sistem hukum yang belum memiliki tradisi sebagaimana digambarkan di atas, terutama di beberapa negara yang dalam beberapa puluh tahun kebelakang mengalami perubahan-perubahan besar. Di Asia, mata kita segera tertuju pada Cina yang dalam dua puluh tahun kebelakang, kurang lebih dari nol berhasil mengembangkan perundang-undangan dan kelembagaan hukum mereka.<sup>106</sup> Proses tersebut berbeda dengan yang biasa kita bayangkan sebenarnya terjadi penuh dengan perdebatan dan secara memadai telah mempertimbangkan semua aspek yang terkait. Konvensi-konvensi Hak Asasi Manusia terpenting baru-baru ini telah ditandatangani oleh pemerintah Cina, jumlah yuris meningkat pesat, dan kita temukan juga pertumbuhan jurnal-jurnal hukum yang tidak lagi takut mengkritik ketidakbecusan di dalam

102 Lihat Bakker (1998: 11-15); Reede (1982), Dhar (1993).

103 Lihat antara lain tulisan dari Bhagwati, Baxi & Coomaraswamy dalam Tiruchelvam & Coomaraswamy (eds.) (1987); Reede (1982); Dhar (1993).

104 Lihat Bakker 1998: 13.

105 Lihat Edge 1991.

106 Tentang ini periksa Lubman (1996) dan Otto et al. (eds.) (2000). Konstruksi ini awalnya terhambat oleh perdebatan ideologis skala besar perihal pro-kontra hukum sebagai alternatif terhadap kebijakan (*policy*) yang dirumuskan oleh fungsionaris partai (Keith 1994: 1-27). Dalam perdebatan yang berlangsung, '*rule of law*' kerap dibenturkan pada '*rule by law*' (*legalisme otoritarian*) dan '*the rule of men*' (pemerintahan yang dikendalikan oleh penguasa yang baik) yang acap terinspirasi oleh gagasan-gagasan Marxis atau juga Konfusianisme. Secara umum diasumsikan bahwa perdebatan demikian dimenangkan oleh kubu yang mendukung hukum dan *rule of law*. Dalam hal ini Kongres ke lima belas dari Partai Komunis Cina pada 1997 dianggap sebagai batu penjuror dalam proses tersebut.

penyelenggaraan negara, seperti hakim-hakim korup.<sup>107</sup>

Bahkan juga di Indonesia setelah 30 tahun berkuasanya rezim Orde Baru kembali bertiup angin segar di lingkup terbesar sistem hukum.<sup>108</sup> Krisis moneter berhasil memperlihatkan kebobrokan mekanisme hukum administrasi (di bidang perekonomian = hukum ekonomi) dan hukum kepailitan.<sup>109</sup> Reformasi telah membawa keterbukaan dalam berpendapat dan tulisan. Kekuasaan parlemen diperbesar dan proses pembuatan perundang-undangan menjadi lebih transparan.<sup>110</sup> Baru

107 Informasi ini saya peroleh dari serangkaian pembicaraan yang saya lakukan dengan sejumlah yuris dari RRC yang bekerja di *Institute for Law* di *Chinese Academy for Social Sciences* di Beijing. Satu contoh dipresentasikan dalam tulisan (mantan) Direktornya, Dr. Xia Yung. Sekarang ini lusinan jurnal hukum diterbitkan dan beredar di Cina. Juga kita temukan harian yuridis yang menyediakan informasi hukum harian. Ulasan tentang tulisan yang mengkritik praktik yang ditemukan dalam penyelenggaraan administrasi pemerintahan dapat ditemukan di dalam tulisan Li (2000).

108 Selama masa pemerintahan Soeharto (1966-1998), otonomi sistem hukum sangatlah dibatasi, terutama melalui campur tangan politik. Pemikiran yuridis dikekang dalam batas-batas koridor dari apa yang dianggap dapat diterima oleh pemerintah yang berkuasa dengan merujuk pada ideologi Pancasila dan UUD 1945 yang disakralkan. Di samping itu, sistem hukum yang sakit akibat korupsi di bawah pemerintahan Soeharto membuka jalan bagi gerakan reformasi (Budiman et al. 1999). Gerakan ini pertama-tama merupakan ihtiar demokratisasi dan kemudian merupakan perlawanan terhadap korupsi, kolusi dan nepotisme (KKN). Setelah pemilihan anggota DPR pada 1999, banyak partai politik baru memasuki ajang perebutan kekuasaan politik, dan DPR yang sama mengundang serangkaian peraturan baru berkenaan dengan konstitusi maupun di bidang-bidang lainnya. Penggantian dan penunjukan pejabat-pejabat baru juga berhasil menggantikan rupa wajah dari pemerintahan dan pengadilan. Komisi Hukum Nasional dibentuk untuk memprakarsai dan mengarahkan perdebatan luas tentang arah perkembangan hukum. Keterbukaan dan sikap kritis media dalam ulasan-ulasan mereka tentang negara dan hukum berkembang lebih baik daripada di zaman Soeharto. Di fakultas-fakultas hukum juga terbuka ruang bagi diskusi yang lebih terbuka. Saya di sini hendak merangkum semua perkembangan di atas ke dalam istilah angin segar, sekalipun pada saat yang sama tidak dapat diabaikan ada dan berdampingannya metode lama dan baru bersamaan, khususnya pada 1999 dan 2000.

109 Pada 1997 Indonesia terkena krisis moneter yang sekarang dikenal sebagai *Asian Financial Crisis*. Paul Krugman, seorang ekonom terkemuka dari *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) menjelaskan bahwa krisis tersebut disebabkan oleh dua faktor. Pertama, hutang-hutang dari lembaga keuangan di Asia tampaknya dijamin oleh pemerintah, baik atas dasar kebijakan resmi atau sekadar karena koneksi personal. Kedua, peraturan perundang-undangan yang mengatur sector keuangan kualitasnya buruk (<http://web.mit.edu/krugman>). Ketika *International Monetary Fund* (IMF) kemudian merancang paket bantuan penyelamatan bagi Indonesia, maka apa yang diprioritaskan ialah pembuatan undang-undang kepailitan baru serta pembentukan pengadilan niaga.

110 Meningkatnya kekuasaan parlemen (DPR) sejak 1999 tampak sehari-hari dalam pemberitaan di media masa. Anggota DPR kerap mengkritik pejabat-pejabat tinggi pemerintahan bahkan juga presiden. Berkenaan dengan legislasi, ruang gerak bagi inisiatif parlemen yang sangat kecil pada masa pemerintahan Soeharto, sekarang terbuka lebar. Pada 1998 dan 1999 diundangkan aturan baru perihal proses perancangan peraturan perundang-undangan yang justru mengurangi peran dari sekretaris Negara. Lihat Keputusan Presiden No.188/1998 tentang Prosedur Pengajuan Rancangan Perundang-undangan dan Keputusan Presiden No.44/1999

sekarang ini sejak tahun 1945, Undang-Undang Dasar 1945 ditelaah secara serius sebagai kontrak sosial. Hal lain yang juga menguntungkan bagi proses demikian ialah pemahaman Islam secara moderat yang dianjurkan (mantan) Presiden Wahid dan ketidaksukaannya pada stelsel hukum theokratis.

Selama 20 tahun kebelakang yurisprudensi di negara-negara Afrika menunjukkan kemunculan sejumlah putusan yang tatkala pada akhirnya berhadapan dengan tradisi yang menindas (represif) justru memihak dan memberikan perlindungan kepada perempuan dan anak.<sup>111</sup> Hakim kerap melakukan hal ini dengan merujuk pada hak-hak asasi yang dimaktubkan di dalam sejumlah undang-undang dasar. Pemahaman terhadap hak asasi demikian kiranya telah menyebar ke seluruh pelosok benua.<sup>112</sup> Satu tonggak penting di penutup abad ke-20 ialah bagaimana hukum di Afrika Selatan telah berubah. Sejalan dengan itu kita temukan satu proses langka dari pembentukan undang-undang dasar yang terjadi secara inklusif, terbentuknya komisi pencarian kebenaran dan rekonsiliasi, integrasi cermat dari hukum kebiasaan ke dalam stelsel (hukum) nasional, dan pembentukan Mahkamah Konstitusi yang baru-baru ini telah memperluas kompetensinya.<sup>113</sup>

Semua perkembangan di atas bukan merupakan peristiwa yang terisolasi satu sama lain, namun merupakan bagian dari beberapa *megatrends* mondial. Pertama, dapat disebutkan kemajuan pesat di

---

tentang implementasi (prosedur baru tersebut).

111 Contoh dari Tanzania diberikan oleh Wambali & Peter (1987) dan Mtengeti-Migiro (1991), dari Botswana oleh Rembe (1996) dan dari Nigeria oleh Chaibou (1998). Dalam salah satu edisi *Alfa Magazine* (Juli-September 2000) perhatian diberikan pada hak-hak perempuan di Afrika. Di tahun-tahun terakhir perlindungan hukum dari kelompok perempuan mendapat dukungan dari sejumlah besar proyek-proyek kerja sama bantuan luar negeri. Novib (Oxfam, Belanda), sebagai ilustrasi, mendukung asosiasi pengacara perempuan di Uganda. Mereka ini memberikan bantuan pada klien (istri yang ditinggalkan) untuk mengajukan gugatan hukum demi mendapatkan hak untuk dirawat dan dipelihara dalam komunitas oleh kaum pria. Di dalam *Internationale Samenwerking* (1999 No.6: 38-40) suatu tulisan terbit tentang "*Property Grabbing in Zambia*" ditulis oleh pihak keluarga mantan suami dari para janda, dan tentang peluang melawan perbuatan tersebut dengan hukum. Sekalipun begitu, itu semua tidak serta-merta meniadakan banyaknya putusan-putusan pengadilan yang masih mendukung tindakan represif yang dilakukan atas nama tradisi (adat). Satu ilustrasi terkenal dari itu ialah kasus *Otieno* yang terjadi di Kenya pada 1986-1987 (Carleton Howell 1994).

112 Lihat Kante and Pieteraat-Kros (eds.) (1998) and Sinjela (1998).

113 Lihat Constitutional Courts of South Africa—CCT 31/99, 2000(2) SA 674 (CC); 2000 (3) BCLR 241 yang didiskusikan oleh dr. Ian Curry dalam kuliah-kuliahnya tentang politik hukum diselenggarakan di Van Vollenhoven Institute pada 18 maret 2000. Untuk ulasan lebih umum tentang sistem hukum di Afrika Selatan pasca perubahan lihat Oomen (1998).

bidang pendidikan.<sup>114</sup> Betul bahwa yang terimbas pendidikan hukum hanya sebagian kecil dari generasi muda, namun di negara-negara berkembang setidaknya kurang lebih ratusan ribu orang mengambil studi hukum dan kemudian menjadi yuris.<sup>115</sup> Para yuris tersebutlah yang kemudian tampak bekerja dan mulai menyebar pengaruh mereka.

Kemudian saya juga dapat menyebut gejala individualisasi. Dengan runtuhnya pola masyarakat tradisional yang murni maka muncul kebutuhan akan hak-hak subjektif, hukum yang memberikan hak dan perlindungan kepada individu satu persatu, misalnya yang berkaitan dengan perempuan dan hak kepemilikan mereka terhadap tanah.<sup>116</sup> Tradisi memang masih memiliki kekuatan mengikat yang dapat memunculkan baik ikatan dan persatuan antaranggota kelompok masyarakat maupun sekaligus ketegangan antaretnik, namun dalam banyak hal, tradisi (dan adat) tidak lagi merupakan suatu alternatif memadai yang dapat disandingkan sejajar dengan (peran dan fungsi) hukum dan negara. Dalam artian seperti di ataslah dapat dikatakan adanya kebangkrutan dari ajaran pluralisme hukum sebagai paradigma utama bagi (pengembangan) hukum di negara-negara berkembang.<sup>117</sup>

114 Meningkatnya secara berlanjut jumlah murid di sekolah dasar, menengah maupun tinggi yang ditengarai terjadi di Asia, Amerika Latin dan bagian terbesar Afrika dicatat oleh organisasi internasional seperti UNESCO dan World Bank. Pengaruh positifnya terhadap proses pembangunan tidak dapat diabaikan begitu saja. Sen (1999: 6-7, 12, 15) berbicara tentang '*strategi timur*' tatkala merujuk pada penekanan keluarga di Asia Tenggara dan Timur akan pentingnya edukasi (formal). Kendati begitu partisipasi dalam edukasi tampak mengalami penurunan di beberapa negara berkembang terutama Afrika dalam kurun waktu 1980-an dan 1990-an. Hal ini kiranya berkaitan dengan menurunnya anggaran belanja pemerintah yang dialokasikan bagi sector pendidikan, hal mana merupakan akibat dari pemberlakuan *Structural Adjustment Policies* (kebijakan penyesuaian struktural) oleh para donor.

115 Juga di RRC setiap tahunnya lulus puluhan ribuan sarjana hukum. Jumlah pengacara meningkat dari 2000 pada 1986 menjadi hampir 100.000 pada 1996 (People's Republic of China Year Book 1996/1997: 464; Trubek and Cooper (eds.) (1991: 110).

116 Lihat Adinkrah (1990) dan Mtengeti-Migiro (1991). Selama beberapa dekade ke belakang, keseimbangan tradisional antara tiadanya hak-hak subjektif dari perempuan dan tanggung jawab mantan suami untuk memelihara dan merawat istri dan anak-anaknya di dalam komunitas pada lain pihak, telah terganggu atau terputus. Di kebanyakan negara Afrika, para laki-laki mengabaikan kewajibannya untuk memelihara dan merawat anak-anak dan perempuan dalam komunitas, namun itu dilakukan dengan tetap mempertahankan monopoli mereka atas hak-hak subjektif. Barang tentu situasi demikian memunculkan kebutuhan atas perlindungan hukum dan kepastian hukum nyata.

117 Istilah '*legal pluralism*' merupakan konsep inti dari satu aliran pemikiran ilmiah. Dalam aliran pemikiran ini tradisi dipresentasikan sebagai alternatif yang masuk akal bahkan lebih baik dari hukum maupun negara. Pandangan demikian kiranya beranjak dari keragaman asal mula atau sumber validitas norma-norma hukum yang teramat di negara-negara berkembang. Untuk kepentingan analisis yuridis dari sistem yang sangat heterogen tersebut, maka sangat bermanfaat untuk menggunakan apa yang saya sebut singkatnya sebagai '*five layer model*'. Kelima lapisan tersebut menggambarkan sekumpulan norma hukum yang berasal atau bersumber dari:

Selanjutnya kita dapat sebut meningkatnya intensitas komunikasi. Di negara-negara seperti Cina dan India, dengan memanfaatkan kemajuan teknologi-informatika, perundang-undangan sudah tersedia *on-line* sehingga dapat diperoleh siapa saja dengan mudah, dan *chat-groups* di seluruh pelosok dunia bertukar-pikiran tentang perkembangan hukum (yang terjadi di mancanegara).<sup>118</sup>

Gelombang demokratisasi sepuluh tahun terakhir yang melanda dunia berkaitan dengan ini semua. Sejak 1970 prosentase negara demokratis di dunia bertambah lebih dari dua kali lipat.<sup>119</sup> Perkembangan ini memberikan landasan lebih baik bagi instansi-instansi hukum (di dalam negara) untuk mewujudkan upaya mereka mengembangkan kepastian hukum nyata. Sekarang ini lebih ketimbang tahun-tahun kebelakang kebanyakan negara berkembang telah siap menerima dan mengembangkan sistem pengawasan yang bebas terhadap legitimitas tindakan-tindakan penguasa, misalnya melalui mekanisme peradilan tata usaha negara atau ombudsman.<sup>120</sup> Kegiatan pengawasan keuangan meningkat pesat dan itu membawa konsekuensi bahwa sekarang ini, berbeda ketimbang 10 tahun lalu, perhatian lebih sungguh-sungguh telah diberikan terhadap (upaya penanggulangan) masalah korupsi

---

(1) sistem (hukum) kebiasaan (*custom*) atau adat-istiadat; (2) sistem religi (agama/kepercayaan); (3) sistem kolonial yang terorientasi pada prinsip-prinsip (hukum) Eropa; (4) sistem negara merdeka (berdaulat) dengan ideologi pembangunan; dan (5) hukum internasional. Baik dalam pembentukan hukum di negara-negara berkembang maupun studi ilmiah tentangnya, kita tengarai muncul dan tampilnya pakar utama serta pendukung dari masing-masing lapisan di atas. Beberapa dari mereka merasa perlu mengembangkan 'lapisan hukum' yang mereka tekuni dan bertempur melawan kubu lainnya. Sebagai ilustrasi dapat dikenali satu kelompok yang mengusung pandangan perlunya norma hukum diturunkan dari sistem (hukum) kebiasaan. Mereka memusatkan perhatian pada komunitas lokal yang otentik (asli) yang menumbuhkembangkan secara organik aturan-aturan perilaku yang ditegakkan oleh institusi pemegang otoritas di tingkat lokal. Istilah pluralisme hukum sejak 1970-an dimengerti sebagai suatu agenda akademik, suatu gerakan, aliran pemikiran dominan dalam lingkup antropologi hukum. Gerakan ini secara berlanjut memperjuangkan pengakuan dan penghargaan kembali dari (hukum) kebiasaan dan agama/kepercayaan, serta menentang penerimaan prinsip-prinsip hukum positif nasional sebagai '*grundnorm*'. Suatu penegasan luas dari keberlakuan aturan-aturan yang berasal dari kebiasaan (hukum adat) dalam hal ini merupakan prinsip utama. Dalam pandangan pribadi saya, kiranya akan lebih bermanfaat untuk berbicara tentang pluralisme norma (*normative pluralism*) atau '*poly-normativism*' daripada pluralisme hukum dan mencadangkan istilah 'hukum' hanya untuk merujuk pada aturan-aturan yang diakui sebagai negara sebagai hukum. Untuk komentar kritis yang mendasar terhadap pluralisme hukum lihat juga Brouwer (1995) dan Tamanaha (1993).

118 Lihat Otto, Polak, et al. (eds.) (2000: 220) dan artikel '*Toverdoos veroverst Indiaas Platteland*', di dalam NRC Handelsblad, 24 Maret 2000.

119 World Bank (2000: 8-9, 28, 43).

120 Lihat Zhang (1997), International Ombudsman Institute (1996) dan Jacoby (1999).



di lingkungan pemerintahan.<sup>121</sup> Kontribusi penting juga diberikan kebebasan pers terhadap meningkatnya kesadaran dan pemahaman masyarakat akan hukum.<sup>122</sup> Hal yang sama dapat dikatakan tentang peran dari puluhan ribu lembaga swadaya masyarakat yang karena kebebasan yang mereka nikmati dapat memberikan bantuan hukum, penyuluhan hukum, dan melakukan *lobby* untuk mempengaruhi proses pembuatan perundang-undangan.<sup>123</sup> Bersamaan dengan penyebaran mendunia dari prinsip-prinsip pasar bebas, setelah hilangnya daya pesona sosialisme model Uni Soviet, menyebar pula gagasan-gagasan hukum keperdataan yang terkait erat dengannya.<sup>124</sup> Peningkatan jumlah perjanjian-perjanjian internasional sekaligus juga mempengaruhi terus menerus perkembangan hukum publik di negara-negara berkembang.

Dengan latarbelakang *megatrends* sebagaimana telah diuraikan di atas, kita dapat katakan bahwa pleidoi Van Vollenhoven perihal pemberlakuan hukum adat untuk keseluruhan masyarakat timur dalam oratio-nya satu abad lalu sudah tidak lagi dapat dipertahankan.<sup>125</sup> Masyarakat di negara-negara berkembang betul masih heterogen, namun sektor-sektor (kehidupan masyarakat) yang membutuhkan pengembangan hukum modern terus bertambah dan meningkat.<sup>126</sup>

121 Lihat sebagai contoh SIGMA/Transparency International Anti-Corruption Directory di <http://transparency.de>. Lihat juga Ofomu-Amaah et al. (eds.) (1999); Richter et al. (eds.) (1990); Tanzi (1994).

122 Dalam penelitiannya tentang pengadilan tata usaha negara di Indonesia, Bedner (lihat Bab 8) menunjukkan pentingnya peran dan pengaruh dari media masa terhadap status dan efektivitas dari pengadilan tersebut.

123 Lembaga-lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) itu pada mulanya menempatkan diri berhadapan dengan negara. Namun sekarang ini lembaga-lembaga tersebut juga memberi perhatian pada masalah administrasi pemerintahan dan hukum (Opello and Rosow 1999: 254).

124 Untuk contoh dari Cina lihat Li (1998).

125 Meskipun demikian, masih juga dapat kita tengarai adanya tuntutan kebutuhan sebagian masyarakat untuk mempertahankan keberlakuan norma yang bersumber pada (hukum) kebiasaan (adat) atau tradisi di sejumlah bidang kehidupan tertentu atau yang berakar dalam konteks kehidupan masyarakat. Sebagai ilustrasi, hal ini tampak muncul di sejumlah masyarakat Islam dalam hal mempertahankan keberlakuan norma-norma dalam hukum perkawinan Islam. Lembaga kepemilikan komunal dari tanah juga masih bertahan di banyak negara-negara Afrika atau masyarakat pedesaan di Asia.

126 Berkenaan dengan ini kita akan berhadapan dengan sektor-sektor masyarakat di mana hubungan ekonomi modern secara dominan berlaku dan di mana dipergunakan teknologi modern. Terpikirkan di sini bidang-bidang kehidupan perkotaan modern di mana industri, perdagangan barang dan jasa. Namun di pedesaan-pun hukum modern dapat difungsikan sebagai solusi yang membebaskan mereka dari penindasan dan keterungkungan. Hal ini khususnya relevan bagi kelompok masyarakat paling rentan seperti istri yang diceraikan dan janda. Perlindungan alam dan lingkungan juga membutuhkan adanya hukum atau peraturan perundang-undangan baru. Norma-norma tradisional kiranya di sini tidak terlalu bermanfaat.

Hukum telah berkembang jauh sedemikian sehingga menjadi bagian yang telah memiliki akar sendiri di negara-negara yang bersangkutan. Mereka sekarang kembali terbuka untuk berkomunikasi dengan yuris dari negara-negara barat, namun pada tataran yang sederajat.

Saya mengandaikan bahwa akibat perubahan-perubahan besar di atas, maka rakyat biasa di negara-negara berkembang sekarang ini dapat melihat dan merasakan adanya peningkatan kepastian hukum nyata di beberapa bagian dari sistem hukum.

Pandangan ini tidak saja diperkuat oleh berita-berita dari koran melainkan juga dari studi kepustakaan dan studi lapangan, serta melalui perbincangan yang dilakukan antara kami dengan dengan kolega-kolega di pelbagai negara yang telah disebutkan di atas.

Arus balik yang sebelumnya telah kita bahas tetap penting dan tidak bisa diabaikan. Kadangkala dalam jangka pendek arus balik tersebut tidak tertanggulangi dan keseimbangan yang tercipta susah payah kemudian goyah atau menjadi sangat rentan. Kendati begitu bilamana di dalam negara-negara berkembang kelembagaan hukumnya lemah, maka dalam jangka panjang tiada pilihan lain yang terbuka terkecuali memperkuatnya (memberdayakan). Apabila mayoritas penduduk suatu kota terdiri dari *squatters*, dalam jangka panjang acap hanya terbuka satu solusi: legalisasi. Bila sumberdaya alam seperti air tanah habis dan kemudian muncul masalah pembagian sumberdaya yang semakin langka tersebut, maka terbuka hanya satu alternatif: regulasi. Untungnya kondisi-kondisi yang dipersyaratkan untuk memastikan keberhasilan kedua alternatif di atas sekarang ini lebih baik ketimbang lima puluh tahun lalu.

## 6. Kerja sama dalam pengembangan hukum

Kita dapat lihat bahwa pada era 1990-an, di dalam lingkup kerja sama internasional, perhatian terhadap aspek-aspek pemerintahan dan hukum telah muncul kembali.<sup>127</sup> Peningkatan perhatian ini merupakan reaksi terhadap apa yang terjadi pada tahun 80-an tatkala dukungan terhadap prinsip-prinsip pasar bebas sedemikian luas sehingga terlupakan bahwa prinsip-prinsip tersebut tanpa adanya negara, pemerintahan dan hukum, sama sekali tidak berguna. Perkembangan ini selanjutnya dapat kita mengerti dalam konteks ketidaksukaan masyarakat terhadap kekuasaan birokrasi yang begitu besar di tahun 60-an dan 70-an yang kemudian mematikan inisiatif rakyat (melumpuhkan kemampuan masyarakat mengurus diri sendiri). Demikian, maka dapat kita cermati

127 Lihat World Bank (1992); World Bank (1995); Faundez (1997); Otto (1997).



gerak pendulum kebijakan (progam) pembangunan internasional.<sup>128</sup>

Pada periode 1990-an, setidaknya-tidaknya, pihak donor, di bawah kepemimpinan Bank Dunia, telah memutuskan bahwa hukum bersama-sama dengan pemerintahan harus dipandang sebagai satu bagian integral dari proses pembangunan (pengembangan masyarakat dan negara).<sup>129</sup> Pembalikan pandangan ini diargumentasikan dengan dukungan temuan pakar-pakar ekonomi yang dengan angka-angka telah membuktikan peran penting hukum bagi keberlangsungan pertumbuhan ekonomi.<sup>130</sup> Selama beberapa puluh tahun terakhir, satu gelombang bantuan yuridis telah melanda baik negara-negara eks rezim komunis maupun negara-negara berkembang.<sup>131</sup> Proyek-proyek bantuan ini pada akhirnya dimaksudkan untuk menunjang pranata atau kelembagaan hukum yang saya sebutkan di atas. Kerja sama pengembangan hukum sekarang ini merupakan bagian dari paket progam bantuan yang lebih besar yang lebih dikenal sebagai kebijakan untuk memajukan *Good Governance* (tata kelola pemerintahan yang baik).

Kembali muncul pertanyaan: apakah semua itu akan berhasil? Apakah hukum Barat betul dapat diekspor ke negara-negara lain?<sup>132</sup> Gerakan *Law and Development* 25 tahun lalu dikritik demikian keras sehingga kemudian mati begitu saja. Apakah risiko yang sama juga mengancam kerja sama internasional pengembangan hukum yang sekarang dikembangkan?<sup>133</sup> Saya harus mengakui bahwa risiko demikian memang ada. Akan tetapi, kita sebenarnya dari sejarah negara-negara berkembang dapat belajar, apa yang sebenarnya sudah kita ketahui dari pengalaman di negara-negara Barat, bahwa: pembaharuan hukum

128 Lihat Esman (1991: 6-13).

129 Lihat World Bank (1995); OECD (1995).

130 Lihat North (1990).

131 Lihat Faundez (1997).

132 Suatu perbandingan sejarah hukum tentang penyebaran dan perluasan hukum Eropa di era kolonialisme dan reaksi yang muncul darinya kiranya dengan sendirinya muncul ke muka (lihat Mommsen & De Moor 1992; Allott 1980: 174-196). Dalam bidang studi sosiologi hukum dan perbandingan hukum muncul dan masih berlangsung perdebatan sengit tentang seberapa jauh hukum dapat ditransplantasi. Seidman & Seidman (1994: 46) mengembangkan konsep hukum tentang tidak dapat ditransplantasikannya suatu kaedah (hukum) (*law of the non-transferability of law*). Teori yang dikembangkan Watson tentang '*legal transplant*', dan praktik sehari-hari sebaliknya mengasumsikan bahwa dalam situasi dan kondisi tertentu hukum asing dapat ditransplantasi ke masyarakat negara lain (lihat Bab 7).

133 Tentang keruntuhan dari gerakan *Law and Development* lihat Tamanaha (1995a). Untuk ulasan tentang risiko dari program kerja sama dalam bidang pengembangan hukum dan tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance programs and juridical co-operation*) lihat Otto (1997).

butuh waktu.

Kepentingan untuk mewujudkan kepastian hukum nyata, baik bagi warga biasa, penguasa di negara-negara berkembang maupun dunia Barat, sekarang ini mensyaratkan nafas yang sangat panjang. Situasi di negara-negara berkembang saat ini, sebagaimana saya sudah indikasikan, sekarang ini lebih menguntungkan (kondusif) ketimbang di masa lalu. Jadi adalah bagus bahwa hukum sekarang ini di sini diberi tempat dalam kerja sama (bantuan) pembangunan, namun harus sekaligus ditambahkan bahwa program tersebut harus mampu mengolahnya dengan baik.

Demi kepentingan mengembangkan kerja sama (bantuan) pembangunan yang berdayaguna, maka negara-negara donor tidak hanya harus mampu memberikan pengetahuan teknik yuridis, namun lebih dari itu juga harus memahami bagaimana di negara-negara penerima bantuan tersebut sistem hukum yang berlaku dibentuk, bagaimana kelembagaan yang ada difungsikan, dan bagaimana dan seberapa besar tingkat arus balik yang muncul dari masyarakat.

Ini semua menuntut dari kita suatu perubahan sikap dan pandangan. Bukan sikap tegas dan jumawa memberikan penilaian terhadap kinerja pemerintahan negara berkembang: *good governance* atau *bad governance*. Apa yang justru disyaratkan ialah kerendahan-hati, pengetahuan mendalam dan keterlibatan yang diukur dalam rentang tahun. Juga dituntut, *last but not least*, dilakukannya kajian multidisipliner terhadap hukum dan kelembagaan hukum.

Barang tentu salah satu fungsi bidang kajian kita ini ialah untuk menyediakan dan memenuhi kebutuhan akan penelitian serta pendidikan-pelatihan dasar maupun lanjut. Terbukti pula bahwa orang-orang kita yang terlibat dalam proyek-proyek kerja sama antara jurisdiksi Belanda dan negara-negara berkembang memenuhi satu fungsi tambahan: mendokumentasikan, menterjemahkan, mencari tahu, menyelidiki, menjadi penengah, dan kesemuanya tanpa melupakan kebutuhan akan kepastian hukum nyata. Kesemuanya ini tentunya kerap kali dilakukan dalam konteks kerja sama dengan kolega-peneliti dari negara-negara berkembang.

Terlepas dari penerapan praktikal di atas, penelitian-penelitian ilmiah dan pendidikan (hukum) yang ditawarkan bidang kajian ini akan tetap terfokus pada permasalahan mendasar perihal kepastian hukum nyata, dan dalam konteks itu akan melintas dan mencakup ragam bidang-bidang hukum, seperti misalnya hukum administrasi, hukum lingkungan, hukum keluarga, dll. Penyesuaian dari tradisi dan kontrol terhadap kekuasaan politik menarik perhatian kami. Selanjutnya kami

juga melakukan serangkaian kajian dalam rangka mencari solusi yuridis terhadap pembiaran massal (budaya permisif) di dalam bidang hukum lingkungan, hukum tanah, dan hukum administrasi negara.

Dalam kesemua itu bagaimana kerja pranata atau kelembagaan hukum tetap menjadi objek studi utama. Berkenaan dengan ini perhatian kami terutama tertuju pada pembuatan regulasi, pemerintahan dan peradilan pada tingkat lokal.<sup>134</sup> Karena, justru pada tataran ini, tataran lokal, hukum di negara-negara berkembang harus memenuhi fungsinya dalam konteks abad ke-21, yakni tetap sebagai bagian dari tri-tunggal: hukum internasional, hukum nasional dan hukum lokal.

134 Sekalipun hukum dan administrasi berurusan dengan aturan-aturan yang umumnya absah, tujuan dan (pembagian) tugas, pemahaman yang mumpuni tentang bagaimana keduanya bekerja mensyaratkan dimilikinya pengetahuan tentang situasi lokal yang bersifat khusus (*locally-specific-knowledge*). Untuk gambaran tentang ketegangan antara '*global doctrine*' dengan '*local knowledge*' dalam studi tentang hukum di negara-negara berkembang, saya merujuk karya Andrew Harding dan mitra kerjanya di *Law Department* (Fakultas Hukum) dari *School of Oriental and African Studies* (SOAS), khususnya Harding (2000). Pentingnya studi yang terfokus pada tataran lokal antara lain muncul dari sejumlah proyek penelitian di Van Vollenhoven Institute, baik yang sudah tuntas maupun masih berlangsung. Studi demikian mencakup telaahan tentang pemerintahan lokal pada tingkat pedesaan (Oomen 2000a; Otto 1987, 1999), tentang administrasi pemerintahan lokal (Niessen 1999), tentang yurisprudensi lokal (Bedner 2001; Buskens 1999; Oomen 2000b), tentang hukum (peraturan perundang-undangan) tingkat lokal (Niessen 1999) dan tentang penegakan hukum pada tingkat lokal (Rooij 2001).

## Daftar pustaka

- Adelman, S. & A. Paliwala (eds.) (1993), *Law and Crisis in the Third World*, African Discourse Series 4, Centre of Modern African Studies. London: Hans Zell Publishers.
- Adinkrah, K.O. (1990), 'Folk Law is the Culprit : Women's 'Non-rights' in Swaziland', *Journal of Legal Pluralism* 30-31: 9-31.
- Alderfer, H.F. (1964), *Local Government in Developing Countries*. New York: McGraw-Hill.
- Al-Nowaihi, M. (1997), 'Problems of Modernisation in Islam', in S.E. Ibrahim and N. Hopkins (eds.) *Arab Society in Transition*. Cairo: The American University in Cairo, 581-591.
- Algra, N.E. & H.R.W. Gokkel (1981), *Fockema Andreae's Rechtsgeleerd Handwoordenboek*. Alphen aan den Rijn.
- Allott, A. (1980), *The Limits of Law*. London: Butterworth.
- Arnold, G. (1994), *The Third World Handbook*. Trowbridge: Redwood Books.
- Beer, L.W. (ed.) (1992), *Constitutional Systems in Late Twentieth-Century Asia*. London, University of Washington Press.
- Bakker, J.W.A. (1998), *The Independence of the Judiciary: Summary of Four Case Studies*, Interdisciplinary Research Programme on Causes of Human Rights Violations (PIOOM), Leiden.
- Ball, J. (1985), *Indonesian Law Commentary and Teaching Materials*, Vol. 1, Faculty of Law. Sydney: University of Sydney.
- Beaufort, H.T.L. de (1954), *Cornelis van Vollenhoven*. Haarlem: Tjeenk Willink en Zn.
- Bedner, A.W. (2001), *Administrative Courts in Indonesia: A Socio-Legal Study*. The Hague, London & Boston: Kluwer Law International.
- Beer, L.W. (1992), *Constitutional Systems in Late Twentieth Century Asia*. Seattle: University of Washington Press.
- Boynton, G. & C.L. Kim (eds.) (1975), *Legislative Systems in Developing Countries*. Durham NC: Duke University Press.
- Brouwer, P.W. (1995), 'Recensie van Strijbosch, F., Aan de Grenzen van het Rechtspluralisme: Over de Sociale en Juridische Betekenis van Migrantenrecht in Nederland', *Rechtspluralisme en Migrantenrecht* 16 (1): 79-88.
- Budiman, A., B. Hatley & D. Kingsbury (eds.) (1999), *Reformasi: Crisis and Change in Indonesia*. Clayton: Monash Asia Institute.
- Burns, P.J. (1999), *The Leiden Legacy: Concepts of Law in Indonesia*. Jakarta: Pradnya Paramita.

- Buskens, L. (1999), *Islamitisch Recht en Familiebetrekkingen in Marokko*. Amsterdam: Bulaaq.
- Carleton Howell, R. (1994), 'The *Otiemo* Case: African Customary Law Versus Western Jurisprudence', dalam Dundes-Renteln, A. & A. Dundes (eds.), *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*. New York: Garland Publishing, 827-844.
- Casella, P.B. (1997), 'The Results of the Uruguay Round in Brazil: Legal and Constitutional Aspects of Implementation', dalam J.H. Jackson & A. Sykes (eds.), *Implementing the Uruguay Round*. Oxford: Clarendon Press.
- Chaïbou, A. (1998), 'La Jurisprudence Nigérienne en Droit de la Famille et l'Émergence de la Notion de 'Coutume Urbaine'', *Journal of Legal Pluralism* 42: 157-170.
- Churchill, G. (1992), 'The Development of Legal Information Systems in Indonesia', Research report 1. Leiden: Van Vollenhoven Institute for Law and Administration in Non-Western Countries.
- Davidson, F. (1984), 'Ismailia: Combined Upgrading and Sites and Services Projects in Egypt', dalam G.K. Payne (ed.), *Low-income Housing in the Developing World*, Chichester, GB.
- Dhar, P. (1993), *Indian Judiciary*. Allahabad: The Law Book Company.
- Dias, C.J., R. Luckham, D.O. Lynch & J.C.N. Paul (eds.) (1981), *Lawyers in the Third World: Comparative and Developmental Perspectives*. Sweden: Uppsala Offset Centre AB.
- Edge, I. (1991), 'An Assessment of the Jurisprudence of the Supreme Constitutional Court of Egypt', dalam *Recht van de Islam* 9, makalah dipresentasikan pada symposium RIMO, 7 Juni 1991, Maastricht.
- Ernst and Young (1994), *Global Investment in Emerging Markets, Opportunity versus Risks*. Ernst and Young International Limited.
- Esman, M.J. (1991), *Management Dimensions of Development: Perspectives and Strategies*. West Hartford, Conn.: Kumarian Press.
- Fasseur, C. (1993), *De Indologen: Ambtenaren voor de Oost 1825-1950*. Amsterdam: Bert Bakker.
- Faundez, J. (1997), 'Legal Technical Assistance', dalam J. Faundez (ed.), *Good Government and Law : Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. The British Council, MacMillan Press: Houndmills.
- Fox, G. (1999), 'Strengthening the State', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 7, 1: 35-77.
- Ghai, Y. (1993), 'Constitutions and Governance in Africa: a Prolegomenon', dalam S. Adelman & A. Paliwala (eds.), *Law and Crisis in the Third World*. London: Hans Zell Publishers.
- Gray, C.W. (1991), 'Legal Process and Economic Development : a Case-study of Indonesia', dalam *World Development* 19, 7: 763-778.

## 5. Kepastian hukum yang nyata di negara berkembang

- Grindle, M.S. (ed.) (1997), *Getting Good Government: Capacity Building in the Public Sectors of Developing Countries*, Harvard Institute for International Development. Harvard: Harvard University Press.
- Harding, A. (2000), *Global Doctrine and Local Knowledge : Law in South East Asia*, the 8<sup>th</sup> Tun Abdul Razah Memorial Lecture, Shangri-La Hotel, 21 June 2000. London: School of Oriental and African Studies.
- Heady, F. (1996), *Public Administration: A Comparative Perspective*. New York: Marcel Dekker.
- Hingorani, R.C. (1984), 'Human Rights in Developing Countries', dalam A. Grahl-Madsen & J. Toman (eds.), *The Spirit of Uppsala*, Joint UNITAR-Uppsala University Seminar on International Law and Organisation for a new World Order. Berlin: De Gruyter.
- Holleman, J.F. et al. (eds.) (1981), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- Horn, H.R. & A. Weber (eds.) (1989), *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- International Ombudsman Institute (1996), *Ombudsman Office Profiles*.
- Jacoby, M.D. (1999), *The Development of the Ombudsmediator on Global Scale*, International Ombudsman Institute.
- Jayasuriya, K. (1999), *Law, Capitalism and Power in Asia : the Rule of Law and Legal Institutions*. London/New York: Routledge.
- Kante, B. & M. Pietermaat-Kros (eds.) (1998), *Towards the Renaissance of Constitutionalism in Africa*. Dakar: Goree Institute.
- Kanter-Van Hettinga Tromp, B.J.A. de & A.E. Eyffinger (1992), *Cornelis van Vollenhoven 1874-1933*. The Hague: T.M.C. Asser Instituut.
- Keith, R. (1994). *Rule of Law in China*. London: MacMillan Press.
- Klitgaard, R. (1988), *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press.
- Klitgaard, R. (1996), 'Cleaning up and Invigorating the Civil Service', *Public Administration and Development* 4: 77-98.
- Kolff, D.H.A. (1992), 'The Indian and the British Law Machines: Some Remarks on Law and Society in British India', dalam W.J. Mommsen & J.A. de Moor (eds.), *European Expansion and Law, The Encounter of European and Indigenous Law in 19<sup>th</sup>- and 20<sup>th</sup>-Century Africa and Asia*. Oxford: Berg Publishers.
- Lev, D.S. (2000), *Legal Evolution and Political Authority: Selected Essays*. The Hague: Kluwer Law International.
- Li, Y. (1998), 'Fade-away of Socialist Planned Economy: China's Participation in the WTO', dalam F. Weiss, E. Denters & P. de Waart (eds.), *International Economic Law with a Human Face*. The Hague: Kluwer Law Internationaal.

- Li, Y. (2000), *Court Reform in China: Problems, Progress and Prospects*, makalah dipresentasikan pada konferensi 'Implementation of Law in the People's Republic of China', November 8-10, 2000, Leiden University.
- Linden, J.J. van der (1985), *Ghousia Colony: the Upgrading of a Stagnating Basti*. Amsterdam: Vrije Universiteit.
- Logemann, J.H.A. (1947), *Wegen der Wetenschap*, Oratie, Rijksuniversiteit Leiden.
- Lubman, S. (ed.) (1996), *China's Legal Reforms*. Oxford: Oxford University Press.
- Lund, C. & G. Hesseling (1999), 'Traditional Chiefs and Modern Land Tenure Law in Niger', dalam E.A.B. van Rouveroy van Nieuwaal & R. van Dijk (eds.), *African Chieftaincy in a New Socio-Political Landscape*. Hamburg: Lit. Verlag.
- Magraw, D.B. (1990), 'Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual and Absolute Norms', *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 1: 69-99.
- Mattei, U. (1997), 'Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems', *The American Journal of Comparative Law* 45: 5-44.
- Moench, M. (1995), 'Approaches to Groundwater Management: To Control or to Enable?', dalam M. Moench (ed.), *Groundwater Law: The Growing Debate*, VIKSAT Pacific Institute Collaborative Groundwater Project, Ahmedabad.
- Mommsen, W.J. & J.A. de Moor (eds.) (1992), *European Expansion and Law: the Encounter of European and Indigenous Law in 19<sup>th</sup>- and 20<sup>th</sup>-Century Africa and Asia*. Oxford: Berg Publishers.
- Mtengeti-Migiro, R. (1991), 'Legal Developments on Women's Rights to Inherit Land Under Customary Law in Tanzania', *Verfassung und Recht in Übersee* 24 (1): 362-371.
- Nekkers, J.A., P.A.M. Malcontent & F.A.J. Baneke (eds.) (1999), *De Geschiedenis van Vijftig Jaar Ontwikkelingssamenwerking 1949-1999*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Niessen, N. (1999), *Municipal Government in Indonesia: Policy, Law, and Practice of Decentralization and Urban Spatial Planning*. Leiden: CNWS Publishers.
- North, D. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press.
- OECD (1995), *Participatory Development and Good Governance, Development Co-operation Guideline Series*. Paris: OECD.
- Ofosu-Amaah, W. Paatii, R. Soopramanien & K. Uprety (eds.) (1999), *Combating Corruption: A Comparative Review of Selected Legal Aspects of State Practice and Major International Initiatives*. Washington, DC: The World Bank.
- O'Meara, M. (1999), 'Exploring a New Vision for Cities', dalam *State of the World 1999: A Worldwatch Institute Report on Progress Toward a Sustainable Society*. New York: W.W. Norton & Company.



## 5. Kepastian hukum yang nyata di negara berkembang

- Oomen, B.M. (1998), *Inleiding Recht en Bestuur in Zuid-Afrika*, Van Vollenhoven Instituut en Onderzoekschool CNWS. Leiden: CNWS.
- Oomen, B.M. (2000a), *Tradition on the Move: Chiefs, Democracy and Change in Rural South Africa*, Netherlands Institute for Southern Africa.
- Oomen, B.M. (2000b), 'Traditional Woman-to-Woman Marriages and the Recognition of Customary Marriages Act', dalam *Tydskrif vir Hedendaagse Rooms-Hollandse Reg* 63, No. 2, 274-282.
- Opello, W.C. & S.J. Rosow (1999), *The Nation-state and Global Order: a Historical Introduction to Contemporary Politics*. London: Lynne Rienner Publishers.
- Otto, J.M. (1987), *Aan de Voet van de Piramide, Overheidsinstellingen en Plattelandsontwikkeling in Egypte: een Onderzoek aan de Basis*, Dissertatie Rijksuniversiteit Leiden. Leiden: DSWO Press.
- Otto, J.M. & S. Pompe (1989), 'The Legal Oriental Connection', dalam W. Otterspeer (ed.), *Leiden Oriental Connections 1850-1950*. Leiden: E.J. Brill.
- Otto, J.M. (1991), 'Recht in Ontwikkelingslanden: Object en Benaderingswijzen', dalam Societas Iuridica Grotius (ed.), *Eruditia Ignorantia*, Vijftien opstellen bij het vijftiende lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderdentiende geboortedag van Grotius. Arnhem: Gouda Quint BV.
- Otto, J.M. (1992), *Conflicts Between Citizen and State in Indonesia: the Development of Administrative Jurisdiction*, Research Report no. 92/1, Leiden: Van Vollenhoven Institute for Law and Administration in Non-Western Countries.
- Otto, J.M. (1995), 'Jurists, Nation Building and Social Tensions in Egypt', dalam B. Galjart & P. Silva (eds.), *Designers of Development; Intellectuals and Technocrats in the Third World*. Leiden: CNWS.
- Otto, J.M. (1997), 'Good Governance: Bestuur en Recht in de Nederlandse Ontwikkelingssamenwerking', *Beleid en Maatschappij* 24 (4): 189-200.
- Otto, J.M. (1998), 'The Supreme Court of Niger and Polynormativism in Urban Centres : a Comment on Abdourahaman Chaïbou', dalam *Journal of Legal Pluralism* 42: 171-177.
- Otto, J.M. (1999), *Lokaal Bestuur in Ontwikkelingslanden: Een Leidraad voor Lagere Overheden in de Ontwikkelingssamenwerking*. Bussum: Uitgeverij Coutinho.
- Otto, J.M., M.V. Polak, J. Chen & Y. Li (eds.) (2000), *Law-Making in the People's Republic of China*. The Hague: Kluwer Law International.
- Payne, G.K. (ed.) (1984), *Low-Income Housing in the Developing World*. John Wiley & Sons Ltd.
- People's Republic of China Year Book (1996/1997). Beijing: People's Republic of China Year Book Limited.
- Peters, R. (1987), 'God's Wet of Mensen's Wet: de Egyptische Politiek en de Toepassing van het Islamitische Recht', dalam *Recht van de Islam* 9, makalah



- dipresentasikan pada RIMO-symposium, 22 mei 1987, Maastricht.
- Powelson, J.P. & R. Stock (1990), *The Peasant Betrayed: Agriculture and Land Reform in the Third World*. Washington DC: Cato Institute.
- Reede, J.L. de (1982), *Rechterlijke Toetsing van Grondwetsherziening in India*, dissertatie Universiteit van Amsterdam. Amsterdam: Rodopi.
- Rembe, N. (1990), 'Éman basadi': Women, Sex Discrimination and the Constitution of Botswana, *Lesotho Law Journal* 6 (2): 155-165.
- Richter, W.L., F. Burke & J.W. Doig (eds.) (1990), *Combating Corruption, Encouraging Ethics: A Sourcebook for Public Service Ethics*. Washington DC: The American Society for Public Administration.
- Ricklefs, M.C. (1981), *A History of Modern Indonesia*. London: Macmillan Press.
- Riggs, F.W. (1964), *Administration in Developing Countries, The Theory of Prismatic Society*. Boston: Houghton Mifflin Company.
- Robinson, M. (ed.) (1998), *Corruption and Development*. London: Frank Cass Publishers.
- Rooij, B. van (2001), 'Implementing Chinese Environmental Law through Enforcement: The Shiwu Xiao and Shuang Dabiao Campaigns', dalam J. Chen, Y. Li & J.M. Otto (eds.), *Implementation of Law in the People's Republic of China*. The Hague: Kluwer Law International.
- Rouveroy van Nieuwaal, E.A.B. van et al. (1995), *Proceedings of the Conference on the Contribution of Traditional Authorities to Development, Human Rights and Environmental Protection: Strategies for Africa*. Leiden: African Studies Centre.
- Rouveroy van Nieuwaal, E.A.B. van (2000), *L'État en Afrique face à la Chefferie : Le Cas du Togo*. Leiden: African Studies Centre
- Roy, D.A. & W.T. Irelan (1989), 'Law and Economics in the Evolution of Contemporary Egypt', *Middle Eastern Studies* 25 (2): 163-169.
- Scott, J.C. (1972), *Comparative Political Corruption*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
- Seidman, R.B. (1978), *The State, Law and Development*. New York: St. Martin's Press.
- Seidman, A. & R.B. Seidman (1994), *State and Law in the Development Process : Problem-solving and Institutional Change in the Third World*. Basingstoke: Macmillan.
- Seidman, A., R. B. Seidman & T. Wälde (eds.) (1999), *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*. The Hague: Kluwer Law International.
- Seidman, A., R.B. Seidman & Nalin Abeyesejkere (2001), *Legislative Drafting for Democratic Social Change: a Manual for Drafters*. The Hague: Kluwer Law International.

## 5. Kepastian hukum yang nyata di negara berkembang

- Sen, Amartya (1999), *Beyond the Crisis: Development Strategies in Asia*, Asia and Pacific Lecture Series, No. 2, Singapore: Institute of Southeast Asian Studies.
- Shapiro, M. (1993), 'The Globalisation of Law', dalam *Global Legal Studies Journal* 1 (7), 37-64.
- Shihata, I.F.I. (1999), 'Good Governance and the Role of Law in Economic Development', dalam A. Seidman, R.B. Seidman & T. Wälde (eds.), *Making Development Work, Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*. The Hague: Kluwer Law International.
- Sinjela, M. (1998), 'Constitutionalism in Africa: Emerging Trends', *The Review of International Commission of Jurists*, No. 60, 23-28.
- Soto, H. de (1989), *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*, Bogota.
- Steenbergen, F. van (1997), *Institutional Change in Local Water Resource Management: Cases from Baluchistan*, PhD-dissertation, State University Utrecht.
- Strijbosch, F. (1986), *Een Leven Lang Verbonden met de Grond*. Nijmegen: Instituut voor Volksrecht.
- Sultan, J. & J.J. van der Linden (1991), *Squatment Upgrading in Karachi: A Review of Longitudinal Research on Policy, Implementation and Impacts*. Amsterdam: Vrije Universiteit.
- Tamanaha, B.Z. (1993), 'The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism', *Journal of Law and Society*, 20 (2): 192-217.
- Tamanaha, B.Z. (1995a), 'The Lessons of Law-and-Development Studies', dalam *American Journal of International Law* 89 (2): 470-486.
- Tamanaha, B.Z. (1995b), *Bibliography on Law and Developing Countries*, Van Vollenhoven Institute for Law and Administration in Non-western Countries. The Hague: Kluwer Law International.
- Tanzi, V. (1994), *Corruption, Governmental Activities and Markets 1*, IMF Working Paper.
- Teubner, G. (1993), *Law as an Autopoietic System*. Oxford: Blackwell Publishers.
- Tiruchelvam, N. & R. Coomaraswamy (eds.) (1987), *The Role of the Judiciary in Plural Societies*. London: Frances Pinter.
- Trubek, L.G. & J. Cooper (eds.) (1999), *Educating for Justice around the World: Legal Education, Legal Practice and the Community*. Aldershot: Dartmouth.
- Vollenhoven, C. van (Bagian 1 (1910) - bagian 45 (1955)) *Adatrechtbundels: Bezorgd door de Commissie voor het Adatrecht, Koninklijk Instituut voor Taal-, Land- en Volkenkunde van Nederlandsch-Indië*. Den Haag: Nijhoff.
- Vollenhoven, C. van (1914-1936), *Pandecten van het Adatrecht*. Amsterdam: Koloniaal Instituut.

- Vollenhoven, C. van (1918 bagian I, 1931 bagian II, 1933 bagian III), *Het Adatrecht van Nederlands-Indië*. Leiden: E.J. Brill.
- Vollenhoven, C. van, *De Ontdekking van het Adatrecht*. Leiden: E.J. Brill.
- Wambali, M.K.B. & C.M. Peter (1987), 'The Judiciary in Context: The Case of Tanzania', dalam N. Tiruchelvam & R. Coomaraswamy, *The Role of the Judiciary in Plural Societies*. London.
- Wignjosoebroto, S. (1992), *Legal Development and Legal Education in Post-War Indonesia (1942-1992)*, Research Report 97/3. Leiden: Van Vollenhoven Institute.
- World Bank (1992), *Governance and Development*. Washington DC: The World Bank.
- World Bank (1995), *The World Bank and Legal Technical Assistance, Initial Lessons*. Washington DC: The World Bank's Legal Department.
- World Bank (1997), *The State in a Changing World*, World Development Report 1997. New York: Oxford University Press.
- World Bank (2000), *Entering the 21<sup>st</sup> Century*, World Development Report 1999/2000. Oxford: Oxford University Press.
- Zhang, Y. (1997), *Comparative Studies on the Judicial Review System in East and Southeast Asia*. The Hague: Kluwer Law International.
- Zoethout, C.M., M.E. Pietermaat-Kros & P.W.C. Akkermans (eds.) (1996), *Constitutionalism in Africa: A Quest for Autochthonous Principles*, SI-EUR-reeks, bagian 10, Sanders Instituut. Deventer: Gouda Quint.

## PLURALISME HUKUM DALAM PERSPEKTIF GLOBAL<sup>1</sup>

Sulistyowati Irianto

### Pengantar

Sebagai suatu konsep akademik, pengertian pluralisme hukum terus berubah dan dipertajam melalui berbagai perdebatan ilmiah dari para ahli dan pemerhati dalam ranah hukum dan kemasyarakatan (*socio-legal studies*). Pengertian pluralisme hukum pada masa awal sangat berbeda dengan masa sekarang. Pada masa awal pluralisme hukum diartikan sebagai ko-eksistensi antara berbagai sistem hukum dalam lapangan sosial tertentu yang dikaji, dan sangat menonjolkan dikotomi antara hukum negara di satu sisi dan berbagai macam hukum rakyat di sisi yang lain (Griffiths 1986). Dalam hal ini para ahli 'sekadar' melakukan pemetaan terhadap keanekaragaman hukum dalam lapangan kajian tertentu (*mapping of legal universe*).

Namun pada saat ini pendekatan pluralisme hukum yang baru memandang pendekatan lama itu tidak dapat digunakan lagi. Paradigma baru dalam pluralisme hukum dikaitkan dengan 'hukum yang bergerak' dalam ranah globalisasi. Sepanjang sejarah kita dapat mengidentifikasi adanya fenomena globalisasi melalui ekspansi yang hegemonik, penyebaran agama (Kristen dan Islam), dan perdagangan. Oleh karenanya menjadi sangat penting untuk melihat globalisasi dalam konteks sejarah. Pada saat sekarang globalisasi yang ditandai oleh perdagangan bebas sejak berakhirnya Perang Dingin, memiliki karakteristik yang baru. Narasi besar tentang pluralisme hukum mengalami re-definisi, sama seperti banyak pemikiran teoretis dan implikasi metodologisnya dalam banyak cabang ilmu sosial lain yang

1 Tulisan ini pernah disampaikan dalam Kursus *Socio-Legal Studies* bagi para dosen di 13 Fakultas Hukum di Indonesia, pengajar mata kuliah antropologi hukum, sosiologi hukum, hukum adat, program kerja sama antara Bagian Hukum dan Masyarakat FHUI, Van Vollenhoven Institute, Universitas Leiden, HuMa, di Hotel Makara, UI, 5 sampai 12 Juni 2007. Tulisan ini juga telah dimuat dalam: Irianto, S. (ed.) (2009), *Hukum yang Bergerak: Tinjauan Antropologi Hukum*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.

memerlukan penjelasan baru karena adanya fenomena globalisasi.

Dalam pendefinisian ulang ini, diperlihatkan bahwa hukum dari berbagai aras dan penjuru dunia bergerak memasuki wilayah-wilayah yang tanpa batas dan terjadi persentuhan, interaksi, kontestasi, dan saling adopsi yang kuat di antara hukum internasional, nasional, dan lokal (ruang dan konteks sosio-politik tertentu). Terciptalah hukum *transnational* dan *transnationalized law* sebagai akibat dari terjadinya persentuhan dan penyesuaian diri, dan pemenuhan kepentingan akan kerja sama antarbangsa. Dalam keadaan ini tidak mungkin lagi dapat dibuat suatu pemetaan seolah-olah hukum tertentu (internasional, nasional, lokal) merupakan entitas yang jelas dengan garis-garis batas yang tegas dan terpisah satu sama lain (Woodman 2004).

### **Pluralisme hukum dalam perspektif global**

Berbagai perdebatan dan diskusi telah melahirkan pemikiran-pemikiran baru tentang pluralisme hukum yang lebih tajam dan berarti dalam menganalisis fenomena hukum dalam masyarakat di berbagai belahan dunia.<sup>2</sup> Bagaimana globalisasi dalam bidang ekonomi, politik, budaya, dalam konteks sejarah dapat menjelaskan globalisasi (dan glokalisasi) dalam bidang hukum?

Dalam era perdagangan bebas ini telah terjadi pertukaran uang, barang dan jasa melalui berbagai aktivitas bisnis secara besar-besaran. Kemajuan teknologi informasi yang sangat pesat telah memungkinkan peristiwa tersebut. Kebijakan pasar bebas 'dipraktekkan' terutama oleh negara-negara maju (kaya dan berkuasa/'powerful'). Tampaknya *the powerful* tidak hanya negara Barat, tetapi juga negara di Asia seperti Jepang dan Cina yang menjadi kekuatan baru dunia. Aktivitas ini telah menyebabkan kita menjadi suatu warga pasar dunia yang besar. Hampir semua barang dan jasa dari manapun dapat ditemukan berbagai penjuru dunia.

Tidak hanya korporasi multinasional (*multi-national corporation*) yang bisa melakukan bisnis transnasional, tetapi juga individu. Sebagai contoh, nelayan di sekitar wilayah Batam menjadi pemasok ikan bagi pedagang ikan besar di Singapura setidaknya sejak tahun 1970-an:

Kecamatan Belakang Padang di Batam ini jaraknya hanya 7 mil atau 15-20 menit dari Singapura, dengan kapal feri atau 40 menit dengan *boat*

2 Diskusi dan perdebatan akademik dan *sharing* pengalaman tersebut terjadi dalam kongres dan pertemuan internasional yang terutama diselenggarakan oleh *the Commission on Folk Law and Legal Pluralism*. Komisi ini beranggotakan 500 orang dari seluruh dunia, terdiri dari para ahli hukum, antropologi, sosiologi, filsafat hukum, hukum adat dari dunia akademik, juga para aktivis muda dari NGO yang bergerak dalam bidang advokasi dan pendampingan terhadap komunitas adat.

tradisional, kapal kayu dengan mesin sangat sederhana. Nelayan dari daerah ini membawa ikan ke Singapura (*Jurong Fish*), dan kembali lagi dengan mengangkut kebutuhan pokok sehari-hari seperti beras dan lauk pauk. Dalam hubungan ini terdapat dua pihak yaitu nelayan Indonesia penangkap dan pengumpul ikan yang melakukan pekerjaannya secara tradisional, dan *toke* Singapura yang menampung hasil ikan dan kemudian memperdagangkannya dengan cara modern. Setelah diberlakukan zona batas laut ke dua negara, maka nelayan tidak bisa lagi bebas berdagang seperti dulu karena harus ada paspor dan izin. Mereka yang melanggar biasanya ditahan beberapa bulan, atau membayar denda. Oleh karena itu muncul pihak lain, yaitu nelayan dan pengirim lintas batas, yang mempunyai kapal pengangkut besar dan peti penyimpanan dan es pendingin. Hanya nelayan ini yang boleh mengangkut ikan secara resmi ke Singapura (Simon 2005)

Transaksi dagang ini berjalan terus secara 'alamiah', khususnya sebelum ada zona laut internasional yang membatasi wilayah kedua negara. Namun setelah ada batas zona laut, maka nelayan harus melengkapi diri dengan paspor dan izin. Transaksi bisnis ini bahkan diikuti oleh kunjungan kekeluargaan dan persahabatan di antara kedua pihak pada peristiwa perayaan tertentu (Simon 2005). Di antara kedua pihak tercipta perjanjian dagang transnasional (*transnational law*). Contoh lain, adalah hukum yang mengatur bidang transportasi yang dianut di wilayah Bogota, Kolumbia, misalnya, yang 'dipinjam' oleh warga Jakarta untuk diterapkan di wilayahnya sendiri. Dalam *transnationalized law* semacam ini ada *legal borrowing* (Wiber 2005).

Seiring dengan terjadinya pertukaran ekonomi, terjadi juga pertukaran dalam bidang politik, melalui berbagai aktivitas dan kerja sama politik bilateral maupun multilateral. Kerja sama diplomatik, termasuk diadakannya perjanjian ekstradisi, atau perjanjian penanggulangan perdagangan manusia, pencucian uang, terorisme, dsb, menjadi contoh di mana kerja sama dalam bidang politik terjadi. Pendeknya, hampir tidak ada lagi negara yang dapat menjalankan politik tertutup secara absolut. *Borderless state* menjadi salah satu atribut globalisasi.

### ***Bagaimana dengan globalisasi hukum?***

Globalisasi tidak lagi dapat diartikan sebagai 'perjalanan satu arah dari Barat ke Timur' melalui penyebaran nilai dan konsep demokrasi, hak asasi manusia, beserta instrumen hukumnya. Namun globalisasi adalah juga persebaran nilai, konsep, dan hukum dari berbagai penjuru dunia menuju berbagai penjuru dunia. Globalisasi juga diiringi oleh proses glokalisasi di mana nilai-nilai 'lokal' (seting politik dan konteks)

dibawa dari satu tempat ke tempat lain (Benda-Beckmann et al. 2005: 8). Dengan demikian misalnya, konsep hak asasi manusia yang klasik digugat kembali (Woodman 2006) dan diberi perluasan pemaknaan berdasarkan pengalaman-pengalaman Dunia Ketiga. Konsep HAM juga dipertanyakan dari perspektif perempuan.

Globalisasi tidak hanya diindikasikan oleh *borderless state*, tetapi juga *borderless law*. Hukum dari wilayah tertentu dapat menembus ke wilayah-wilayah lain yang tanpa batas. Hukum internasional dan transnasional dapat menembus ke wilayah negara-negara mana pun, bahkan wilayah lokal yang mana pun di akar rumput. Atau sebaliknya, bukan hal yang mustahil bila hukum dan prinsip-prinsip lokal diadopsi sebagian atau seluruhnya menjadi hukum berskala internasional (Merry 2005). Bila hari ini lapangan praktik hukum modern mengembangkan *Alternative Dispute Resolution* (ADR), ada baiknya untuk mencermatinya sebagai bidang yang bersentuhan dengan studi sengketa yang terus dipelajari dari perspektif antropologi hukum. Prinsip-prinsip dalam ADR dapat ditemukan dalam karakter sengketa yang dipelajari secara antropologis. Penyelesaian sengketa bertujuan untuk mencapai *win-win solution*, di mana semua pihak merasa diuntungkan dan dimenangkan (Nader & Todd 1978).<sup>3</sup> Sekarang ADR banyak dipelajari dan dikembangkan di berbagai masyarakat mana pun di dunia ini. Bisa juga terjadi mekanisme penyelesaian sengketa di masyarakat lokal tertentu 'dipinjam' oleh masyarakat lokal yang lain (*borrowing modes of dispute resolution*, Benda-Beckmann et al. 2005: 2).

Ide-ide mengenai 'keadilan' dari berbagai penjuru dunia, atau lokal, dapat menjadi bagian dari instrumen hukum internasional yang dirumuskan secara bersama oleh banyak delegasi negara dan mengikat bagi negara-negara yang meratifikasinya. Sally Merry, dalam suatu tulisan yang indah menceritakan tentang etnografi persidangan lembaga dunia, yang memperlihatkan bagaimana ide-ide keadilan dari perspektif perempuan lokal, berasal dari berbagai bangsa, dinegosiasikan untuk bisa masuk ke dalam pembahasan perumusan instrumen hukum internasional (Merry 2005). Barangkali tidak banyak yang tahu, apa yang tercatat dalam risalah suatu persidangan internasional dalam rangka proses kelahiran Konvensi

3 Berbeda dengan sengketa dalam hukum Eropa Barat (atau yang mengadopsinya), yang dilandasi prinsip *equality before the law*, siapapun diperlakukan sama di muka hukum. Konsekuensinya dalam sengketa adalah, siapa saja yang bersalah akan dinyatakan kalah dan sebaliknya yang benar akan menang. Sebaliknya pada masyarakat dengan sistem hukum 'non-Barat', prinsip *win-lose* di akhir sengketa tidak diinginkan, karena adanya budaya malu, atau takut kehilangan muka. Itu sebabnya banyak sekali sengketa yang diputuskan oleh pengadilan negara, bahkan pada tingkat kasasi sekalipun, tetapi dalam praktiknya sungguh-sungguh tidak mendamaikan para pihak yang berselisih.



CEDAW.<sup>4</sup> Gagasan perumusan pasal 14 dalam Konvensi tersebut, yaitu mengenai larangan diskriminasi terhadap wanita pedesaan dilahirkan oleh seorang putri Indonesia, ibu Suwarni Saljo. Hal ini menunjukkan bahwa globalisasi tidak bersifat *centrifugal*, tetapi juga *centripetal*. Nilai-nilai dari ruang politik dan konteks lokal dapat diadopsi dan menjadi instrumen hukum internasional.

Contoh lain adalah kebijakan dan program internasional yang dikenal sebagai MDG's (*Millenium Development Goals*), dengan delapan tujuannya yang ditargetkan akan tercapai pada tahun 2015, yaitu: (1) mengurangi kemiskinan, (2) pendidikan untuk semua, (3) kesetaraan gender, (4) mengurangi kematian anak, (5) memperbaiki kesehatan ibu, (6) memberantas penyakit, (7) pelestarian lingkungan, dan (5) kerja sama global. Negara-negara anggota PBB terikat pada kebijakan bersama ini. Globalisasi hukum tidak saja memunculkan persoalan-persoalan global, tetapi juga menyebabkan hukum internasional tidak hanya mengatur soal-soal kenegaraan saja, tetapi juga mengatur kerja sama nonkenegaraan yang berkaitan dengan intervensi *humanitarian*, promosi nilai-nilai demokrasi, '*rule of law*', dan '*transnational accountability*' (Benda-Beckmann et al. 2005: 5)

Pertanyaan kemudian adalah, bagaimanakah ketika hukum dan kebijakan internasional diimplementasi dan berhadapan dengan entitas regional, etnik dan keagamaan? Menurut Benda-Beckmann et al. '*... the incoming law may be locally reproduced as a recognizably distinct and 'foreign' body of law, it may remain somewhat distinct but may also become hybridized, creolized with local legal forms or vernacularized, or it may be absorbed and becomes an inseparable part of the existing legal structures*' (2005: 10).

Sangat menarik untuk melihat bagaimana hukum dari 'luar' ketika masuk ke dalam wilayah nasional. Tanggapan bisa beragam, bisa jadi hukum internasional akan direproduksi, meskipun mungkin tetap dianggap sebagai hukum asing. Atau bisa juga hukum 'asing' itu menjadi hukum hibrida, terlebur dan terserap sebagai bagian yang tidak terpisahkan dalam struktur hukum nasional. Gambaran mengenai hal ini banyak sekali ditemukan dalam hukum Indonesia, khususnya dalam bidang hak asasi manusia dan hak asasi perempuan, yang terbit sesudah era Reformasi.

4 Sampai saat ini sudah ada lebih dari 180 negara anggota PBB yang meratifikasi Konvensi CEDAW (tidak termasuk Amerika Serikat). Artinya, mereka diharapkan membuat instrumen hukum di negara masing-masing yang berkesesuaian dengan prinsip-prinsip larangan diskriminasi terhadap perempuan. Di samping itu, mereka diwajibkan untuk mengubah hukum nasional yang tidak cocok dengan prinsip-prinsip tersebut. Negara penandatanganan juga diwajibkan membuat laporan berkala tentang implementasi Konvensi CEDAW di negara masing-masing, yang diserahkan kepada Komite.



Di antara berbagai instrumen hukum yang berdimensi hak asasi manusia, yang di dalamnya sedikit banyak dapat ditemukan adanya 'hibrida hukum' adalah: UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia, (Pasal 45 menyebutkan hak asasi perempuan sebagai hak asasi manusia); UU No. 23/2000 tentang Peradilan Anak; Instruksi Presiden No. 9/2000 tentang *Gender Mainstreaming* dalam Pembangunan Nasional; UU No. 12/2003 tentang Pemilu, Pasal 65 (1) mengatur kuota politik perempuan dalam parlemen, dan UU No 10/2008 tentang Pemilu; UU No. 23/2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga; UU No. 17/2006 tentang Kewarganegaraan; UU No. 13/2006 tentang Perlindungan Saksi; dan UU No. 21/2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang; UU no 12/2005 tentang Ratifikasi Konvensi Hak Sipil Politik dan UU No. 13/2005 tentang Ratifikasi Hak Ekonomi Sosial Budaya. Instrumen hukum penting yang terbit sebelum Era Reformasi adalah Konvensi CEDAW (*Convention on the Elimination of Violence Against Women*) yang diratifikasi melalui UU No. 7/1984 dan UU No. 3/1997 tentang Perlindungan Anak

Kemudian, bagaimana tanggapan masyarakat di tingkat lokal? Dalam situasi ini latar belakang sosial dan politik tingkat lokal sangat menentukan bagaimana mereka menanggapi hukum dari 'luar'. Dalam hal ini bisa terjadi kontestasi (Wiber 2005), atau justru nilai-nilai lokal mengalami *reframing*, revitalisasi, reproduksi dalam kerangka penyesuaian diri terhadap prinsip-prinsip dari hukum internasional tersebut. Dalam hal terjadinya kontestasi, Melanie Wiber memberi contoh tentang kasus perikanan di Scotia Fundy, Kanada, di mana *epistemic community* mendorong terjadinya privatisasi, sehingga terjadi kontestasi antara kepentingan privatisasi dengan kepemilikan komunal (Wiber 2005). Di Indonesia juga selalu dapat kita jumpai adanya penolakan dari kelompok tertentu terhadap ide-ide hak asasi manusia universal, yang dianggap merupakan ide-ide Barat, dan dipertentangkan dengan ide hak asasi manusia Timur. Namun sebenarnya hal itu dapat dilihat secara kritis dalam konteks politik kepentingan yang lebih luas: ada apa dibalik penolakan?

### ***Siapa aktor yang menyebabkan hukum bergerak?***

Dalam 'globalisasi hukum' dapat dijumpai adanya mobilitas aktor dan organisasi yang menjadi media bagi lalu lintas Bergeraknya hukum. Contohnya adalah para (buruh) migran yang 'membawa' hukumnya sendiri ke negara tujuan, orang-orang yang sering berada di berbagai negara (pedagang, ekspatriat), pegawai negeri (yang bertugas mewakili negara/para diplomat?), NGO internasional, *multi-national corporation*,

dan mereka yang dapat berhubungan dengan dunia luar karena fasilitas alat komunikasi (internet). Aktor-aktor inilah yang membuat hukum bergerak. Merekalah aktor yang penting dalam proses globalisasi dan glokalisasi hukum. Di antara para aktor itu ada yang sangat 'bergerak' dan mencurahkan sebagian waktunya untuk membuat hukum 'bergerak'. Namun di lapangan di mana para aktor itu terlibat terdapat orang-orang yang meskipun tidak bergerak, tetapi menjadi penerima (*recipient*) dan terkadang 'korban' dari hukum yang bergerak. Contoh, buruh migran yang bermigrasi dari desa ke kota dalam suatu negara membawa hukum adatnya ke wilayah urban, dan hukum lokal diaplikasikan dalam kondisi yang sangat baru. Dia menjadi aktor yang penting dalam terjadinya perubahan hukum lokal di tempat asal. Mungkin hal ini tidak dapat dianggap sebagai proses globalisasi, tetapi hal itu terjadi dalam kondisi globalisasi hukum (Benda-Beckmann et al. 2005: 3)

Dalam globalisasi hukum, dampak sosial dan politik dari kewarganegaraan berdasarkan hukum negara tentulah sangat penting. Namun 'kewarganegaraan' yang didefinisikan secara lokal berdasarkan ikatan kepada desa asal maupun etnisitas dalam hukum lokal mungkin lebih penting daripada yang ditentukan oleh negara. Banyak orang yang melalui berbagai sebab, terutama perkawinan campuran dengan orang asing, dan tinggal di negara lain, memiliki identitas baru. Dalam hal ini terlihat sekali bahwa kewarganegaraan dianggap sebagai persoalan administrasi belaka, mereka tetap mengidentikkan diri secara kuat kepada identitas keagamaan dan budaya di mana mereka berasal. Demikian juga migrasi antarnegara, barangkali di sini ada batas-batas yang lebih relevan yaitu etnisitas dan keagamaan, dibandingkan dengan batas negara. Tentu saja hal ini menjadi sangat penting bagi kajian antropologi.

Dalam hal ini ada suatu kelompok dalam masyarakat yang sangat penting untuk dicatat peranannya dalam menyebabkan pergerakan hukum. *Epistemic community* adalah suatu entitas di mana para akademisi, ahli, ilmuwan atau perancang undang-undang (*legal drafter*) saling berinteraksi melintasi batas-batas negara untuk menghasilkan konsep norma-norma global yang digunakan sebagai solusi atas suatu masalah.

***Implikasi metodologis: Multi-spatial, multi-sited ethnography***

Berbagai tulisan dalam *Mobile People, Mobile Law* memperlihatkan pentingnya melihat mata rantai interaksi yang menghubungkan para aktor transnasional, nasional dan lokal yang melakukan negosiasi dalam

arena *multi-sited*, dan didasarkan pada relasi-relasi kekuasaan. Sangat penting untuk melihat bagaimana relasi kekuasaan itu menstrukturkan interaksi, dan bagaimana interaksi diproduksi dan diubah oleh aktor-aktor tersebut (Benda-Beckmann et al. 2005: 9). Hal di atas sangat berkaitan dengan perspektif baru dalam metodologi antropologi, khususnya etnografi, dalam mempelajari globalisasi hukum, di mana pendekatan pluralisme hukum mendapatkan perspektif yang 'baru'.

Etnografi konvensional yang didasarkan pada studi mikro lokal, yang hanya berpusat pada kehidupan suatu desa, dibatasi oleh batas geografi dan teritorial dianggap tidak relevan lagi, karena tidak dapat menjawab tantangan yang diajukan oleh globalisasi hukum. Dengan demikian pengetahuan masyarakat tidak dapat dibatasi lagi hanya sebatas pengetahuan yang terjadi dalam relasi sosial yang *face-to-face*, tetapi juga harus dapat dilihat bagaimana masyarakat dihubungkan oleh teknologi komunikasi (internet), pola konsumsi global, konfigurasi geopolitik yang terus berubah. Hal yang diperbincangkan adalah dimensi spasial dan temporal dari globalisasi hukum dan penelusuran terhadap muncul, mengalir dan pengaruh dari hukum transnasional terhadap arena sosial yang kecil (Benda-Beckmann et al. 2005: 9)

Metode penelitian semacam ini pernah ditunjukkan oleh para antropolog yang muncul sebelumnya. Sangatlah signifikan untuk menunjukkan hubungan antara peristiwa pada skala yang lebih luas (makro) dengan peristiwa pada tingkat lokal (mikro), hubungan antara negara dengan individu seperti yang dikemukakan oleh Sally Falk Moore: '*... links local and large-scale matters, the individual and the state, hints at the wide networks and persistent advantage of an elite, and the importance of the division of knowledge*' (Moore 1994: 370). Dalam hal ini adalah, bagaimanakah peristiwa sosial, politik dan hukum pada tingkat makro (nasional), termasuk yang dituangkan melalui kebijakan negara, berdampak pada masyarakat lokal.

Berbicara mengenai hubungan antara peristiwa pada skala luas (nasional) dengan peristiwa pada tingkat mikro (lokal), adalah berkaitan dengan keberadaan suatu masyarakat yang dipandang tersusun atas berbagai *semi-autonomous social field* (SASF).<sup>5</sup> Bagaimanakah aturan-aturan atau kebijakan yang berasal dari dunia internasional, negara (khususnya dalam bidang pengaturan masalah sumber daya) berdampak pada SASF-SASF masyarakat sekitarnya. Dalam hal ini dapat dijelaskan bagaimanakah individu menanggapi peristiwa hukum pada tingkat nasional, internasional, dan berdasarkan pengalamannya atau apa yang diketahuinya mengenai bidang hukum pada tingkat

5 Dapat dibaca dalam Sulistiyowati Irianto (2000: 47 – 50)

yang makro itu, apakah yang ia lakukan, ketika ia sendiri berhadapan dengan masalah hukum.

Di samping itu, peristiwa tertentu yang terjadi pada waktu tertentu dapat dihubungkan dengan peristiwa lain yang terjadi pada waktu yang lain, dan dapat dipandang sebagai suatu rangkaian (Moore 1994: 364):

*It has been reliably reported recently that history and ethnography have often been seen bedded together in the same text. That coupling and complementary of two distinct forms of knowledge has enlivened and enriched both* (Moore 1994: 326)

Moore menjelaskan perlunya memberi perhatian kepada proses sejarah yang muncul beberapa dekade yang terkait dengan penelitian arsip. Penelitian lapangan juga merupakan pengalaman sejarah masa kini, sejarah yang sedang dalam proses pembuatan. Dalam hal ini hendaknya dijelaskan mengenai kasus-kasus yang berkaitan dengan konflik mengenai sumber daya, yang pernah terjadi pada masa-masa sebelumnya. Misalnya, yang terekam dalam arsip, khususnya vonis-vonis pengadilan, kemudian menghubungkannya dengan kasus-kasus konflik yang terjadi pada masa sekarang. Dari rangkaian kasus-kasus tersebut, dapat dilihat bagaimana perkembangan kedudukan hukum yang mengatur mengenai pengelolaan sumberdaya tersebut.

### ***Pluralisme hukum perspektif global: Seperti apa?***

Berdasarkan berbagai penjelasan di atas, maka sampailah kita pada pengertian pluralisme hukum dalam perspektif baru yang dapat dirumuskan: *'...it is mainly understood as the coexistence of state, international and transnational law, and analysis remains limited to the question of whether such transnational connection influence state law at the national level'* (Benda-Beckmann et al. 2005: 6).

Ciri pluralisme hukum dalam perspektif global yang memberi perhatian pada fenomena globalisasi hukum barangkali akan memunculkan pertanyaan, apakah maksudnya bahwa sistem hukum yang berbeda itu saling berkontestasi atau sebaliknya beradaptasi satu sama lain, sehingga suatu sistem hukum tertentu tidak dapat dipandang sebagai suatu entitas yang jelas batas-batasnya karena sudah berbaur satu sama lain?<sup>6</sup>

6 Memang karena kondisi interdependensi antara berbagai sistem hukum dari level-level yang berbeda itu, timbulah kesadaran bahwa konsep pluralisme hukum kehilangan presisi dalam memberikan karakter yang sistemik. Karena sulitnya merumuskan definisi pluralisme hukum yang sesuai dengan kondisi saat ini, tidak mengherankan jika kemudian beberapa ahli mempertanyakan keberadaan pluralisme hukum itu sebagai pendekatan teori, bukankah ia "hanya" merupakan *sensitizing concept* (Benda-Beckmann 2002).

Saya akan mengingatkan kembali mengenai konsepsi hukum yang banyak disepakati di kalangan antropolog hukum, yaitu hukum adalah proposisi yang mengandung konsepsi normatif dan konsepsi kognitif (Benda-Beckmann 1986). Sebagai contoh, dalam konsepsi normatif, tindakan korupsi, perdagangan manusia, pelanggaran hak asasi manusia, dilarang oleh semua sistem hukum, baik negara, agama, adat maupun kebiasaan lain. Namun, kognisi tentang apa yang disebut sebagai 'korupsi' atau 'perdagangan orang' atau 'hak asasi manusia' bisa sangat berbeda di antara berbagai sistem hukum tersebut. Bagi orang Madura atau Bugis yang merasa terlanggar harga dirinya, perbuatan *carok* atau pembelaan diri karena *siri*, barangkali tidak akan dimaknai sebagai perbuatan terlarang. Demikian pula kognisi mengenai 'korupsi' menjadi sangat multi tafsir tergantung pada banyak kepentingan dan relasi kekuasaan.

Pada masa sekarang konsep hukum yang mengacu pada konsepsi normatif dan kognitif ini dapat digunakan untuk menguraikan kerumitan dalam menjelaskan kerangka pikir pluralisme hukum 'baru'. Hukum dipandang terdiri atas komponen-komponen, bagian-bagian atau *cluster* (Benda-Beckmann 2002), yaitu konsepsi normatif, konsepsi kognitif dan para aktor. Hendaknya kita melihat bahwa *cluster* atau komponen dari hukum inilah yang saling bersentuhan, berpengaruh, dan berinteraksi membentuk konfigurasi hukum 'baru'.

Pembahasan mengenai kompleksitas pluralisme hukum dalam perspektif global, disebabkan oleh fakta mengenai konstelasi pluralisme hukum yang dicirikan oleh besarnya keragaman dalam karakter sistemik dari tiap-tiap *cluster*. Seperti yang dikatakan oleh Keebet von Benda-Beckmann: '*In fact, many constellations of legal pluralism are characterized by great diversity in the systemic character of each of its components*' (Benda-Beckmann 2002: 1). Konteks hukumnya mungkin jelas (hukum negara, hukum agama, hukum adat, atau hukum kebiasaan), tetapi keberadaan sistem hukum secara bersama-sama itu menunjukkan adanya saling difusi, kompetisi, dan tentu saja perubahan sepanjang waktu.

Apa akibatnya? Sebelumnya, orang dapat dengan jelas mendefinisikan hukum (yang terdiri dari komponen atau *cluster*), sebagai hukum adat, hukum agama, atau hukum negara. Pada tahun 1950-an atau 1960-an, menurut Keebet, banyak upaya untuk menunjukkan bahwa kebiasaan-kebiasaan lokal juga dapat dipandang sebagai hukum. Meskipun dasar legitimasinya berbeda dari hukum negara, tetapi tidak ada perbedaan yang mendasar antara hukum negara dan hukum rakyat. Pada tahun 1978 Holleman mengatakan bahwa di wilayah urban di negara-negara berkembang, tumbuh bentuk-bentuk hukum

baru yang tidak dapat diberi label sebagai hukum negara, hukum adat, atau hukum agama, sehingga disebut sebagai *hybrid law*, dan banyak pengarang lain menyebutnya *unnamed law*.

Secara mengejutkan kita melihat bahwa apa yang disebut sebagai hukum adat, hukum lokal ternyata berbeda dari yang dipikirkan. Dapat terjadi putusan dari peradilan adat di Minangkabau berisi, atau memberi ruang kepada, substansi hukum negara. Atau sebaliknya putusan hakim pengadilan negara berisi unsur-unsur adat dan memberi pengakuan terhadap hukum adat. Bahkan di beberapa daerah banyak upaya melembagakan hukum adat 'baru' dengan format hukum negara, yaitu menjadi peraturan daerah atau peraturan desa mengikuti stuktur formal dan logika hukum negara.

Dengan demikian argumen yang mengatakan bahwa lapangan pluralisme hukum terdiri dari ko-eksistensi antara sistem-sistem hukum sebagai suatu entitas yang jelas, yang dapat dibedakan batasnya, tidak laku lagi. Membedakan hukum negara, hukum adat, hukum agama, dan kebiasaan secara tegas, adalah romantisme masa lalu, yang sudah 'mati'. Terlalu banyak fragmentasi, *overlap* dan ketidakjelasan. Karena batas antara hukum yang satu dan yang lain menjadi kabur, dan hal ini merupakan proses yang dinamis yang memang terjadi dan tidak dapat dielakkan.

Pada akhirnya, dapat disimpulkan secara konseptual ada beberapa pokok bahasan penting dalam pemikiran pluralisme hukum 'mutakhir'.

*Pertama*, hukum dipandang sangat memainkan peranan penting dalam globalisasi, karena hukum bersentuhan dengan domain sosial, politik, ekonomi. Dapat dipelajari bagaimana hubungan antara relasi kekuasaan dan hukum, dan bagaimana hukum menjadi kekuatan yang sangat besar dalam mendefinisikan kepentingan politik dan ekonomi dalam pergaulan antarkelompok dan bahkan antarbangsa. Hukum sangat berkuasa, karena mengkonstruksi segala sesuatu dalam kehidupan kita, menentukan siapa kita dalam relasi dengan orang dan kelompok lain, dan mengkategorikan perbuatan kita dalam kategori salah dan benar.

*Kedua*, ada aktor-aktor yang menyebabkan hukum bergerak. Mereka adalah para individu maupun organisasi yang sangat '*mobile*'. Para aktor ini penting dalam proses globalisasi dan glokalisasi, dan menjadi agen bagi terjadinya perubahan hukum.

*Ketiga*, pemahaman globalisasi dalam konteks sejarah sangatlah penting. Globalisasi hukum sudah terjadi sejak dahulu, seiring dengan terjadinya penjajahan, penyiaran agama, dan perdagangan pada masa silam. Sepanjang sejarah dapat dilihat bagaimana hukum internasional

dan traktat juga menyebabkan hukum 'bergerak'. Namun pada saat ini globalisasi memiliki karakter yang berbeda.

*Keempat*, perkembangan dari pemikiran di atas tidak hanya menyebabkan perlunya redefinisi terhadap pemikiran mengenai pluralisme hukum, tetapi juga memiliki signifikansi terhadap munculnya metodologi antropologi 'baru'. Etnografi konvensional tidak lagi dapat menjawab berbagai permasalahan dari bergeraknya hukum melalui para aktor dan isu-isu globalisasi dan glocalisasi hukum. Oleh karena itu, penting untuk melakukan kajian antropologi secara *multi-spatial* dan *multi-sited ethnography*

### **Kesimpulan**

Pendekatan pluralisme hukum dalam perspektif global mengajak kita untuk berhati-hati dalam menyikapi keragaman hukum. Kita tidak lagi dapat membuat *mapping of legal universe*, menarik garis batas yang tegas untuk membedakan suatu entitas hukum tertentu dari yang lain. Kita sukar untuk menarik batas yang tegas antara hukum internasional, transnasional, nasional, dan lokal (adat, agama), karena sistem hukum yang berasal dari tataran yang berbeda-beda itu saling bersentuhan, berkontestasi, saling mereproduksi dan mengadopsi satu sama lain secara luas. Pendekatan pluralisme hukum dalam perspektif global juga menunjukkan kepada kita pentingnya untuk melihat para aktor yang menyebabkan hukum bergerak, dan kontekstualisasi sejarah globalisasi hukum.

Secara metodologis, pendekatan pluralisme hukum perspektif global memberi sumbangan yang sangat berharga karena masyarakat tidak lagi harus dipelajari dalam ruang geografi dan teritori yang terbatas. Masyarakat harus dilihat dalam arena yang *multi-sited*, karena terhubung oleh relasi bisnis, politik, sosial, dan dihubungkan oleh penemuan teknologi komunikasi yang sangat menakjubkan.



## Daftar pustaka

- Benda-Beckmann F. von, K. von Benda-Beckmann & A. Griffiths (2005), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Aldershot & Burlington: Ashgate.
- Benda-Beckmann, K. von (2002), 'The Context of Law', makalah dipresentasikan dalam the 13th international Congress of the Commission on Folk Law and Legal Pluralism: Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic and Political development, Chiang Mai, April, 2002.
- Benda-Beckmann, F. von (1990), 'Changing Legal Pluralism in Indonesia', makalah dipresentasikan dalam the 6th International Symposium Commission on Folk Law and Legal Pluralism, Ottawa.
- Benda-Beckmann, F. von (1985), 'Some Comparative Generalizations about the Differential Use of State and Folk Institutions of Dispute Settlement' dalam A. Allot & G. R. Woodman (eds.), *People's Law and State Law*, The Bellagio Papers. Dordrecht: Foris Publications.
- Griffiths, A. (2005), 'Law in a Transnational World: Legal Pluralism Revisited', makalah dipresentasikan dalam the first Asian Initiative Meeting, School of Industrial Fisheries and School of Legal Studies, Cochin University of Science and Technology, Kochi, Kerala, 18<sup>th</sup> – 20<sup>th</sup> May 2005.
- Griffiths, J. (1986), 'What is Legal Pluralism', *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24.
- Hooker, B. (1975), *Legal Pluralism: Introduction to Colonial and Neo-Colonial Law*. London: Oxford University Press.
- Kleinhans, M. M. & R. A. Macdonald (1997), 'What is a Critical Legal Pluralism', *Canadian Journal of Law and Society*, Volume 12, 25-46.
- Merry, S. E. (2005), 'Human Rights and Global Legal Pluralism: Reciprocity and Disjuncture', dalam F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann & A. Griffiths (eds.), *Mobile People Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Aldershot & Burlington: Ashgate.
- Merry, S. E. (1988), 'Legal Pluralism', *Law and Society Review*, Volume 22, 869-896.
- Moore, S. F. (1983), 'Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study', dalam S.F. Moore (ed.), *Law as Process: An Anthropological Approach*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Moore, S. F. (1994), 'The Ethnography of the Present and the Analysis of Process', dalam R. Borofsky (ed.), *Assessing Cultural Anthropology*. McGraw Hill.
- Nader, L. & H. Todd (1978), 'Introduction', dalam L. Nader & H. Todd (eds.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*. New York: Columbia University Press.
- Simon, J. A. (2005), 'Pluralisme Hukum dalam Perdagangan Lintas Batas Jalur Laut di Wilayah Batam dan Sekitar', makalah dipresentasikan dalam the 4<sup>th</sup> International Symposium of Journal Anthropology Indonesia: Indonesia in the Changing Global Context: Building Cooperation and Partnership: FISIP UI, Depok.



- Starr, J. & J. F. Collier (1989), 'Introduction: Dialogues in Legal Anthropology', dalam J. Starr & J. F. Collier (eds.), *History and Power in the Study of Law*. Ithaca: Cornell University Press.
- Tamanaha, B.Z. (1993), 'The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism', *Journal of Law and Society* 20 (2), 192-217.
- Wiber, M. G. (2005), 'Mobile Law and Globalization: Epistemic Communities versus Community-Based Innovation in the Fisheries Sector', dalam F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths (eds.), *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Aldershot & Burlington: Ashgate.
- Woodman, G. R. (2004), 'Why There Can Be No Map of Law', dalam R. Pradhan (ed.), *Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic and Political Development*, makalah dipresentasikan dalam the 13th International Congress, 7-10 April Chiang Mai, Thailand. Kathmandu, Nepal: ICNEC
- Woodman, G. R. (1993), 'Historical Development', bahan materi post Congress Course Folk Law Today and Tomorrow, Wellington University, 1993.

# PENGGUNAAN TEORI PEMBENTUKAN LEGISLASI DALAM RANGKA PERBAIKAN KUALITAS HUKUM DAN PROYEK- PROYEK PEMBANGUNAN<sup>1</sup>

Jan Michiel Otto, Suzan Stoter & Julia Arnscheidt<sup>2</sup>

## Pengantar

Hukum, setelah terdesak ke latarbelakang selama beberapa dekade, H sekarang ini muncul kembali ke depan.<sup>3</sup> Ihwal pentingnya hukum menjadi pusat perhatian dalam kancah perdebatan pembangunan, kebijakan serta proyek-proyek pembangunan (Faundez 1997:1-24; Kennedy 2003; Otto 2000). Sekarang ini hukum dianggap vital dalam ikhtiar pemajuan pertumbuhan ekonomi, hak asasi manusia dan demokrasi (World Bank 1992; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) 2001). Terhitung sejak 1990, ratusan, bahkan ribuan, pakar-pakar hukum dari negara-negara Barat berbondong-bondong mendatangi negara-negara berkembang dan transisional

- 1 Tulisan ini merupakan terjemahan dari versi bahasa Inggris yang berjudul: 'Using legislative theory to improve law and development projects', telah dimuat dalam J. Arnscheidt, B. van Rooij & J.M. Otto (eds.) (2008), *Lawmaking for Development*. Leiden: Leiden University Press.
- 2 Para penulis mengucapkan terima kasih kepada Wim Oosterveld yang telah memberikan komentar berharga terhadap versi-versi awal tulisan ini serta atas bantuan editorial yang diberikannya.
- 3 Di sini para penulis hendak mengajukan usulan perlu dibedakannya dua kategori hukum. Untuk yang pertama hukum merujuk pada sistem aturan sebagaimana dimaknai oleh Hart yang mengembangkan gagasan *primary and secondary rules*. Dalam praktiknya kategori pertama ini akan terutama mencakup hukum negara, yaitu aturan-aturan yang kekuatan mengikat dan memaksanya dapat ditegakkan pada instansi terakhir oleh organ negara yang memiliki kewenangan berdasarkan aturan tetap (hukum), dalam penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan maupun peradilan (ajudikasi), termasuk ke dalamnya monopoli penggunaan kekerasan. Sedangkan ke dalam kategori kedua tercakup pengertian hukum dalam arti luas, mencakup hukum adat, hukum agama, hukum lokal non-negara dan lain-lain.

(negara yang mengalami perubahan dari otoritarianisme menjadi negara yang lebih demokratis).<sup>4</sup> Di negara-negara tersebut mereka terlibat sebagai konsultan dalam proyek-proyek reformasi hukum mahal.

Kerap kali konsultan-konsultan asing tersebut memiliki pengetahuan yang sangat terbatas atas aturan-aturan hukum yang ada di negara tuan rumah. Juga tidak cukup mengenal dan mengetahui apa dan bagaimana lembaga-lembaga pembuat peraturan hukum dan proses sosio-legal yang berada di belakangnya berfungsi di negara-negara tersebut. Lebih jauh lagi banyak dari mereka sampai sekarang masih secara keliru beranggapan bahwa mereka berhadapan dengan negara yang belum memiliki perangkat legislasi. Selanjutnya banyak dari konsultan-konsultan asing tersebut mengalami dilema berhadapan dengan dua gagasan yang bertolak belakang: bahwa transplantasi hukum (dari negara maju) sebenarnya tidak tepat guna bagi negara tuan rumah, namun pada saat sama, transplantasi hukum biasanya mendasari pengembangan atau pembangunan hukum.<sup>5</sup>

Sebagai konsekuensi dari itu semua, keterlibatan konsultan hukum asing dalam proyek-proyek legislatif di negara-negara berkembang, memunculkan dua rangkaian persoalan penting: pertama berkenaan dengan bagaimana sebenarnya proses pembentukan berjalan dan peran dari pakar-pakar hukum asing yang terlibat sebagai konsultan di dalamnya (Trubek & Galanter 1974; Seidman & Waelde 1999; Tamanaha 1995) dan kedua, berkenaan dengan efektivitas dari legislasi yang dihasilkan. Beberapa penulis (termasuk ke dalamnya pasangan suami istri Seidman) menengarai adanya saling keterkaitan yang kuat antara kedua persoalan di atas. Berkaitan dengan itu pula mereka kemudian mengajukan sejumlah rekomendasi dalam rangka menghadapi persoalan-persoalan yang muncul.

Sekalipun fakta yang ada menunjukkan ada begitu banyak program-program pembaharuan hukum yang dicanangkan, kompleksitas permasalahan yang muncul dalam pelaksanaan tugas-tugas pendampingan hukum, dan besarnya anggaran pembiayaan aktivitas-aktivitas di atas, secara mengejutkan, ditengarai hanya sedikit informasi maupun panduan teoretis yang tersedia bagi para

4 Perbedaan nyata dapat ditengarai ada antara 'negara berkembang' dengan konsep yang lebih maju 'negara transisional' sebagaimana didefinisikan oleh OECD dan organisasi internasional lainnya. Para penulis di sini tidak akan membahas lebih lanjut perbedaan antara keduanya. Namun untuk kepentingan pembahasan dalam tulisan ini, pengertian 'negara berkembang' akan sekaligus mencakup negara-negara transisional, pecahan dari UniSovyet yang bubar.

5 Seidman memformulasikan pandangan pertamanya dalam hukum tentang tidak mungkinnya kaedah yang ditransplantasi (*law of non-transferability of law*) (Seidman 1978a). Pandangan kedua dikemukakan oleh Watson (1974).

konsultan asing, khususnya yang terlibat dalam proyek pembangunan melalui pembaharuan hukum, untuk dapat memahami tantangan dan hambatan yang muncul di dalamnya.<sup>6</sup> Oleh karena itu pula, tulisan ini bermaksud untuk mengeksplorasi apakah dan bagaimana penguasaan dan pemahaman yang lebih baik akan teori-teori legislasi (pembentukan legislasi) dapat meningkatkan kinerja para pakar-pakar hukum asing yang berkiprah sebagai konsultan dalam proyek-proyek pembaharuan hukum di negara-negara berkembang atau transisional. Sebagai pengantar, tulisan ini pertama-tama akan mengulas secara ringkas bagaimana hukum terkait berkelindan dengan “*governance*” (tata kelola pemerintahan yang menjadi urusan pemerintah dan masyarakat sipil bersama-sama) dan “*development*” (pembangunan dalam arti luas) dan selanjutnya berupaya mengidentifikasi sejumlah persoalan utama dalam pembentukan legislasi di negara-negara berkembang. Kemudian di dalam tulisan ini akan dipetakan dan dibuat pengelompokan sejumlah teori berkenaan dengan pembentukan legislasi yang umumnya ditelaah oleh pakar-pakar ilmu hukum di Belanda. Beranjak dari itu akan didiskusikan seberapa jauh teori-teori tersebut akan dapat bermanfaat bagi pengembangan proyek-proyek pembangunan serta pembaharuan hukum. Sebagai penutup, akan diajukan sejumlah pandangan umum tentang apakah dan bagaimana program-program pendampingan internasional di bidang hukum dapat mengambil manfaat dari pendekatan yang lebih terpadu, yaitu untuk mendasari proyek-proyek pembentukan legislasi (sebagai bagian penting dalam pembaharuan hukum) dengan landasan teoretis yang lebih andal.

### **Hukum dan pembangunan: Kepastian hukum nyata**

Bagaimanapun juga kita harus mendapatkan pemahaman yang tepat tentang persoalan: bagaimana sebenarnya peran hukum dalam ihtiar pembangunan? Namun sebelum dapat menjawab itu, kita harus terlebih dahulu mendapatkan pengertian dasar tentang luas lingkup konsep

6 Sebagai ilustrasi, sekalipun Buku Panduan Komisi Eropa untuk pemajuan tata kelola pemerintahan yang baik (*European Commission's Handbook on promoting good governance*) dalam kerangka Pembangunan Masyarakat Eropa dan Kerja sama (*EC Development and Co-operation*) (2003) memuat satu bagian penuh tentang *rule of law* dan penyelenggaraan peradilan, tidak satupun rujukan dibuat pada pembentukan legislasi. Hal ini sangat mengherankan karena di Belanda maupun di banyak negara barat lainnya, pembentukan legislasi semakin penting dan menjadi pokok kajian para ahli hukum maupun pakar-pakar ilmu sosial. Banyak buku ditulis, diselenggarakan konferensi, bahkan telah dibentuk *Academy on Legislation*, kesemua sibuk menyoal dan mendiskusikan teori-teori normatif maupun empiri tentang legislasi. Pada 2003, Huls dan Stoter mempresentasikan ulasan menyeluruh tentang teori-teori terkini yang diperdebatkan di Belanda (Huls & Stoter 2003). Kiranya juga jelas bahwa ihtiar akhir dari semua kajian teoretis di atas adalah bagaimana meningkatkan kualitas legislasi.

pembangunan. Esman mengartikan inti pengertian pembangunan sebagai “*steady progress toward improvement in the human condition*” (1999). Karena perbaikan demikian mencakup baik pemenuhan kebutuhan-kebutuhan dasar manusia maupun pengembangan kebijakan umum dari setiap negara, di dalam tulisan ini akan dibedakan antara tujuan-tujuan pembangunan yang berkaitan dengan pemenuhan kebutuhan dasar dengan tujuan pembangunan yang terkait berkelindan dengan “*governance*” (Otto 2001; 2004).

Salah satu tujuan pengembangan kualitas kebijakan suatu negara adalah untuk menjamin adanya tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*). Di sini kita dapat bedakan dua aspek yang muncul dalam keterjalinan antara tata kelola pemerintahan yang baik dengan tujuan-tujuan umum dari pembangunan lainnya. Pertama-tama, hampir semua proses pembangunan umum (apakah terkait dengan ekonomi, kesehatan, pendidikan, keadilan atau perlindungan lingkungan) mensyaratkan adanya tata kelola pemerintahan yang baik. Kedua, beranjak dari pemahaman penulis tentang pentingnya perbedaan antara tujuan pembangunan secara umum dengan pengembangan kebijakan negara, maka tata kelola pemerintahan yang baik di sini muncul sebagai tujuan pembangunan yang berdiri sendiri. Dimensi hukum dari tujuan ini diekspresikan oleh dan melalui konsep-konsep, antara lain, negara hukum (*Rule of Law*) dan hak asasi manusia.

Persoalan kemudian muncul dari fakta bahwa konsep-konsep yang disebut di atas ternyata lebih terfokus pada hukum ideal sebagaimana muncul dalam perangkat legislasi daripada hukum sebagaimana muncul dalam realitas sosial. Lagipula, di negara-negara berkembang, ditengarai adanya kesenjangan lebar di antara norma-norma yang dicita-citakan dan praktik nyata (Riggs 1970; Allott 1980; Falk Moore 1978). Dengan demikian dalam konteks pembangunan, langkah-langkah atau ihtiar yang sekadar berupaya meningkatkan kepastian hukum (*legal certainty*) acap tidak berhasil menjamin pencapaian tujuan-tujuan yang *nyata* dikaitkan dengannya – menjamin bahwa legislasi dibuat dengan baik dan dijalankan secara konsisten, bahwa putusan-putusan pengadilan (*case law*) serta penafsiran oleh kekuasaan kehakiman dilakukan secara konsisten dan “*predictable*” dalam artian dapat terduga, masuk akal dan konsisten. Tujuan pembangunan nyata tersebut sejatinya tidak hanya muncul di atas kertas sekadar sebagai janji, melainkan seharusnya terwujud dalam kehidupan konkret.<sup>7</sup>

7 Pasangan Seidman karena itu dalam karya-karya tulis mereka (1978, 1999) konsisten menekankan bahwa proyek pembentukan legislasi untuk pembangunan harus ditujukan baik pada peningkatan kualitas hukum dalam artian teknis maupun pada realitas sosial yang hendak diubah atau ditata.

Dalam rangka menanggulangi defisit di atas, dikembangkanlah suatu pengertian dari sudut pandang sosio-legal, yaitu kepastian hukum nyata (*real legal certainty*).<sup>8</sup> Pengertian ini mencakup lima elemen, dengan elemen yang pertama langsung terkait dengan pokok bahasan tulisan ini, sebagai berikut:

- Bahwa pembentuk legislasi merumuskan legislasi yang jelas (*clear*), terjangkau dan dapat dimengerti (*accessible*) serta masuk akal (*realistic*);
- Bahwa administrasi pemerintahan menjalankan dan menaati legislasi tersebut dan mendorong warga masyarakat untuk juga menaati legislasi yang telah dibuat;
- Bahwa mayoritas masyarakat menerima dan memandang legislasi tersebut sebagai, pada prinsipnya, berkeadilan (*just*);
- Bahwa sengketa atau konflik (yang muncul atau berkaitan dengan implementasi legislasi) secara konsisten di bawa ke muka hakim-hakim yang berkedudukan bebas (*independent*) dan tidak berpihak (*impartial*), yang memeriksa dan memutus perkara berdasarkan aturan-aturan tersebut;
- Bahwa putusan-putusan hakim-hakim demikian secara nyata dipatuhi (Otto 2002).

Di sini para penulis hendak mengajukan argumentasi bahwa untuk meningkatkan efektivitas ikhtiar mencapai ataupun mewujudkan tujuan-tujuan reformasi hukum secara lebih bermakna, maka tujuan dari proyek-proyek pembaharuan hukum maupun pembangunan secara umum seyogyanya dimaknai ulang beranjak dari kelima elemen yang diurai di atas.

### **Hambatan dalam pembentukan legislasi di negara-negara berkembang**

Semata-mata untuk kepentingan praktikal, tulisan ini hanya akan mengulas beberapa saja dari persoalan-persoalan utama yang telah diidentifikasi di dalam kepustakaan perihal pembentuk dan proses pembentukan legislasi di negara-negara berkembang. Permasalahan yang ada dikelompokkan ke dalam dua rangkaian persoalan yang saling terkait berkelindan. Rangkaian pertama mencakup faktor-faktor dan permasalahan berkenaan dengan peran serta legitimasi dari pembentuk

8 Otto (2001). Di dalam tulisan lainnya para penulis telah menguraikan pengertian konsep ini dalam suatu kerangka analitis. Tujuannya adalah meningkatkan pemahaman akan keterjalinan antara pranata-pranata hukum satu sama lain serta proses hukum yang berlangsung di dalamnya dengan masyarakat yang kepentingannya harus diabdikan oleh hukum, dengan turut memperhitungkan konteks politik, ekonomi, sosial-budaya dan organisasional yang lebih luas (Otto 2002).

legislasi maupun proses pembentukan legislasi. Rangkaian persoalan kedua berkenaan dengan efektivitas dari legislasi dalam masyarakat yang hendak diatur.

Di sini para penulis hendak mencermati secara khusus lima rangkaian persoalan yang memunculkan persoalan-persoalan yang pada gilirannya memperumit dan mengganggu atau menghambat (proses) pembentukan legislasi secara formal (atau sebagaimana dikatakan pasangan Seidman: *bill-creation* sebagai padanan *law-making*) sebagai berikut:

- Elite politik dari negara-negara berkembang sering mengejar tujuan-tujuan pembangunan dengan mengembangkan rencana-rencana reformasi hukum yang terlalu ambisius. Menerapkan (implementasi) legislasi baru demikian kerap mengharuskan adanya perubahan sosial yang cukup radikal. Artinya banyak ihtiar reformasi hukum kemudian menghadapi penolakan atau pembangkangan dari masyarakat yang diikuti oleh periode kemandekan – yang justru menghambat upaya pembaharuan hukum selanjutnya.
- Anggota Dewan Perwakilan Rakyat (pusat-daerah) sebagai pembentuk legislasi acap tidak memiliki pengetahuan memadai maupun perhatian cukup terhadap peran penting mereka dalam reformasi hukum, yaitu pembentukan legislasi.
- Sistem hukum negara-negara berkembang yang fragmentaris dan pluralistik mencerminkan sejarah panjang kemunculan dan perkembangan negara-negara tersebut: secara umum sistem hukum demikian memuat seluruh atau beberapa elemen: hukum kebiasaan setempat atau hukum adat dari suku (masyarakat hukum adat), kaidah-kaidah keagamaan, hukum kolonial, hukum sosialis, hukum nasional baru, hukum internasional – termasuk hak asasi manusia – dan unsur-unsur hukum asing. Kiranya jelas merupakan tantangan berat untuk menyelaraskan, mengkoordinasikan dan mengintegrasikan keragaman sumber hukum di atas ke dalam suatu kesatuan sistem hukum yang koheren.
- Bahkan berdekade setelah memperoleh kemerdekaan, di banyak negara berkembang dapat ditengarai adanya pemilahan tajam antarranah tradisional, sangat kuat di daerah-daerah perdesaan dan peri-urban (pinggiran) dengan ranah modern, umumnya terbatas secara eksklusif hanya di daerah-daerah urban. Khususnya di Afrika, namun juga di banyak wilayah lainnya, penguasa-penguasa tradisional seperti kepala suku atau pimpinan agama (misalnya ulama) memiliki pengaruh politik yang lebih besar di

tingkat lokal (akar rumput) daripada yang dimiliki pemerintah pusat maupun daerah. Pemegang kekuasaan tradisional itu kerap lebih berhasil mendapatkan dukungan masyarakat daripada aktor-aktor formal negara yang lingkup pekerjaannya sangat terbatas hanya pada pembentukan legislasi formal, penyelenggaraan administrasi pemerintahan dan sistem peradilan.

- Perangkat legislasi baru, kebijakan nasional, prinsip-prinsip, model ataupun praktik yang mendasarinya dipaksakan atau dipinjam sukarela dari lembaga-lembaga internasional, lembaga swadaya masyarakat (*Non-Governmental Organizations*) ataupun kalangan pengusaha besar. Transplantasi demikian dilakukan dalam skala besar. Padahal perangkat legislasi hasil transplantasi kemungkinan besar tidak cocok dengan kebutuhan nyata masyarakat lokal dan sebab itu dapat gagal mewujudkan tujuan yang dicanangkan program pembangunan yang melingkupinya.

Kedua, permasalahan juga muncul terkait dengan kemangkusan (efektivitas) dari legislasi yang dihasilkan:

- Pembentukan legislasi yang terlalu ambisius justru kerap memunculkan pembangkangan sosial, ketidakefektifan hukum (Benda-Beckmann 1986), dan kemudian kemandekan (Otto 1992), dan selanjutnya tidak dihormatinya negara hukum (negara dan hukum kehilangan kewibawaannya dihadapan masyarakat). Bagaimana situasi demikian berkembang bisa jadi diperburuk oleh ragam faktor kontekstual (bagi hukum), seperti politik, budaya dan lembaga-lembaga tertentu lainnya.
- Pemegang kekuasaan politik di pelbagai tingkatan pemerintahan, dengan mengintervensi proses administrasi atau peradilan justru kerap menghambat penerapan legislasi sebagaimana mestinya.
- Adanya heterogenitas sosial, yaitu ko-eksistensi dari ragam kelas atau lapisan sosial-ekonomi dalam masyarakat serta komunitas etnis, di dalam satu negara acap meningkatkan tantangan yang dihadapi pembentuk legislasi.
- Adanya keterbatasan atau tidak adanya kemampuan masyarakat untuk mengetahui dan berpartisipasi (kurangnya *public access*) dalam rangkaian proses serta kelembagaan yang terlibat dalam perumusan dan pengimplementasian hukum negara serta tidak terjaminnya perlindungan yang seharusnya diberikan oleh hukum negara. Kebanyakan masyarakat tidak memiliki pengetahuan yang diperlukan, uang, waktu, semangat ataupun keberanian untuk itu. Lagipula bantuan hukum dan pendidikan hukum



hanya tersedia dalam skala yang sangat terbatas. Situasi demikian acap mengakibatkan tumbuh kembangnya 'sektor informal' yang untuk bagian terbesar tetap berada di sektor illegal.

- Institusi peradilan dan administrasi pemerintahan sering tidak berfungsi sebagaimana mestinya. Banyak dari pegawai di kedua lembaga tersebut tidak memiliki ketrampilan yang disyaratkan, sumber daya, insentif untuk bekerja dengan baik maupun integritas.

Sebagai rangkuman dapat dikatakan bahwa di negara-negara berkembang tantangan dan kompleksitas pembentukan legislasi sangat tinggi. Kesemua faktor ini, heterogenitas dan terpecahnya masyarakat, lemahnya (institusi) negara, fragmentasi hukum dan keterbatasan dari para pembentuk legislasi, turut berpengaruh dan memperumit permasalahan pembentukan legislasi, yaitu yang sejatinya difungsikan sesuai dengan tujuan resmi untuk mana legislasi dibuat. Seberapa jauh dan bagaimanakah teori legislasi (perancangan peraturan perundang-undangan) dapat berkontribusi bagi efektivitas produk dan kinerja para pembentuk legislasi maupun konsultan asing yang mendampingi mereka?

### **Teori-teori legislasi**

Pada bagian ini akan ditelaah sejumlah teori-teori dan model pembentukan legislasi terpenting. Beberapa diantaranya acap diaplikasikan di dalam proses pembentukan legislasi di Belanda dan beberapa negara Barat lainnya; beberapa lainnya dikembangkan khusus dalam kerangka mempelajari hukum di negara-negara berkembang. Beberapa di antaranya memiliki karakter normatif, sedangkan lainnya dilandasi para penelitian empiris. Dalam konteks tulisan ini, penulis hanya akan menggambarkan secara ringkas unsur-unsur pokok dari teori-teori yang akan diajukan di sini. Kategori yang akan digunakan untuk itu ialah sebagai berikut:

- Teori-teori yang berkenaan dengan proses pembentukan legislasi;
- Teori-teori yang berkenaan dengan dampak sosial dari pemberlakuan legislasi;
- Teori-teori yang berkenaan dengan desakan reformasi hukum yang muncul dari luar (internasional).

Harus diakui di sini bahwa kebanyakan teori hanya berkenaan dengan satu kategori saja. Namun, pandangan sejumlah pakar dan teori-teori lainnya mencakup ketiga kategori di atas. Pasangan cendekiawan

Seidman, misalnya, secara konsisten mengajukan pandangan bahwa adalah perilaku manusia yang menjadi inti semua persoalan yang terasosiasi dengan pembentukan legislasi. Misalnya, perilaku dari para pembentuk legislasi, subjek dari peraturan yang pada akhirnya dibuat dan perilaku dari konsultan-konsultan asing. Dengan demikian, hanya dengan memahami perilaku-perilaku aktor-aktor tersebut kita dapat secara layak menelaah persoalan yang dianggap menghambat keseluruhan proses pembentukan legislasi. Dari waktu ke waktu, para penulis di sini akan merujuk pada pandangan mereka.

*Teori-teori tentang proses pembentukan legislasi*

Pentingnya teori tentang proses pembentukan legislasi terletak pada fungsinya yang memungkinkan kita mengenali sejumlah faktor relevan yang berpengaruh terhadap kualitas hukum dan muatan isinya. Teori-teori berikut ini akan diulas secara berturut-turut:

- a) Teori tahapan kebijakan sinoptik (*synoptic policy-phases theory*) (Hoogerwerf 1992; Lindblom 1959);
- b) Teori pembentukan agenda (*agenda-building theory*) (Cobb & Elder 1972);
- c) Teori ideologi (kelompok) elite (*elite ideology theory*) (Allott 1980);
- d) Teori politik-biro (*bureau-politics*) atau teori politik organisasi (*organizational politics*) (Rosenthal 1988; Allison 1971; Tanner 1996; Tanner 1999);
- e) Teori empat rasionalitas (*four rationalities*) (Snellen 1987).

*Ad. a.*

Teori tahapan kebijakan sinoptik memandang proses pembentukan legislasi sebagai suatu proses pengambilan keputusan yang dikelola dan diarahkan dengan baik, kesemuanya dengan tujuan mengarahkan perkembangan masyarakat. Menurut teori ini – yang berbeda dari teori-teori lainnya dalam hal orientasi normatifnya – kebijakan dikembangkan oleh dan di bawah kendali lembaga-lembaga yang memiliki akuntabilitas politik, masing-masing dengan peran yang berbeda-beda. Adalah aktor-aktor politik yang dalam keseluruhan proses memegang peran utama, dalam artian bahwa merekalah yang menentukan muatan isi dari hukum. Pada lain pihak, fungsi utama pembentuk legislasi adalah memberikan nasehat. Mereka terutama memainkan peran sebagai penyedia norma. Dalam keseluruhan proses pembentukan legislasi, mereka ini dari waktu ke waktu diminta nasehat atau pandangannya. Dalam lintasan waktu, teori tahapan kebijakan sinoptik berkembang semakin canggih. Antara lain dengan kemudian

mencakupkan penilaian atau evaluasi *ex-ante* dari rancangan legislasi berkenaan dengan potensi pengimplementasian aturan-aturannya, penegakannya maupun kecukupan aturan dalam mengatur apa yang menjadi pokok perhatian dari aturan tersebut. Bahkan lebih jauh lagi teori ini pun dalam perkembangannya mencakupkan elemen dari model politik-birokrasi (lihat uraian di bawah ini).

Teori tahapan kebijakan sinoptik pada prinsipnya merujuk pada kerangka ideal *trias politica* dan mengasumsikan bahwa birokrasi akan bersikap netral. Teori ini dapat berguna sebagai titik tolak rujukan yang mengidentifikasi sejumlah faktor kunci: prosedur pembentukan legislasi, aktor-aktor formal yang terlibat serta pelbagai tahapan proses yang ditempuh, prosedur hukum yang digunakan serta standar apa yang dipergunakan dalam negara tertentu. Dengan demikian, sejauh faktor-faktor tersebut benar bersifat menentukan terhadap hasil akhir (*determinative of the outcome*), kiranya bagi konsultan asing layak dan perlu untuk secara cermat mempelajari legislasi yang ada dan melihat bagaimana faktor-faktor tersebut berpengaruh terhadapnya.

*Ad.b.*

Teori pembentukan agenda dapat digambarkan sebagai pendekatan dari bawah (*bottom-up approach*). Dalam teori ini pembentukan legislasi tidak dipandang sebagai suatu proses yang terkelola maupun terarah dengan baik dari atas. Namun sebaliknya sebagai hasil akhir dari suatu proses sosial panjang di mana terjadi perbenturan ragam pihak dengan gagasan serta kepentingan yang berbeda-beda pula. Di dalam teori ini dibedakan lima tahapan di mana ketidakpuasan sosial yang terdifusi secara gradual tersalurkan melalui organisasi dan lembaga-lembaga kemasyarakatan yang kemudian mendesak pemerintah untuk menanggapi tuntutan mereka. Tujuan mereka ialah untuk mendapatkan dukungan dari partai-partai politik. Dengan cara itu pula mereka dapat secara substansial turut menentukan agenda politik dan mendorong diajukannya suatu rancangan legislasi baru.

Teori pembentukan agenda mencoba menunjukkan bahwa pembentuk legislasi bukanlah satu aktor tunggal yang utama, melainkan bahwa proses pembentukan legislasi merupakan proses transformasi yang kompleks serta panjang yang melibatkan dan dipengaruhi oleh ragam aktor dan sejumlah faktor yang berbeda-beda pula.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Mirip dengan itu adalah teori keranjang sampah (*garbage can theory*) (Cohen et al. 1972). Cf. Kingdon 1984, yang mengajukan argumen bahwa pada akhirnya sebuah keputusan kebijakan (*policy decision*) merupakan hasil akhir dari proses kompleks yang non-rasional di dalam mana para aktor, permasalahan dan solusi yang ditawarkan berbenturan secara acak.

Seberapa jauh teori ini dapat diaplikasikan untuk menelaah proses pembentukan legislasi di negara-negara berkembang, tergantung pada tingkat demokratisasi serta kebebasan sosial yang dinikmati masyarakat bersangkutan. Sebelum 1980-an, di luar negara-negara barat, dapat dikatakan bahwa seberapa jauh suatu negara terdemokratisasi dan masyarakatnya menikmati kebebasan sosial tingkatannya sangat rendah. Pembentukan legislasi kerap merupakan proses politik yang datang dan muncul dari atas (*top-down approach*), dalam hal mana presiden atau ketua partai politik yang berkuasa mengumumkan akan dijalankan arah kebijakan baru atau diberlakukannya legislasi baru. Sedangkan tugas para menteri dalam kabinet pemerintahan serta jajaran birokrasi pemerintahan (pegawai negeri) hanyalah menjalankan apa yang diperintahkan (dalam dan melalui kebijakan atau perangkat legislasi yang baru). Tipe pembentukan legislasi tersentralisasi ini banyak ditemui dan dipraktikan di kebanyakan negara-negara (berkembang) di Afrika, Asia dan negara-negara sosialis di Amerika Latin. Galibnya, pembentukan legislasi tidak melibatkan partisipasi masyarakat. Sebagai akibatnya, di dalam kebanyakan negara demikian tidak ditemukan adanya peran aktif dari kelas politik menengah (Heady 1996). Bahkan ketika di suatu negara, korporasi besar dan kelompok etnik dominan dapat mempengaruhi pembentukan agenda politik, dalam kenyataan tidak dapat dikatakan adanya perbenturan gagasan. Semua hal ideal itu hanyalah ilusi.

Faktor-faktor sosial internal juga menghambat kemunculan demokrasi yang betul-betul berakar di masyarakat (*bottom-up democracies*). Dalam ranah tradisional, masyarakat sudah sejak awal munculnya peradaban menganggap diri mereka terutama lebih sebagai bagian atau anggota suku, klan atau kelompok keagamaan, bukan individu yang bebas menentukan dan memilih. Kelompok-kelompok tradisional demikian kerap menuntut solidaritas penuh, dalam arti kepatuhan mutlak, dari anggota-anggotanya. Oleh karena itu, pimpinan kelompok-kelompok tradisional tersebut kerap menjalankan peran sebagai perantara (*broker*) di ranah politik nasional. Mereka menawarkan suara dari 'pengikut-pengikut' mereka sebagai satu kesatuan utuh dalam rangka mendukung atau menolak politisi tingkat regional maupun nasional. Dalam situasi demikian dapat dimengerti mengapa para pimpinan kelompok tradisional maupun para politisi enggan mendiskusikan secara terbuka masalah-masalah sosial-ekonomi yang sejatinya menjadi urusan masyarakat bersama.

Khususnya sejak 1990-an, ketika gelombang demokratisasi melanda negara-negara berkembang dan menumbangkan rezim pemerintahan

otoritarian, skematika politik seperti digambarkan di atas mengalami perubahan radikal. Hal serupa terjadi juga dengan banyak aspek lainnya dari masyarakat negara berkembang. Urbanisasi, pertumbuhan ekonomi sebagaimana juga peningkatan tingkat pendidikan (formal) serta komunikasi yang lebih baik menumbuhkembangkan kelas atau kelompok masyarakat wirausahawan domestik maupun lembaga-lembaga swadaya masyarakat lokal. Kedua kelompok masyarakat tersebut yang muncul di banyak negara berkembang selanjutnya banyak menjalin kerja sama dengan lembaga-lembaga internasional maupun pemerintah. Kerja sama dan persentuhan keduanya ditujukan untuk meningkatkan standar pengelolaan pemerintahan di bidang-bidang seperti hukum dagang (ekonomi), hubungan industrial (perburuhan) dan perlindungan-pelestarian lingkungan. Penetrasi gagasan-gagasan asing merasuk semakin jauh dan dalam, terutama karena masyarakat lembaga-lembaga donor asing tidak saja mengirimkan konsultan-konsultan hukum asing sebagai pemberi nasehat dalam proses pembentukan legislasi baru, namun lebih jauh dari itu mendorong dibuat dan diberlakukannya sejumlah legislasi baru. Kadang memaksakan pula dibuatnya legislasi baru, yakni dengan cara menetapkannya sebagai syarat yang harus dipenuhi bila negara berkembang ingin menerima pinjaman luar negeri. Dalam rangka itu pula, dikembangkan dan didorong upaya-upaya khusus untuk mengurangi (dampak dan pengaruh) kekuatan politik pimpinan kelompok-kelompok tradisional.

Kendati begitu, perubahan yang terjadi ternyata tidak seketika dan serta-merta. Sebaliknya, kerap terjadi secara bertahap bahkan tidak tuntas. Pemerintahan demokrasi yang muncul kerap masih rapuh dan rentan; anasir-anasir otokratik bertahan dan bahkan mereka berupaya serta acap berhasil menguasai kembali panggung politik. Lebih lagi, ditengarai bahwa hubungan-hubungan primordial di antara pelbagai kelompok etnis serta meluasnya kemiskinan masih juga menghambat banyak warga negara maupun kelompok-kelompok masyarakat untuk secara bermakna berpartisipasi dalam proses penyusunan agenda (politik). Mengingat bahwa tingkatan kondisi yang digambarkan di atas berbeda dari satu wilayah dengan lainnya, konsultan hukum asing yang berkiperah di bidang pembentukan legislasi sejatinya memiliki informasi memadai perihal struktur politik masyarakat dan pemerintahan setempat, serta juga tentang sifat dan kecepatan perubahan yang terjadi di dalam masyarakat tersebut. Tujuan dari itu semua ialah agar mereka dapat menilai serta memperhitungkan kekuatan-kekuatan sosial yang berpengaruh terhadap, dan juga legitimasi dari proyek-proyek yang melibatkan diri mereka.

*Ad.c.*

Teori Allott tentang ideologi (kelompok) elite (1980) menggambarkan bagaimana dalam kebanyakan negara-negara berkembang, sekelompok kecil elite politik yang angkuh dan tidak sabar, dengan mengenyampingkan partisipasi masyarakat, telah mencoba membuat dan memaksakan berlakunya legislasi baru yang sangat ambisius (dalam rangka mengubah mereka yang dianggap kurang atau tidak berkembang). Elite politik tersebut terinspirasi oleh sejumlah 'prinsip-prinsip penentu (pedoman)' seperti unifikasi hukum, modernisasi, regresi, sekularisasi, liberalisasi dan mobilisasi. Agenda ambisius yang dikembangkan kelompok tersebut mendapatkan perlawanan masyarakat, dan ini kemudian diikuti oleh periode kemandekan (stagnasi). Para konsultan hukum kiranya mengakui bahwa pola kejadian demikian ternyata, maksimal hanya berhasil memunculkan sejumlah prinsip penentu yang baru. Prinsip-prinsip demikian harus dicermati belum diselaraskan dalam rangka memenuhi kebutuhan konkrit masyarakat lokal. Sikap dan pandangan elite politik yang demikian ambisius kiranya untuk bagian terbesar belum banyak berubah.

*Ad.d.*

Teori *bureau-political* memandang pembuatan kebijakan (*policymaking* yang juga dapat diartikan secara luas mencakup pembentukan legislasi (*lawmaking*)) tidak sekadar sebagai hasil dari proses rasional kehendak pemegang kekuasaan politik di mana bagian-bagian atau faktor-faktor yang bekerja di dalamnya dapat diidentifikasi satu persatu, namun juga tidak semata-mata sebagai proses yang muncul dari dan terbentuk oleh dinamika masyarakat (*society driven*) dengan nuansa kehendak politik dibaliknya. Sebaliknya teori ini juga memandang proses perumusan kebijakan sebagai perbenturan antara ragam sektor (biro) dalam administrasi pemerintahan. Model ini bertitik tolak dari administrasi pemerintahan yang ada: setiap biro di setiap kementerian (unit-unit kerja pemerintahan) dirancang untuk memajukan kepentingan umum. Namun, bagaimana kewajiban yang terangkum di dalam tugas umum di atas dipahami dan dimaknai, akan berbeda antara satu biro dengan lainnya. Jika persoalan baru muncul dan hal itu harus diatur, maka serta-merta akan muncul perbenturan kepentingan di antara pelbagai agen pemerintahan yang berbeda satu sama lain serta di dalam biro-biro yang membentuknya. Masing-masing bagian pemerintahan yang berbeda-beda ini akan berupaya memasukan urusan mengurus persoalan di atas ke dalam lingkup kewenangan mereka. Sehingga

mereka sendirilah yang dapat memonopoli urusan mendefinisikan, mendiagnosa dan mengajukan solusi atas persoalan yang muncul. Dipandang dari perspektif di atas, bagaimana kebijakan pemerintah terbentuk dianggap sebagai hasil akhir dari proses persaingan dan perbenturan antara bagian-bagian administrasi pemerintahan dengan hasil rambang serta yang tidak pernah dapat diduga sebelumnya. Di dalamnya juga dapat kita cermati bekerjanya gaya sentrifugal pada tataran inter-departemen. Dapat kita pastikan bahwa teori ini bermanfaat sebagai instrumen analisis yang berguna untuk menelaah bagaimana kebijakan (dan legislasi) dibentuk dan dirumuskan di negara-negara berkembang. Sejarah kemunculan banyak rancangan legislasi menjadi bukti adanya persaingan dan perseteruan antara pelbagai biro (dalam administrasi pemerintahan).

Meskipun demikian, kiranya tidak mudah untuk memperoleh pemahaman akan kompleksitas keragaman, potensi dan perwujudan persaingan antarpelbagai biro administrasi pemerintahan. Perbenturan antara dua tujuan pembangunan seperti pertumbuhan ekonomi dan perlindungan lingkungan akan muncul dan melatarbelakangi persaingan antara sejumlah kementerian yang masing-masing berupaya mengontrol bagaimana persoalan semacam itu seharusnya ditangani. Namun, dapat ditambahkan, juga di dalam masing-masing kementerian atau departemen dapat kita tengarai adanya persaingan dan perbenturan kepentingan antara bagian-bagiannya. Dengan demikian, konsultan hukum asing harus dapat secara memadai memperkirakan kekuatan dan pengaruh politik yang dimiliki setiap biro hukum, diperbandingkan dengan apa yang dimiliki oleh biro kebijakan, dan juga mengenali bagaimana perebutan kekuasaan di dalam biro hukum itu sendiri berlangsung. Kendati begitu, banyak faktor lain turut meningkatkan tantangan yang harus dihadapi.

Di banyak negara berkembang, di dalam birokrasi pada umumnya hukum secara umum tidak diberikan status yang tinggi atau prioritas. Banyak biro hukum menghadapi banyak kesulitan dan tantangan sekadar untuk menyampaikan pesan hukum yang mereka hendak sampaikan (kepada para birokrat maupun masyarakat luas) (MacAuslan 1980). Ihtiar dari konsultan hukum asing untuk mengidentifikasi aktor utama dalam politik-biro (administrasi atau internal pemerintahan) yang mensyaratkan studi secara mendalam dan rinci struktur administrasi pemerintahan kiranya akan memunculkan temuan-temuan yang tidak terduga sebelumnya, yaitu bahwa beberapa agen pemerintahan yang tidak diperhitungkan justru memegang peran penting. Sering, pandangan yang diperoleh dari negara asal tentang



bagaimana sejatinya kementerian atau departemen berfungsi, harus ditinggalkan. Sebagai ilustrasi, konsultan hukum asing asal Belanda akan mengalami kesulitan untuk mendapatkan rujukan (bila bertitik tolak dari sistem administrasi pemerintahan Belanda) akan bagaimana dan apa fungsi yang dimainkan Kementerian Agama, Badan Pertanahan Nasional, Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, kantor wakil presiden yang begitu besar, Dewan Pertimbangan Agung atau Badan Penasihat Urusan Pembangunan Ekonomi. Para konsultan asing tidak punya pilihan lain terkecuali mempelajari secara cermat kebijakan, praktik dan peran di bidang pembentukan legislasi yang dimainkan masing-masing lembaga pemerintahan di atas yang dari sudut pandang mereka pasti tampak sangat asing. Namun begitu, tantangan yang harus dihadapi konsultan hukum asing masih lebih luas dari itu.

Sekalipun kita terima dan bertitik tolak dari pandangan teori political-biro di atas, maka kiranya keliru hanya untuk memberi perhatian sepenuhnya pada kementerian (birokrasi pemerintahan) sebagai "kekuatan keempat"<sup>10</sup> dan begitu saja menerima argumen bahwa kompetisi internal di dalam setiap kementerian (birokrasi) merupakan satu-satunya kunci untuk memahami proses pembentukan legislasi.<sup>11</sup> Seorang konsultan asing tidak boleh mengabaikan maupun mengenyampingkan begitu saja pusat-pusat kekuatan politik lainnya di luar kementerian. Di beberapa negara dapat kita temukan adanya rentang yang luas dari dan keragaman agen-agen negara yang berada lebih dekat dengan pusat kekuasaan politik daripada kementerian yang ada. Agen negara demikian bisa berupa kantor kepresidenan atau sekretaris kabinet, badan pusat legislasi nasional, dan komite pusat dari partai-partai politik. Pusat kekuasaan ideologis, budaya atau religius juga mungkin besar pengaruhnya. Ilustrasi dari itu ialah Partai Komunis di Republik Rakyat Cina dan pelbagai lembaga keagamaan di negara-negara Islam. Donor-donor internasional, LSM, dunia korporasi, angkatan bersenjata, semuanya patut pula diperhitungkan. Tentunya, dewan perwakilan rakyat sebagai badan legislatif dan komisi-komisi di dalamnya serta juga partai-partai politik akan turut memainkan peran penting. Terakhir tidak boleh dilupakan bahwa kerap kali peran dari politisi perseorangan, administrator (pegawai negeri) dan juga

10 Pada 1971, Crince LeRoy mempublikasikan analisis revolusioner (pada waktu itu) perihal peran dan pengaruh korps pegawai negeri. Ia selanjutnya berkesimpulan bahwa korps pegawai negeri ini dalam kenyataan mewujudkan diri sebagai kekuatan keempat dalam negara demokratis – di samping kekuasaan legislatif, eksekutif dan judisial. Lihat Crince LeRoy (1971).

11 Satu studi terkenal tentang pembentukan legislasi di Cina, misalnya, menunjukkan bahwa dalam kenyataan banyak aktor lainnya juga membawa pengaruh penting (Tanner 1999, cf. Otto & Li 2000).



warga negara biasa tidak dapat dikesampingkan begitu saja dalam proses mendorong suatu gagasan yang terangkum di dalam rancangan legislasi, melampaui keseluruhan proses pembentukan legislasi.

*Ad.e.*

Teori Snellen tentang empat tipe rasionalitas mengesankan bahwa kebijakan pemerintah terdiri dari empat sistem atau ranah pemikiran yang berbeda dan masing-masing memiliki logikanya sendiri. Keempat sistem demikian dianggap kurang lebih otonom satu sama lain, namun sebaliknya menjadi terkait satu sama lain tatkala bersentuhan dengan kebijakan pemerintah: politik, hukum, ekonomi dan ilmu pengetahuan.<sup>12</sup> Rasionalitas yang mendasari keempat ranah tersebut kerap berjalan seiring dan selaras satu sama lain, namun sering juga mengajukan tuntutan yang saling berlawanan: seberapa jauhkah apa yang mungkin diperbuat menurut perkembangan ilmu pengetahuan terkini, juga dapat dianggap legal dari kacamata hukum? Apakah suatu solusi hukum terhadap suatu masalah sosial tertentu juga secara ekonomis dapat dipertanggungjawabkan? Apakah suatu penyelesaian politik tertentu yang sangat tepat guna juga dapat dikatakan rasional dari sudut pandang hukum? Pertanyaan-pertanyaan seperti di atas mengilustrasikan tidak saja betapa menarik serta pentingnya studi tentang (proses) legislasi, namun sekaligus bahwa studi demikian harus dilakukan secara interdisipliner.

Sejauh teori ini menelisik secara lebih mendalam proses pembuatan kebijakan dan pembentukan legislasi sehingga penerapan atau penggunaannya akan sekaligus memperkaya pemahaman dari mereka yang mencoba untuk mengerti kompleksitas pembentukan legislasi di negara-negara berkembang. Tantangan yang menghambat pembangunan atau sebagaimana yang dikatakan Snellen problematika *under-development* memberikan pada kita titik tolak yang tepat-guna. Bagaimanakah pembentukan legislasi yang efektif dapat dilangsungkan tatkala pada saat yang sama belum ada kesepakatan tentang bagaimana seharusnya negara-bangsa dibangun dan dibentuk, tatkala tidak tersedia cukup perlindungan keamanan terhadap nyawa dan kehidupan, sebaliknya yang adalah kemiskinan yang meluas, tatkala tidak tersedia anggaran yang cukup maupun pegawai negeri yang andal untuk mengimplementasikan kebijakan yang telah dibuat, dan tatkala tingkat

12 Hipotesis ini tentang pengaruh dan kontradiksi dari hukum, politik, ekonomi dan teknologi dalam proses pembentukan legislasi kiranya sejalan dengan permasalahan pembentukan legislasi yang ditelaah di bagian lain dari tulisan ini dan juga dengan kekuatan balik (*countervailing forces*) yang kerap menghambat pencapaian kepastian hukum nyata (lihat Bab 5).

buta huruf dan ketakacuhan tinggi melanda masyarakat?

Rasionalitas 'kebijakan' di negara-negara berkembang kiranya lebih kasar daripada yang muncul di negara-negara Barat. Ini dalam artian bahwa perjuangan perebutan kekuasaan yang terjadi di negara-negara berkembang lebih kerap terkait urusan hidup mati, keniscayaan mempertahankan ketertiban-keamanan dan perang saudara. Di sini 'demokrasi' sebagaimana dibayangkan para pemegang kekuasaan adalah 'demokrasi yang harus diperjuangkan dan dipertahankan dengan darah dan airmata' (*democracy with teeth and claws*) – suatu semi-demokrasi. Rancangan legislasi yang kemudian diberlakukan mencerminkan kompromi-kompromi politik yang dicapai para politisi dengan pimpinan tradisional dan semua kekuasaan lainnya, dan itu ditujukan untuk mempertahankan kekuasaan. Dengan demikian, sekalipun kebanyakan politisi akan sepakat dengan pandangan Seidman tentang perlu dan pentingnya metodologi pembentukan legislasi yang menekankan pentingnya penalaran dilandaskan pada pengalaman, namun sebaliknya dalam praktiknya, para politisi di negara-negara berkembang cenderung menjalankan strategi pragmatis dalam rangka terus mempertahankan atau melanggengkan kekuasaan politik maupun menjamin perlindungan keamanan diri mereka.

Tidak mengherankan pula bahwa rasionalitas dari 'hukum' – bila dibandingkan dengan yang terjadi di kebanyakan negara-negara Barat – tidak memainkan peran terlalu penting di negara-negara berkembang. Sebagaimana telah didiskusikan pada bagian ketiga tulisan ini, baik legislasi (peraturan perundang-undangan) maupun sistem hukum memiliki otonomi terbatas, karena keduanya sering tidak berfungsi dengan semestinya (jika memang berfungsi) dan oleh karenanya tidak begitu dihargai di dalam dan oleh masyarakat.<sup>13</sup>

Semua ikhtiar yang termuat dalam program-program negara hukum (*Rule of Law*) maupun hukum dan pembangunan serta gerakan-gerakan hak asasi manusia dan ditujukan untuk memperbaiki sistem yang ada kerap kandas dihadapan masyarakat yang *skeptis*. Dalam masyarakat pluralistik, kelompok-kelompok masyarakat tertentu kuatir

13 Mattei mengembangkan teori tentang perbandingan hukum global (*global comparative law*) dengan membedakan aturan yang berlaku bagi para profesional hukum (*the rule of professional law*) dari aturan yang berlaku di ranah hukum politik (*the rule of political law*) dan dengan aturan yang bersumber dari hukum tradisional (*the rule of traditional law*) (Mattei 1997). Dalam pandangannya, dalam masyarakat berbeda-beda salah satu dari ketiganya pasti berlaku dominan dan dengan demikian mengurangi otonomi ranah hukum lainnya. Menurut Mattei, kebanyakan negara berkembang hidup di bawah bayang-bayang *the rule of political law* atau dari *traditional law*. Namun sekaligus ada begitu banyak perbedaan di antaranya. Derajat otonomi dan profesionalisasi dari hukum secara tradisional lebih tinggi, misalnya, di India, Malaysia, Mesir daripada di Cina, Indonesia dan Sudan.

perihal rasionalitas apa dan bagaimana yang digunakan serta perangkat legislasi apa yang akan diamanatkan: hukum negara, hukum nasional, hukum agama atau hukum adat? Ketiadaan konsensus normatif yang melanda kebanyakan masyarakat dengan ragam etnis-budaya-bahasa (*poly-communal*) dan masyarakat heterogen menghambat perwujudan kemungkinan mengakarnya rasionalitas hukum dalam ranah politik maupun pembuatan kebijakan.

Sekalipun rasionalitas 'ekonomi' pada umumnya dianggap sangat penting dan diutamakan, acap dapat dipertanyakan betulkah di negara-negara berkembang dapat kita temukan 'rasionalitas ekonomi' seperti itu. Berkenaan dengan ini dapat kita pertimbangkan faktor-faktor berikut ini yang membuatnya menjadi sulit memahami di mana sebenarnya rasionalitas ekonomi yang senyatanya ada di negara-negara berkembang: di setiap negara dapat dicermati adanya kesenjangan tinggi antara tujuan-tujuan ekonomi, rencana dan praktik dari ragam donor maupun dari negara tuan rumah, para politisi yang memegang tampuk pimpinan dengan warga masyarakat. Strategi yang dikembangkan lembaga-lembaga donor tidaklah konsisten, sebaliknya berubah dan berkembang dari tahun ke tahun dan terus berkembang seiring waktu – pertama terfokus pada perencanaan terpusat (ekonomi komando) kemudian bergeser mengusung pendekatan ekonomi-pasar serta pengurangan biaya transaksi. Negara-negara tuan rumah sering lebih menguatirkan persoalan ketersediaan lapangan pekerjaan dan pertumbuhan pendapatan khususnya berhadapan dengan kelompok yang dipandang sebagai paling strategis (untuk mempertahankan kekuasaan). Kebijakan ekonomi dari para politisi utama tingkat lokal di banyak negara berkembang sering ditujukan untuk menguntungkan kepentingan mereka sendiri serta kelompok pendukungnya. Berkenaan dengan masyarakat pada umumnya, masih dapat dicermati berlakunya dualisme ekonomi dari zaman kolonial. Ekonomi pedesaan tradisional dan ekonomi modern di perkotaan hidup berdampingan dan jarang bersentuhan satu sama lain (sekalipun sejumlah bagian atau potongan dari ekonomi perkotaan masuk ke dalam sektor informal [Soto 2001]). Ditengarai bahwa kedua ranah ekonomi tersebut berbeda dalam tingkat pendapatan, penetapan harga dan praktik perdagangan. Juga dapat dikatakan bahwa di dalam sistem ekonomi demikian bekerja banyak ragam tangan tidak terlihat (di samping yang disebut oleh Adam Smith) sekalipun yang satu sering lebih terlihat dibanding lainnya. Ekonomi informal kerap dibangun dan dilandaskan pada jejaring ikatan personal dan kelompok, dan menumbuhkembangkan 'ekonomi perkoncoan' (*economies of affection*; Hyden 1983). Mereka yang secara

khusus mencermati dan mempelajari sektor ekonomi informal secara tepat menggambarkan rasionalitas yang mendasarinya sebagai: hanya untuk para peserta (*'for participants'*).

#### *Studi empiris dan teori-teori perihal efektivitas hukum*

Di samping itu kita dapat cermati berkembangnya tradisi penelitian ilmiah terutama yang menggunakan pendekatan sosio-legal. Studi demikian terfokus pada dampak dari legislasi. Secara umum studi-studi yang dilakukan dapat kita kategorikan ke dalam tiga kelompok berbeda:

1. 'Studi untuk mengevaluasi legislasi': dengan pendekatan ini pejabat negara mengevaluasi kondisi legislasi yang (khususnya di Belanda) digambarkan sebagai hukum yang dikondisikan oleh *'legal centralism'*;
2. Studi sosiologis yang luas yang menganalisis efektivitas pada tataran nasional. Pendekatan yang digunakan untuk menelisik legislasi nasional umumnya berkarater *socio-political*, kadang sejarah (Aubert 1967; Witteveen 1991; Hoekema & Manen 2000). Teori yang tergolong ke dalam kategori ini antara lain teori legislasi simbolik (*symbol-act theory*) dari Aubert;
3. Studi-studi kritikal (*critical studies*). Studi ini dilandaskan pada riset lapangan dengan pendekatan sosio-legal sebagaimana umum dilakukan pada tataran lokal oleh peneliti antropologi hukum, dan acap dilakukan di negara-negara berkembang (Falk Moore 1978; Griffiths 1996; Benda-Beckmann 1990). Dalam penelitian (dan juga dalam tipe studi lainnya) titik tolaknya kerap adalah teori-teori tentang pluralisme hukum dan dampak sosial (*social effects theory*).

#### *Ad. 1.*

Dalam tradisi pemikiran tentang hukum di negara-negara Barat, studi yang ditujukan untuk mengevaluasi hukum belum berumur panjang. Dalam hal ini titik tolak studi tersebut adalah sudut pandang pembentuk legislasi. Legislasi kiranya berkepentingan menelisik sejauh mana legislasi yang dibuat efektif dalam mencapai tujuan-tujuan yang melandasi pembentukannya. Di negara seperti Belanda, temuan yang diperoleh dari penelidikan demikian biasanya menegaskan bahwa tujuan pembentuk legislasi (atau pembuat undang-undang) untuk bagian terbesar telah tercapai. Umumnya, kesimpulan yang ditarik bernuansa optimis sekalipun kerap juga kritis; pembuat undang-undang *dianggap menuju arah yang tepat*, sekalipun di sana-sini masih terbuka ruang untuk koreksi dan pengembangan ke arah yang lebih baik.

Di negara-negara berkembang, banyak pembuat kebijakan menolak dilakukannya analisis dan evaluasi terhadap legislasi yang mereka hasilkan. Jika suatu kebijakan atau produk legislasi gagal mencapai tujuan pembentukannya, maka pengambil kebijakan sering, daripada menyelidiki akar masalahnya, lebih tertarik untuk segera mengganti kebijakan atau legislasi tersebut dengan yang 'lebih baik'. Sekalipun demikian, diperkenalkannya secara bertahap studi evaluasi sosial yang layak kiranya akan banyak bermanfaat bagi upaya pembaharuan hukum. Dapat dikatakan bahwa dalam proses pembangunan hukum tersebut, kerangka analisis yang dilandaskan pada konsep kepastian hukum nyata akan sangat berguna sebagai instrumen analisis (lihat Bab 5).

*Ad. 2.*

Di dalam ranah studi sosio-legal yang begitu luas, tulisan ini hanya akan menelaah dua teori yang terfokus pada efektivitas legislasi.

Teori yang pertama, teori legislasi simbolik dari Aubert (Aubert 1967). Sebagaimana teori tersebut dikembangkan lebih jauh oleh Aalders (1984), argumen utama yang melandasinya ialah bahwa pembentukan legislasi sering digunakan terutama untuk meredam atau menuntaskan konflik antarkelompok. Cara yang digunakan untuk melakukan hal ini ialah pertama, suatu kelompok, terdiri dari mereka yang hendak mereformasi situasi tertentu dan mendorong adanya perubahan, memperoleh kemenangan simbolik, yakni dalam arti bahwa (rancangan) legislasi (undang-undang) yang mereka dukung ternyata merangkum dan mencerminkan nilai-nilai dan standar tertentu. Namun kelompok lainnya yang lebih konservatif berhasil merumuskan dan mencakupkan ke dalam legislasi tersebut (mekanisme penegakan hukum dan ketentuan pidana) yang kemungkinan besar berpotensi menghambat pencapaian penuh tujuan-tujuan pembentukan legislasi sebagaimana dikehendaki oleh kelompok pertama.

Teori di atas dengan demikian membuat perbedaan antara efektivitas politik, substantif dan formal. Mekanisme dalam bentuk kompromi legislatif, penting dalam pencapaian efektivitas politis, acap menghasilkan legislasi yang dari segi substansi sama sekali tidak efektif, yakni dalam artian sama sekali tidak dapat mencapai tujuan pembentukan legislasi. Dalam hal ketentuan-ketentuan pokok tidak ditaati, maka dikatakan bahwa legislasi demikian juga tidak memiliki efektivitas formal. Hasil akhir seperti ini mendorong kelompok reformis untuk mengajukan kritik bahwa undang-undang harus dibuat lebih jelas dan lebih ketat. Dalam hal demikian pembentuk legislasi biasanya

menanggapi kritik tersebut dengan mengambil sejumlah tindakan yang ditujukan untuk mengurangi ruang gerak bagi penggunaan diskresi dan pengimplementasian secara administratif perangkat legislasi tersebut dengan lebih baik. Dengan cara demikian, maksud dan tujuan kelompok reformis yang termuat dalam legislasi untuk bagian terbesar akan tercapai secara bertahap.

Mekanisme seperti digambarkan di atas nyata muncul di banyak negara berkembang. Beberapa bidang persoalan yang umumnya ditargetkan untuk direformasi ialah dalam hukum keluarga (menjadi lebih liberal) dan hukum perburuhan atau lingkungan (menjadi lebih progresif). Pada lain pihak, kelompok konservatif kerap terlalu berhasil menghambat pencapaian tujuan-tujuan reformasi hukum di atas dalam bidang hukum pertanahan, legislasi dalam hukum keluarga serta dalam sejumlah besar legislasi yang tertuju pada demokratisasi. Sehingga tahap akhir reformasi – di mana hukum diharapkan dapat berfungsi lebih efektif – justru tidak pernah sepenuhnya dapat tercapai.

Teori yang dikembangkan Aubert sangat berharga bagi kita untuk dua alasan. Pertama, proposisi adanya keterkaitan antara pembentukan legislasi dengan efektivitasnya merupakan hipotesis yang masuk akal (*plausible hypothesis*). Alasan kedua ialah bahwa teori tersebut juga mengungkap makna atau fungsi simbolik dari pembentukan legislasi. Proses dan hasil akhir yang dalam dirinya sendiri dapat dianggap penting: bahkan bila pengimplementasian dan penegakannya sekarang ini sangat buruk, peraturan tersebut tetap berharga sebagai rujukan bagi pengembangan upaya implementasi ataupun pembentukan legislasi yang lebih baik di masa depan. Tentu harus segera ditambahkan bahwa studi evaluasi lanjutan harus dilakukan untuk menunjukkan bagaimana dan sejauh mana fungsi simbolik dari legislasi beroperasi dalam praktiknya.

Teori yang kedua, teori komunikasi dari Witteveen (Otto 1992) menelaah persoalan efektivitas hukum dari sudut pandang yang berbeda sama sekali. Teori ini beranggapan bahwa dampak utama dari hukum adalah mendorong debat publik. Dengan mengembangkan pengertian dan konsep-konsep (hukum) yang otoritatif, pembentuk legislasi mendorong anggota masyarakat agar saling berbicara dan mendengarkan pandangan mereka satu sama lain.

Teori komunikasi di atas dalam konteks negara berkembang berharga untuk dipergunakan. Pendekatan yang digambarkan di atas terhadap reformasi yang mencoba menggunakan legislasi baru sebagai program transformasi masyarakat secara radikal (Allott 1980) untuk sebagian dapat dikatakan gagal karena justru tidak berhasil mendorong

adanya perdebatan atau dialog publik antara anggota-anggota masyarakat dari kelompok yang berbeda-beda. Sebaliknya legislasi tersebut cenderung menempatkan masyarakat sebagai anak-anak kecil yang perlu dididik dan mendapatkan pencerahan.

Kendati demikian, implikasi yang muncul bahwa negara harus mendengarkan dan menanggapi suara rakyat tidak serta-merta berarti bahwa demokratisasi, pemilihan umum dan liberalisasi, sebagaimana muncul dan mengikuti proses serupa di negara-negara Barat, akan memberikan solusi terbaik bagi semua segmen masyarakat. Sebagai ilustrasi, dapat dikatakan bahwa untuk dapat menjangkau masyarakat pedesaan di Afrika dan meningkatkan efektivitas kebijakan pemerintah, maka strategi yang seyogianya digunakan ialah kombinasi jalur-jalur tradisional dan adat istiadat yang berlaku dengan mekanisme demokrasi modern.

### *Ad. 3.*

Hipotesis utama dari teori dampak sosial (*social-effects theory*) yang dikembangkan oleh, antara lain, Falk Moore dan Griffiths (Falk Moore 1973; Griffiths 1996) ialah bahwa legislasi (peraturan perundang-undangan) tidak mungkin langsung dan seketika berdampak terhadap perilaku masyarakat. Dengan kata lain, hukum nasional tidak akan seketika mengubah dan dapat memaksa masyarakat mengubah perilaku atau kebiasaannya. Argumen yang melandasi hipotesis ini ialah bahwa masyarakat tidak menaati hukum sebagai individu-individu otonom karena pada dasarnya mereka semua adalah makhluk sosial. Struktur sosial di mana masyarakat hidup, dinamakan ruang sosial semi otonom (*semi-autonomous social fields [SASFs]*), memunculkan aturan-aturan internal yang mengatur perilaku dan interaksi anggota masyarakat bersangkutan dan dari dalamnya pula aturan-aturan eksternal (misalnya: hukum nasional) ditelaah serta dimaknai. Sehingga hasil perjumpaan (dan perbenturan) dari aturan internal dengan aturan eksternal dalam masyarakat adalah dirumuskannya tujuan strategis masyarakat yang berbeda dari yang semula dimaksud pembentuk legislasi.

Para pendukung teori di atas umumnya pesimis memandang persoalan seberapa jauh pemerintah dapat mengarahkan perkembangan masyarakat: legislasi tidak pernah benar-benar menjangkau akar rumput dan dapat mengakar, satu dan lain karena terdistorsi oleh ragam ruang sosial semi otonom yang hidup dalam masyarakat bersangkutan. Sehingga tujuan legislasi sebagaimana dirumuskan pembentuk legislasi tidak pernah dapat tercapai.

Tradisi pemikian di atas sangat jauh berkembang di Belanda dan



untuk sebagian dapat ditelusuri kembali pada mazhab hukum adat yang dikembangkan Van Vollenhoven. Penelitian-penelitian yang dilandasi teori ini acap berujung pada kesimpulan bahwa di negara-negara berkembang (lebih daripada di negara-negara Barat), kebanyakan ruang sosial dalam masyarakat sering justru bersifat sangat otonom. Alhasil muncul dan berlaku aturan-aturan internal yang khusus berlaku di dalamnya. Faktor inilah yang menjadi penyebab utama semakin tidak efektifnya legislasi nasional. Von Benda-Beckmann dan pakar-pakar lainnya mencermati bahwa dalam situasi yang digambarkan di atas ini pemberlakuan legislasi negara yang baru justru mengganggu dan mengancam prediktabilitas hukum lokal yang sudah ada terlebih dahulu. Lebih jauh lagi, para pakar tersebut di atas mengajukan pandangan bahwa ketergantungan pada atau sikap mengandalkan hukum rakyat (*people's law*) kerap lebih bermanfaat daripada ihtiar menciptakan kepastian hukum baru melalui hukum negara. Dengan kata lain, dalam banyak situasi, pembentukan hukum baru yang terbaik sejatinya dilakukan dengan tidak membuat hukum (legislasi) baru sama sekali.

Teori ini tidak dikembangkan di negara-negara Barat, melainkan tumbuh berkembang dari studi-studi lapangan yang dilaksanakan di negara-negara berkembang. Teori ini jelas sangat berpengaruh dalam studi-studi sosio-legal. Teori SASF memberikan perhatian khusus pada perilaku strategis individu dan kelompok-kelompok masyarakat terutama ditujukan untuk melanggengkan kelompok SASF. Individu dan kelompok-kelompok tersebutlah yang secara berlanjut menafsirkan ulang sinyal yang disampaikan pemerintah berkenaan dengan pengaturan dan penataan kembali hubungan-hubungan sosial primer yang sangat penting bagi mereka.

Potensi teori ini untuk memberikan penjelasan yang berguna bagi pembentuk legislasi dan konsultan terkait, acap dipertanyakan karena dua hal. Pertama penekanan utama pendekatan ini pada pluralisme hukum dan, kedua, tidak adanya studi-studi kasus yang mampu dihasilkan untuk menunjukkan adanya satu legislasi tingkat nasional yang berhasil-guna atau setidaknya memberikan sedikit manfaat bagi masyarakat. Harus diakui dan dikatakan di sini bahwa penelitian yang terfokus pada pola-pola relasi tradisional dalam masyarakat serta pada bidang-bidang hukum yang terkait dengan urusan perkawinan, pertanahan dan proses penyelesaian sengketa informal (dalam konteks masyarakat hukum adat atau berdasarkan kebiasaan masyarakat lokal) akan cenderung mendukung proposisi bahwa hukum nasional memiliki relevansi yang sangat terbatas. Namun, kesemua itu



tidak serta-merta merefleksikan keseluruhan spektrum persoalan masyarakat yang dapat ditangani oleh hukum nasional secara efektif. Bagaimanapun juga dapat ditunjukkan di sejumlah bidang kapan dan bilamana hukum nasional dapat berperan sebagai sarana efektif untuk mengubah masyarakat. Kiranya tetap dapat ditemukan sektor-sektor kehidupan masyarakat dan bidang-bidang hukum lainnya di mana ada lebih sedikit keragaman norma (*legal pluralism*). Dalam praktiknya hukum dagang diberlakukan secara efektif untuk mengatur transaksi-transaksi bisnis yang dijalankan kalangan pengusaha. Selanjutnya, hukum administrasi merupakan bidang kajian utama dan kerap tidak diperhitungkan. Melalui hukum administrasi, banyak legislasi yang ditujukan pada pemajuan pembangunan berhasil diimplementasikan. Sekalipun tidak ada alasan khusus untuk bersikap sepenuhnya optimis, teori di atas yang cenderung memunculkan temuan-temuan suram berkenaan dengan dampak sosial dari legislasi masih harus terus diujikan terhadap bidang-bidang hukum lainnya. Khususnya di mana tradisi yang mengakar tidak akan terlalu menghambat efektivitas pemberlakuan legislasi baru.

Dipertanyakannya kemanfaatan teori di atas terjadi pula karena adanya perubahan-perubahan besar yang terjadi di negara-negara berkembang. Situasi dan kondisi negara berkembang jauh berbeda dari yang ada seabad lalu. Masyarakat negara berkembang tidak lagi terutama atau hanya terdiri dari komunitas-komunitas tradisional homogen yang hidup di daerah pedesaan. Sebaliknya masyarakat negara berkembang sekarang ini dicirikan oleh heterogenitas tinggi: campuran masyarakat tradisional, modern dan pinggiran. Pengujian teori dampak sosial dalam kehidupan masyarakat modern heterogen demikian sedianya akan meningkatkan kemanfaatan teori tersebut dalam mengungkap dan memahami potensi hukum nasional di negara-negara berkembang.

*Teori tentang reformasi hukum yang diprakarsai dari luar (internationally-driven law reform)*

Bagian tulisan ini akan menelaah tiga teori perihal reformasi hukum yang diprakarsai dari luar (oleh masyarakat atau lembaga internasional):

1. Teori transplantasi hukum dari Watson (Watson 1993);
2. Teori yang mengkritisi proyek-proyek pembangunan dan (pembaharuan) hukum yang mengandalkan transplantasi hukum (Trubek & Galanter 1974; Shapiro 1993; Dezalay & Garth 2002);
3. Teori yang mempromosikan dibuatnya legislasi yang diselaraskan dengan kebutuhan dan permasalahan khusus negara-negara

berkembang. Artinya secara prinsipial menentang transplantasi hukum (Seidman, Seidman & Waelde 1999).

#### *Ad.1*

Teori Watson tentang transplantasi hukum sangat dikenal oleh para peneliti sejarah perbandingan hukum (*comparative legal history*). Menurut Watson (1974) bahkan pada tataran teoretis, tidak dapat ditunjukkan adanya korelasi sederhana antara masyarakat dengan (sistem) hukumnya. Hubungan antara keduanya jauh lebih kompleks. Sudut pandang ini mengimplikasikan bahwa pembaharuan hukum dapat dilakukan dengan meminjam aturan-aturan hukum atau sistem hukum dari satu negara dan mentransplantasikannya ke (dalam) negara lain. Bahkan menurut hematnya transplantasi adalah cara utama bagi suatu sistem hukum untuk tumbuh-kembang. Sekali terjadi transplantasi, maka sistem hukum yang sama akan kembali menjadi rujukan. Terlepas dari apakah suatu aturan hukum yang ditransplantasi ternyata dalam praktik cocok atau tidak, sekali dan semakin kerap suatu sistem hukum asing dijadikan rujukan, maka semakin baik untuk terus meminjam darinya. Watson dalam hal ini tidak menganggap bahwa kriteria sosial dapat dijadikan panduan efektif untuk reformasi hukum. Sebaliknya, ia berpendapat bahwa ukuran keterjangkauan, kebiasaan dan mode (*accessibility, habit and fashion*) harus menjadi kriteria utama untuk memilih aturan-aturan hukum mana yang dapat dipinjam serta ditransplantasikan ke dalam sistem hukum sendiri.

Watson menyimpulkan: jika meminjam adalah cara utama (sistem) hukum suatu negara bertumbuhkembang, dan jika elite pembentuk legislasi terikat pada budaya hukumnya (oleh apa yang mereka ketahui), maka selanjutnya dapat disimpulkan bahwa kualitas pendidikan hukum memainkan peran penting dan berpengaruh terhadap keberhasilan atau kegagalan ikhtiar reformasi hukum. Dengan demikian, program beasiswa pertukaran pelajar yang membawa mahasiswa dari negara-negara Asia-Afrika ke dalam lingkup pendidikan hukum di universitas-universitas negara-negara Barat, dalam pandangannya, akan mengakibatkan transplantasi gagasan-gagasan hukum yang berkembang di negara maju ke negara asal mereka.

Kiranya dengan cepat para pengamat dan pemerhati proses legislatif di negara-negara berkembang akan mengenali gambaran di atas. Pada sisi penawaran (*supply*), banyak lembaga-lembaga internasional, program bantuan bilateral, kalangan pengusaha, lembaga swadaya masyarakat dan kelompok penekan domestik mendorong pemerintah untuk memberlakukan legislasi baru dan untuk itu memberikan pada

pemerintah contoh dari negara-negara lain.<sup>14</sup> Pada saat yang sama, dari sisi permintaan (*demand*), banyak menteri, pejabat-pejabat tinggi dan lembaga swadaya masyarakat mengeluhkan buruknya kualitas legislasi yang diberlakukan di negaranya. Mereka kerap mengirim permintaan bantuan segera dalam ihtiar perbaikan legislasi. Kesemuanya itu dilandasi kepercayaan bahwa solusi tepat guna tersedia dan dapat diambil dari 'sistem hukum yang jauh lebih maju', dari negara-negara di mana hukum tampaknya bekerja dengan lebih baik daripada yang terjadi di negaranya sendiri. Watson telah mendokumentasikan proses sejarah ini. Ia lebih jauh lagi berpandangan bahwa itulah jalan yang harus ditempuh. Kemudian beranjak dari itu mengajukan argumen provokatif bahwa tesis cermin (*mirror thesis*) – yang menyatakan bahwa hukum merefleksikan nilai-nilai dan kebutuhan dari masyarakat yang bersangkutan – ternyata keliru.

Para penulis paper ini sebaliknya berpendapat bahwa teori Watson sangat andal sebagai teori deskriptif. Namun kegunaan teori tersebut terbatas hanya pada telaahan kerangka hukum yang ada dan teknik bagaimana meningkatkan dan menjaga agar kerangka hukum tersebut tetap konsisten (dan koheren). Teori yang dikembangkan Watson tidak menelaah persoalan seberapa jauh dan bagaimana kita dapat mengevaluasi apakah hukum yang ditransplantasi dapat berlaku efektif, dalam artian berhasil mencapai tujuan-tujuan kemasyarakatan untuk mana hukum tersebut dibuat dan diberlakukan.

#### *Ad. 2*

Banyak teoretikus kemudian menulis kritikan terhadap persoalan hukum dan pembangunan dan sekaligus mempertanyakan efektivitas transplantasi hukum Barat ke negara-negara berkembang. Pada pertengahan 1970'an, Trubek dan Galanter (1974) melancarkan serangan keras terhadap gerakan hukum dan pembangunan (*Law and Development Movement*) dalam bentuknya yang ada pada saat itu. Tujuan dari gerakan tersebut yang disponsori USAID ialah terutama mendorong dilakukannya transplantasi utuh legislasi serta institusi-institusi hukum yang terkait dengannya dari luar ke dalam negara-negara berkembang (Tamanaha 1995). Para kritikus dari gerakan hukum dan pembangunan tersebut mengecamnya sebagai naif, *ethnocentric* dan tidak efektif

14 Satu hal yang perlu dikuatirkan dalam kaitan dengan itu ialah bahwa banyak transplantasi hukum berasal dari Amerika Serikat yang menganut tradisi *common law*. Tidak cukup perhatian diberikan pada fakta apakah negara penerima sebenarnya mengacu pada sistem *eropa continental* dan karena itu memiliki kerangka hubungan negara-masyarakat yang lebih selaras dengan negara-negara Eropa Barat daripada dengan Amerika Serikat.

dan selanjutnya menyatakan bahwa asumsi yang melandasi para pembaharu hukum demikian keliru total. Selanjutnya beberapa penulis dari tahun yang lebih baru, seperti Shapiro, Faundez (1997) dan Garth juga mempertanyakan gejala Amerikanisasi hukum (*Americanization of laws*) yang menyebar keseluruh dunia dan model (sistem) ekonomi yang terkait dengannya (Newton 2004).

### *Ad.3.*

Di dalam karya mereka *Making Development Work*, pasangan Seidman menganjurkan pendekatan '*hands-on lawmaking for development*' (campurtangan penuh kegiatan pengembangan hukum untuk pembangunan). Dalam pendekatan ini penekanannya adalah pada pentingnya membuat rancangan legislasi yang secara khusus ditujukan untuk menjawab persoalan dan tantangan yang khas dari setiap negara. Teori yang mereka kembangkan menyoal problematika proses pembentukan legislasi, dampak sosial dari legislasi, termasuk juga pemindahan atau transplantasi internasional dari legislasi asing. Kesemua itu diringkas secara padat dalam prinsip yang dirumuskan Seidman, yaitu 'kaedah tentang tidak mungkinnya hukum ditransplantasikan' (*law of the non-transferability of law*) (Seidman 1978a).

Harus dicatat di sini bahwa teori Seidman di atas secara khusus dilandaskan pada ketertarikan mereka pada ihwal efektivitas legislasi dalam memajukan pembangunan. Metodologi yang dikembangkan Seidman berkenaan dengan pembentukan legislasi mensyaratkan dilakukannya analisis menyeluruh terhadap perilaku problematis tertentu yang hendak diatur, upaya-upaya untuk menjelaskan latarbelakang atau sebab-musabab perilaku demikian, evaluasi pengimplementasian aturan hukum lama dan penjelasan atas kegagalan atau hambatan terhadapnya, dan terakhir, pengembangan sejumlah alternatif melalui mana situasi yang disasar hendak diatur. Dengan demikian, mereka jauh melampaui kritikan biasa yang ditujukan terhadap hukum dan pembangunan. Teori menyeluruh yang pasangan Seidman kembangkan kiranya sangat berguna bagi siapapun yang secara praktis terlibat dalam kegiatan perumusan rancangan legislasi demi pencapaian tujuan pembangunan tertentu. Meskipun demikian, untuk menanggapi persoalan-persoalan penting yang telah diangkat, teori tersebut tetap harus di-reevaluasi, satu dengan lain dengan menggunakan studi-studi kasus terkini. Alasannya adalah karena studi lapangan yang menghasilkan temuan serta data yang melandasi teori Seidman dikompilasi antara tahun 1960 dan 1990. Apakah gambaran terdahulu tentang pembentuk legislasi yang pasif (*passive drafter*),

mereka yang gagal atau abai terhadap persoalan-persoalan kebijakan (sosial-politik-ekonomi) masyarakat yang bersangkutan dan membabi-buta meniru hukum asing, masih tepat untuk mendeskripsikan situasi sekarang ini di negara-negara berkembang? Apakah model pembentukan legislasi yang mereka kembangkan (lebih dikenal dalam bentuk akronimnya: Roccipi) masih tepat guna sebagai variabel pokok untuk mengevaluasi penataan terhadap hukum? Apakah metoda penyelesaian masalah masih paling tepat guna bagi pengembangan proyek-proyek legislasi? Kritik terhadap teori Seidman telah diajukan (MacAuslan 1980; Tamanaha 2001), namun sampai dengan sekarang belum ada alternatif praktikal lainnya yang diajukan sebagai pengganti?

Dengan beranjak dari teori-teori yang menyentuh ihwal transfer internasional (transplantasi) dari hukum, maka di sini dapat dipertanyakan apakah teori yang dikembangkan Watson tidak serta-merta *berbenturan diametral* dengan hukum Seidman tentang tidak mungkinnya transplantasi hukum (*non-transferability of law*). Dalam pandangan para penulis, Watson maupun Seidman sebenarnya memandang proses pembentukan legislasi dari sudut pandang yang berbeda dan juga mengajukan pertanyaan-pertanyaan yang berbeda pula. Artinya kedua teori tersebut sesungguhnya saling melengkapi satu sama lain dan bukan saling bertabrakan. Ketertarikan Watson adalah pada keseluruhan gejala pasca proses teknis-legal pembentukan legislasi serta preferensi pembentuk legislasi terhadap satu sistem hukum dibanding lainnya. Sebaliknya pasangan Seidman lebih tertarik pada perilaku nyata dari pembuat undang-undang serta dampak sosial dari (pemberlakuan) legislasi.

### **Beberapa kesimpulan tentang kemanfaatan teori-teori legislasi**

Bangkitnya kembali perhatian pada reformasi hukum di masyarakat donor internasional mendorong dibuatnya pedoman (*guidelines*) dan daftar uji petik (*checklist*) dalam rangka membuat dan mengevaluasi proyek-proyek pembangunan dan pembaharuan hukum. Kendati begitu masih banyak yang harus dikerjakan. Sebagai ilustrasi, Buku Pedoman pemajuan tata kelola pemerintahan yang baik yang dikembangkan Komisi Eropa untuk Pembangunan dan Kerja sama (internasional) betul memuat pedoman atau arahan untuk itu. Namun, di dalam bagian tentang penguatan negara hukum (*Rule of Law*) tidak disebutkan bagaimana menanggapi kendala dan hambatan yang mungkin muncul dalam ihtiar reformasi legislasi. Tidak tersedianya arahan atau pedoman demikian sangat mengherankan mengingat apa yang telah diketahui dan diungkap tentang keragaman faktor yang mempengaruhi proses

legislasi yang begitu kompleks. Tingkat kerumitan yang begitu tinggi dalam keseluruhan proses legislasi, dalam pandangan para penulis di sini, tidak hanya mensyaratkan digunakannya pendekatan interdisipliner. Lebih dari itu, kenyataan tersebut sejatinya mendorong semua orang yang terlibat dalam proyek-proyek legislasi di negara-negara berkembang untuk menggunakan teori-teori yang ada, terutama untuk memperoleh pemahaman yang lebih baik perihal proses pembentukan legislasi, dampak legislasi yang dibuat serta tentang peran potensial transplantasi hukum asing di negara-negara berkembang.<sup>15</sup>

Teori-teori tersebut di atas kiranya dapat lebih bermanfaat bagi konsultan para pembentuk legislasi jika dikonsolidasikan ke dalam metodologi yang koheren dan komprehensif. Metodologi demikian sejatinya merangkum dan meliputi ke-lima tahapan yang diurai di bawah ini:

- Evaluasi terhadap efektivitas legislasi yang ada sebelum melakukan upaya memperbaiki atau menggantikannya. Pada umumnya, negara-negara berkembang enggan melakukan evaluasi tersebut sendiri karena mungkin dapat mengungkap hal-hal sensitif seperti praktik korupsi. Sedangkan lembaga-lembaga donor asing menunjukkan keengganan serupa sekalipun dengan alasan berbeda, yaitu karena iktiar demikian memakan waktu dan biaya. Alhasil, donor-donor asing memilih untuk langsung mendorong dibentuknya legislasi baru sebagai pengganti. Hal ini kiranya masuk akal dalam hal sebelumnya tidak tersedia perangkat legislasi berkenaan dengan hal yang hendak diatur atau ditata. Namun, di kebanyakan negara berkembang situasinya tidaklah seperti itu. Lembaga-lembaga donor seharusnya – sebelum memutuskan mendorong amandemen atau penggantian peraturan – melakukan upaya untuk memahami terlebih dahulu apa dan bagaimana legislasi yang sudah ada bekerja dan selanjutnya menelaah apakah ketentuan-ketentuan di dalamnya konsisten, sejauh mana relevan dengan atau memajukan kepentingan kelompok target (*addressat*) dan terakhir menilai sejauh mana semua mekanisme legal yang terkait terjangkau oleh masyarakat umum.
- Pemajuan upaya memahami mengapa hukum efektif (atau justru tidak efektif) beranjak dari teori dampak sosial maupun

15 Untuk mempertahankan relevansi demikian, para penulis menganjurkan agar dilakukan studi sosio-legal lebih lanjut terhadap (proses) pembentukan legislasi dan pengimplementasiannya di negara-negara berkembang. Studi-studi kasus baru harus terus dihasilkan dan pengembangan teori yang lebih baik harus terus dimunculkan sedemikian sehingga dapat menjadi sumbangan bermakna bagi semua yang terlibat dalam proyek-proyek pembangunan termasuk pembaharuan hukum.

pluralisme hukum, teori Aubert perihal legislasi simbolik, dan juga model pembentukan legislasi dari pasangan Seidman. Teori Aubert mensyaratkan ditelaahnya proses implementasi dari kedua sudut pandang. Selanjutnya, teori ini memaksa kita juga untuk memperhatikan kenyataan bahwa keberhasilan atau kegagalan dipengaruhi pelbagai faktor institusional (sumberdaya, struktur internal, kepemimpinan) dan kepentingan kelompok target (kepentingan, *access*, keterjangkauan dan kekuatan atau daya tekan). Kesemua itu pada gilirannya dipengaruhi oleh faktor-faktor kontekstual (sejarah, politik, ekonomi, budaya, organisasi, teknologi dan geografi).<sup>16</sup> Sekalipun dikembangkan dalam konteks administrasi pembangunan, model ini berhasil menunjukkan kemanfaatannya dalam menganalisis proses hukum dan kelembagaan seperti pengadilan (Bedner 2001; Pompe 1996; Otto 1992). Para penulis di sini hendak menganjurkan diadaptasikannya model ini lebih lanjut untuk diselaraskan dengan studi-studi yang secara khusus menyorot lembaga-lembaga pembentuk legislasi dan relasi mereka dengan addressat dari peraturan tersebut. Ini sejatinya dilakukan baik dalam konteks pembentukan legislasi maupun berkaitan dengan persoalan penataan (*compliance*).

- Analisis dari permasalahan yang hendak ditata melalui perangkat legislasi. Dalam hal ini dengan menggunakan metodologi penyelesaian masalah yang dikembangkan pasangan Seidman, kita harus mengidentifikasi perilaku apa yang sebenarnya hendak diubah. Ikhtiar ini terdiri dari empat langkah:
  - Identifikasi dari tingkat kesulitan yang dihadapi: karena legislasi hanya mungkin menyorot perilaku manusia, maka para pembentuk legislasi harus mampu mengidentifikasi perilaku apa yang memunculkan masalah sosial yang hendak ditata dan juga peran dari mereka (kelompok sasaran) yang perilakunya menimbulkan masalah. Singkat kata, masalah sosial yang hendak ditata harus diidentifikasi terlebih dahulu sebagai titik tolak kegiatan membentuk legislasi;
  - Menganalisis dan mengajukan uraian menjelaskan mengapa dan bagaimana masalah sosial tertentu muncul; pembentuk legislasi harus secara sistematis memeriksa dan turut

16 Model kelembagaan warga negara (*institution-citizen model*) mengkombinasikan teori tentang jagad penguatan kelembagaan (*Institution-Building universe*) dengan teori tentang *access* dan partisipasi (Esman 1995; Otto 1987). Di dalamnya implementasi kebijakan dimaknai sebagai proses yang melibatkan transaksi antara warga perseorangan dengan lembaga-lembaga pemerintah pada akar rumput (*street-level government institutions*). Model ini merujuk pada teori transaksi (*transactionalism*) yang dikembangkan oleh Frederic Barth.



mempertimbangkan hipotesis alternatif perihal sebab-musabab atau akar masalah dari perilaku sosial yang dianggap bermasalah;

- Mengajukan usulan pemecahan masalah (solusi): dengan dukungan bukti-bukti, pembentuk legislasi seyogianya merumuskan tindakan-tindakan legislatif apa yang sebaiknya dilakukan, termasuk mengajukan usulan rancangan peraturan baru. Dalam hal itu, mereka juga harus memperhitungkan biaya sosial-ekonomi yang potensial muncul dari tiap aturan yang dibuat, yaitu untuk dapat menentukan elemen mana yang harus dimasukkan atau justru dikesampingkan dalam perancangan aturan yang hendak diusulkan;
  - Pengawasan dan evaluasi terhadap implementasi: terakhir para pembentuk legislasi seyogianya membangun suatu mekanisme pengawasan dan evaluasi implementasi ke dalam rancangan legislasi yang dibuat.
- Analisis dari proses pembentukan legislasi yang melibatkan konsultan asing sedianya juga beranjak dari teori-teori normatif perihal ‘pembentukan legislasi yang baik’, seperti teori tahapan kebijakan sinoptik (*synoptic policy-phase theory*) dan Pedoman pembentukan legislasi (di-) Belanda (Staatscourant 1992). Dalam konteks ini pula, para penulis selanjutnya merekomendasikan bahwa dalam setiap proyek-proyek pembaharuan hukum, setiap usulan penyelesaian masalah berupa rancangan legislasi baru tetap membuka cukup ruang bagi diferensiasi hukum. Pentingnya hal ini adalah karena: studi-studi kasus yang terfokus pada situasi khusus di tingkat masyarakat lokal kerap mengindikasikan adanya keragaman atau heterogenitas dalam kadar tinggi; lebih lanjut pendekatan lama yang dahulu menjadi andalan pengembangan legislasi (termasuk unifikasi, modernisasi, sekularisasi dan liberalisasi) sejauh ini tidak pernah berhasil menyelesaikan persoalan keragaman tata nilai dan kompleksitas pengelompokan (fragmentasi) dalam masyarakat. Kesemuaitu menunjukkan bahwa bentuk atau model legislasi baru harus dikembangkan (Newton 2004). Hal ini dapat mencakup pengembangan diferensiasi legislasi, ketentuan-ketentuan experimental, dan delegasi kewenangan yang lebih besar ke tingkat regional atau lokal, termasuk pada para pemegang kekuasaan tradisional.<sup>17</sup> Mungkin dengan agak

<sup>17</sup> Pendekatan satu suap sekali makan (*piece-meal approach*) sebagaimana digunakan di Republik Rakyat Cina memberikan sejumlah ilustrasi menarik (Otto & Li 2000).



mengejutkan kebijakan hukum yang dikembangkan dalam konteks hukum kolonial dapat kita jadikan rujukan untuk mencari alternatif solusi (hukum) baru untuk menjawab tantangan dalam situasi dan kondisi yang berbeda. Pelibatan dan derajat partisipasi yang lebih tinggi dari para pemangku kepentingan dalam dan melalui diskusi maupun debat terbuka kiranya dapat menjadi sarana untuk mendorong iktiar pembentukan hukum yang lebih terdiferensiasi (*differentiated lawmaking*). Sejauh memungkinkan, konsultasi (publik) demikian harus didayagunakan sebagai sarana untuk mengidentifikasi masalah-masalah sosial yang secara potensial betul perlu direformasi. Pembentukan legislasi yang lebih partisipatoris demikian seharusnya meningkatkan kadar demokratis dan legitimasi peraturan yang dihasilkan. Pendekatan dari bawah (*bottom-up approach*) berkaitan dengan pembentukan legislasi negara, diprakarsai pada tingkat lokal, merupakan fenomena penting dan baru muncul di banyak negara berkembang. Lebih lanjut, karena pendekatan ini bagaimanapun juga dimulai di tingkat sub-nasional di mana sumberdaya dibanding di tingkat pusat lebih langka, maka justru di tingkat lokal inilah yang membutuhkan dukungan dari masyarakat donor. Hal ini antara lain untuk memastikan bahwa produk akhir keseluruhan proses pembentukan legislasi betul dimanfaatkan sebagaimana mestinya untuk mencapai tujuan pembentukan legislasi dimaksud.

- Suatu analisis terhadap kelayakan dari iktiar pembentukan legislasi dari sudut pandang teori-teori yang diulas di sini: pembuatan agenda, ideologi (kelompok) elite, politik-biro dan empat lapisan rasionalitas. Analisis demikian sedianya dilakukan sekaligus dengan penelaahan kritis terhadap pertanyaan apakah dan seberapa jauh transplantasi hukum justru merupakan solusi terbaik terhadap permasalahan sosial yang muncul. Hal ini mensyaratkan adanya kemampuan dari konsultan asing untuk tidak saja kritis terhadap diri sendiri, namun juga untuk menyadari bahwa sejumlah teori yang dikembangkan di dunia Barat (seperti model tahapan kebijakan sinoptik, dan dalam kadar tertentu, teori pembentukan agenda) dilandaskan pada asumsi-asumsi mengenai dinamika masyarakat dan politik di negara-negara maju. Dengan kata lain, teori-teori demikian dilandasi asumsi-asumsi yang berlaku di masyarakat negara maju dan sebab itu tidak mencerminkan realitas sosial di banyak negara berkembang. Asumsi-asumsi demikian mencakup: 1) bahwa dapat ditemukan konsensus tentang keniscayaan pembentukan

legislasi yang partisipatoris dan demokratis; 2) bahwa warga masyarakat memiliki kebebasan dan keberanian untuk secara terbuka turut serta dalam debat publik tentang apapun juga. Lepas dari pengawasan atau kendali afiliasi kesukuan-keagamaan atau tanpa perlu takut terhadap ancaman yang datang dari pemegang kekuasaan (formal atau informal). Selanjutnya bahwa masyarakat pada umumnya memiliki derajat pendidikan yang cukup serta dalam derajat tertentu tidak (lagi) hanya terorientasi pada kepentingan kelompok atau dirinya sendiri, melainkan juga mampu memperjuangkan kepentingan bersama; 3) bahwa pihak eksekutif yang memprakarsai dan memimpin proses pembentukan legislasi bertanggungjawab terhadap dewan perwakilan daerah yang pada gilirannya mengartikulasikan kepentingan dari masyarakat banyak; 4) bahwa ada dan terjaga situasi dan kondisi politik yang relatif stabil yang memungkinkan terselenggaranya debat terbuka perihal elemen-elemen terpenting dari ideologi negara maupun kebijakan resmi negara. Di samping itu juga berfungsinya media yang efektif tetapi sekaligus cukup netral, untuk menyalurkan informasi pada masyarakat luas; dan 5) bahwa tersedia cukup sumberdaya, personel dan anggaran yang memungkinkan proses pembentukan legislasi yang partisipatoris, dipersiapkan dengan baik oleh para pengambil kebijakan maupun pembentuk legislasi.

Singkatnya, teori-teori pembentukan legislasi yang dipaparkan di sini – teori pembentukan agenda, teori ideologi elite, teori politik-biro, dan teori empat lapisan rasionalitas – beranjak dari asumsi-asumsi mengenai perikehidupan masyarakat negara-negara Barat. Dimaksud dengan itu ialah – setidaknya sebagaimana sebagian besar mengalaminya – masyarakat yang sudah sejak lama mengalami transisi dari kelompok kecil yang kehidupannya saling terjalin erat (mekanik), tradisional dan otoritarian dan berubah menjadi masyarakat skala besar, modern, demokratis, terindividualisasi dan bebas (liberal).<sup>18</sup> Sekalipun begitu, sebagaimana dicermati di atas, di kebanyakan negara berkembang transisi demikian (modernisasi) kerap tidak terjadi secara tuntas, itupun hanya berlaku untuk lapisan kecil masyarakatnya. Di samping itu juga hanya menyentuh bagian tertentu dari lingkup kehidupan mereka. Tuntutan tradisi lainnya, loyalitas etnis (suku, ras-keagamaan), politik

18 Se jauh migrasi yang sekarang ini terjadi ke negara-negara Barat menyebabkan masyarakat (seperti yang terjadi di Belanda) menjadi lebih heterogen dan *poly-communal*, maka telaahan dalam tulisan ini kiranya juga relevan bagi proses pembentukan legislasi di masyarakat Barat yang mengalami perubahan.

etnik (primordialisme) dan politik-uang sampai dengan sekarang masih juga mempengaruhi perilaku banyak pembentuk legislasi di negara-negara berkembang.

Sebagai penutup, dapat dikatakan bahwa metodologi koheren yang diusulkan di atas, dari sudut pandang para penulis di sini, tidak hanya akan sangat membantu namun lebih dari itu akan sangat diperlukan oleh konsultan (hukum) asing yang diundang untuk terlibat dalam proyek-proyek pembaharuan hukum baik di negara berkembang maupun negara transisional. Metodologi yang dipaparkan di atas kiranya dapat sekaligus membantu kita mengembangkan pemahaman perihal peran hukum maupun pranata hukum (kelembagaan) dalam masyarakat yang berbeda-beda serta juga peran yang dapat dimainkan konsultan asing di dalamnya. Kesemua ini memungkinkan konsultan asing untuk merefleksikan proses pembentukan legislasi yang nyata muncul dalam praktik, dan beranjak dari itu mengantisipasi dampak sosial-politik dari pemberlakuan legislasi tertentu. Kemampuan demikian seyogianya sekaligus meningkatkan kualitas pekerjaan mereka serta menjamin keberhasilan sumbangsih legislasi pada proses pembangunan.

**Daftar pustaka**

- Aalders, M.V.C. (1984), *Industrie, Milieu en Wetgeving: De Hinderwet tussen Symboliek en Effectiviteit*. Amsterdam: Kobra.
- Allison, G.T. (1971), *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis*. Boston: Little, Brown.
- Allott, A. (1980), *The Limits of Law*. London: Butterworths.
- Aubert, V. (1967), 'Some Social Functions of Legislation', *Acta Sociologica*, Vol. 10: 97-120.
- Benda-Beckmann, F. von. (1990), 'Rechtsantropologie, Rechtssociologie en Rechtspluralisme Bezien vanuit Rechtsantropologisch Perspectief', *Recht der Werkelijkheid*, Vol 1: 47-64.
- Benda-Beckmann, F. von. (1986), 'Leegstaande Luchtkastelen: over de Pathologie van Grondenrechtshervormingen in Ontwikkelingslanden', dalam W. Brussaard, et al. (eds.), *Recht in Ontwikkeling: Tien Agrarisch-Rechtelijke Opstellen*. Deventer: Kluwer.
- Cobb, R.W. & C.D. Elder (1972), *Participation in American Politics: The Dynamics of Agenda-Building*. Boston: Allyn and Bacon.
- Cohen, M.D., J.C. March & J.P. Olsen (1972), 'A Garbage Can Model of Organizational Choice', *Administrative Science Quarterly*, Vol. 17: 1-25.
- Crinice le Roy, R. (1971), *De Vierde Macht: De Ambtelijke Bureaucratie als Machtsfactor in de Staat*. Baarn: Het Wereldvenster.
- Dezalay, Y. & B.G. Garth (2002), *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Esman, M.J. (1999), 'Public Administration and Conflict Management in Plural Societies: The Case for Representative Bureaucracy', *Public Administration and Development: The International Journal of Management Research and Practice*, Vol. 19 (4): 353-366.
- Esman, M.J. (1995), *Ethnic Politics*. Ithaca: Cornell University Press.
- European Commission (2003), *Handbook on Promoting Good Governance in EC Development and Co-operation*. Brussels: European Commission, EuropeAid Cooperation Office, Thematic Network on Good Governance.
- Falk Moore, S. (1978), *Law as Process: An Anthropological Approach*. London: Routledge & K. Paul.
- Falk Moore, S. (1973), 'Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Fields as an Appropriate Subject of Study', *Law & Society Review*, Vol. 7 (4): 719-746.
- Faundez, J. (1997), *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan Press.

- Griffiths, J. (ed.) (1996), *De Sociale Werking van Recht: Een Kennismaking met de Rechtssociologie en Rechtsantropologie*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Hoekema, A. & J.N.F. van Manen (2000), *Typen van Legaliteit: Ontwikkelingen in Recht en Maatschappij*. Deventer: Kluwer.
- Hoogerwerf, A. (1992), *Het Ontwerpen van Beleid: Een Handleiding voor de Praktijk en Resultaten van Onderzoek*. Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink.
- Huls, N.J.H., & S. Stoter (2003), 'Hoe Vernieuwend is het Wetgevingsbeleid van Minister Donner?', *Regelmaat*, Vol. 5: 165-177.
- Hyden, G. (1983), *No Shortcuts to Progress*. London: Heinemann.
- Kennedy, D. (2003), 'Laws and Developments', dalam J. Hatchard, A. Perry-Kessaris, & P. Slinn (eds.), *Law and Development: Facing Complexity in the 21st Century*. London: Cavendish.
- Kingdon, J.W. (1984), *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Boston: Little, Brown.
- Lindblom, C.E. (1950), 'The Science of "Muddling Through"', *Public Administration Review*, Vol. 19(1): 78-88.
- MacAuslan, P. (1980), *The Ideologies of Planning Law*. Oxford [etc.]: Pergamon Press.
- Mattei, U. (1997), 'Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems', *The American Journal of Comparative Law* Vol. 45 (1): 5-44.
- Newton, S. (2004), 'Law and Development, Law and Economics and the Fate of Technical Legal Assistance', *Van Vollenhoven Institute Research Report*, Vol. 4 (2).
- Otto, J.M. (2004), 'Real Legal Certainty in Developing Countries: A Missing Link between Law, Social Reality, and Development'. Paper presented at 'the Conference on Implementation of Law in China', Copenhagen 24-25 May 2004.
- Otto, J.M. (2002), 'Towards an Analytical Framework: Real Legal Certainty and its Explanatory Factors', dalam J. Chen, Y. Li, & J.M. Otto (eds.), *Implementation of Law in the People's Republic of China*. The Hague: Kluwer Law International.
- Otto, J.M. (2001), *Goed Bestuur en Rechtszekerheid als Doelen van Ontwikkeling: Preliminary Advice to the Dutch Scientific Council for Government Policy*. Den Haag: Dutch Scientific Council for Government Policy.
- Otto, J.M. (2000), *Law-making in the People's Republic of China*. The Hague: Kluwer Law International.
- Otto, J.M. (1992), *Conflicts between Citizen and State in Indonesia: The Development of Administrative Jurisdiction*. Leiden: Van Vollenhoven Institute for Law and Administration in Non-Western Countries.
- Otto, J.M. (1987), *Aan De Voet van de Piramide: Overheidsinstellingen en*

- Plattelandsontwikkeling in Egypte: Een Onderzoek aan de Basis*. Leiden: DSWO Press.
- Otto, J.M. & Y. Li (2000), 'An Overview of Law-Making in China', dalam J.M. Otto, M.V. Polak, J. Chen & Y. Li (eds.), *Law-making in the People's Republic of China*. The Hague: Kluwer Law International.
- Riggs, F.W. (1970), 'The "Sala Model" and Comparative Administration', dalam A.J. Heidenheimer (ed.), *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*. New York: Holt Rinehart & Winston.
- Rosenthal, U. (1988), *Bureaupolitiek en Bureaupolitisme: Om het Behoud van een Competitief Overheidsbestel*. Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink.
- Seidman, R.B. (1978a), *The State, Law, and Development*. New York: St. Martin's Press.
- Seidman, R.B. (1978b), 'Why Do People Obey the Law? The Case of Corruption in Developing Countries', *British Journal of Law and Society*, Vol. 5 (1): 45-68.
- Seidman, A.W., R.B. Seidman & T. Wälde (1999), *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*. The Hague: Kluwer Law International.
- Shapiro, M. (1993), 'The Globalization of Law', *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 1 (1): 37-64.
- Snellen, I.T.M. (1987), *Boeiend en Geboeid: Ambivalenties en Ambities in de Bestuurskunde*. Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink.
- Soto, H., de (2001), *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. London: Black Swan.
- Staatscourant (1992), 'Aanwijzingen voor de Regelgeving', *Staatscourant*, Vol. 230.
- Tamanaha, B.Z. (1995), 'The Lessons of Law-and-Development Studies', *American Journal of International Law*, Vol. 89 (2): 470-486.
- Tanner, M.S. (1999), *The Politics of Lawmaking in Post-Mao China: Institutions, Processes, and Democratic Prospects*. Oxford: Clarendon Press.
- Tanner, M. S. (1996), 'How a Bill Becomes a Law in China', dalam S. B. Lubman, (ed.), *China's Legal Reforms*. Oxford: Oxford University Press.
- Trubek, D.M. & Galanter, M. (1974), 'Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Law and Development Studies in the United States', *Wisconsin Law Review*, Vol. 4: 1062-1102.
- Watson, A. (1993), *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Athens: University of Georgia Press, 2nd edition.
- Watson, A. (1974), *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press.
- Witteveen, W. J. (1991), *Evenwicht van Machten*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Jan Michiel Otto, Suzan Stoter & Julia Arnscheidt

WRR (2001), *Ontwikkelingsbeleid en Goed Bestuur*. Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.

World Bank (1992), *Governance and Development*. Washington D.C.: World Bank.

## ‘SHOPPING FORUMS’: PENGADILAN TATA USAHA NEGARA INDONESIA<sup>1</sup>

Adriaan W. Bedner

### Pendahuluan

Jika ada lembaga negara di Indonesia yang terus mengalami pasang surut pada masa sebelum dan setelah kemerdekaan, maka lembaga tersebut adalah lembaga peradilan. Pergumulan dalam bidang tata usaha negara pada masa kolonial untuk mewujudkan ‘kedamaian dan ketertiban’ dan untuk menanggapi permintaan akan adanya peradilan yang berdasarkan prinsip negara hukum membutuhkan perluasan terus-menerus dari sistem peradilan negara. Namun, proses tersebut terkendala oleh kondisi warisan kolonial dan kurangnya aparatur yang andal, sehingga pengadilan-pengadilan adat kembali memainkan peranan penting.

Situasi ini berubah setelah kemerdekaan Indonesia. Pemerintah Indonesia yang silih berganti pada rentang tahun 1950 dan 1980, telah membuat banyak pengadilan baru menggantikan pengadilan adat yang telah dihapus selama masa revolusi maupun setelah kemerdekaan. Sayangnya hal ini berakibat pada ‘penghancuran besar-besaran terhadap badan peradilan’, terkait dengan masalah kurangnya dana dan aparatur yang terlatih.<sup>2</sup> Kombinasi dari pembentukan banyaknya pengadilan yang baru dan penghancuran independensi peradilan secara sengaja di bawah pemerintahan Soekarno dan Soeharto, pada akhirnya menghasilkan situasi di mana pemulihan terhadap independensi peradilan sangat sulit dilakukan, terutama untuk kasus-kasus yang menyangkut kepentingan-kepentingan pemerintah

1 Tulisan ini merupakan terjemahan dari versi bahasa Inggris yang berjudul ‘Shopping forums: Indonesia’s administrative courts’, yang telah dimuat dalam A. Harding & P. Nicholson (eds.) (2009), *New Courts in Asia*. Oxford: Hart Publishing.

2 Lihat Pompe 2005.



(lembaga eksekutif).<sup>3</sup>

Hasilnya, semasa tahun 1970-an, para reformis mulai memikirkan pilihan-pilihan alternatif. Salah satu yang ide yang paling menonjol adalah untuk membuat pengadilan-pengadilan baru, terpisah dari sistem peradilan umum yang sudah ada, untuk menangani bidang-bidang khusus dalam hukum. Dengan demikian, kemandirian dan kekhususan harus menjadi kunci perbaikan peradilan. Hasil pertama yang terlihat jelas dari strategi ini adalah munculnya Pengadilan Tata Usaha Negara (untuk selanjutnya akan disingkat menjadi PTUN) yang pembentukannya diatur melalui undang-undang tahun 1986 dan mulai beroperasi pada tahun 1991. Selanjutnya diikuti oleh reformasi Pengadilan Agama (1989), Pengadilan Niaga (1998),<sup>4</sup> Pengadilan Pajak (1999), Pengadilan Hak Asasi Manusia (2000),<sup>5</sup> Mahkamah Konstitusi (2004),<sup>6</sup> Pengadilan Tindak Pidana Korupsi/Tipikor (2005),<sup>7</sup> Pengadilan Hubungan Industrial (2006) dan Pengadilan Perikanan (2007). Dalam jangka waktu dekat, pengadilan khusus untuk masalah tanah dan lingkungan hidup mungkin akan turut dibentuk.

Tulisan ini akan mengevaluasi sejauh mana PTUN telah memberikan perbaikan peradilan dalam bidang tata usaha negara. Kami akan menyajikan terlebih dahulu gambaran singkat pembentukan pengadilan tata usaha negara, dilanjutkan dengan analisa dari kinerja pengadilan tersebut. Fokus bahasan dalam tulisan ini tidak hanya terbatas pada persoalan-persoalan hukum, namun juga membahas pemulihan-pemulihan yang benar-benar ditawarkan oleh pengadilan kepada para penggugat.

Dengan dasar analisis ini maka saya berpendapat jika kompetensi pengadilan-pengadilan khusus tersebut tidak dirancang dengan matang maka berbagai akibat atau efek negatif dapat menghantui prestasi yang dapat dicapai. Persoalan ini mungkin terasa masuk akal, namun diragukan apakah kekhawatiran yang sama juga dirasakan oleh orang-orang yang turut merancang terbentuknya pengadilan-pengadilan khusus tersebut.

3 Lihat Pompe 2005: 136-141.

4 Lihat Linnan (2009).

5 Lihat Cammack (2009).

6 Lihat Hendrianto (2009).

7 Lihat Tahyar (2009).

### **Alasan-alasan untuk membentuk Pengadilan Tata Usaha Negara<sup>8</sup>**

Alasan-alasan untuk membentuk PTUN tidak dapat direduksi semata-mata sebagai usaha untuk membuat sebuah lembaga yang baru, khusus dan independen. Membentuk pengadilan-pengadilan yang baru merupakan persoalan politis dan, meskipun dalam pembentukan PTUN sebagian besar reformis secara jelas menganut tujuan sebagaimana yang saya bahas pada bagian pendahuluan, aktor-aktor yang lain mengejar kepentingan-kepentingan lainnya, seperti yang akan saya paparkan melalui tulisan ini.

Meskipun demikian, ide 'ideologis' utama yang mendasari pembentukan PTUN adalah bahwa pengadilan umum dianggap tidak efektif dalam menangani tindakan-tindakan melanggar hukum yang dilakukan oleh pemerintah. Kompetensi pengadilan negeri terhadap masalah yang terkait dengan persoalan tata usaha negara dianggap terbatas dan mereka telah gagal untuk menjalankan kekuasaan mereka miliki secara penuh. PTUN dengan hakim-hakimnya yang memiliki keahlian khusus dianggap sebagai jawaban yang paling sesuai untuk menyelesaikan permasalahan ini. Ide semacam ini mengakar pada sejarah hukum perdata dimana PTUN dikembangkan sebagai lembaga yang digunakan untuk menangani gugatan-gugatan terhadap pemerintah. Pendekatan reformasi yudisial semacam ini dapat sampai ke Indonesia melalui ide-ide ahli hukum pada zaman kolonial.<sup>9</sup>

Bahkan, dapat diperdebatkan sejak awal apakah perubahan hukum merupakan cara yang paling tepat untuk menangani permasalahan-permasalahan yang diasosiasikan dengan proses litigasi yang menempatkan pemerintah sebagai pihak lawan. Tindakan yang dibawa ke pengadilan negeri atas dasar perbuatan melanggar hukum oleh negara berpotensi menghasilkan pemulihan non-finansial; misalnya: perintah untuk melakukan sebuah tindakan tertentu atau untuk menyediakan pemulihan yang cepat dalam bentuk sebuah keputusan berdasarkan pada gugatan sementara. Namun, dalam praktiknya kekuasaan-kekuasaan itu jarang atau bahkan tidak pernah dijalankan sehingga menimbulkan kesan bahwa sistem yang ada tidak memadai.<sup>10</sup>

8 Untuk keterangan lebih lanjut lihat Bedner 2001a, Bab 2.

9 Lihat Bedner 2001a: 11-15.

10 Sebuah survei dari perkara-perkara di pengadilan negeri tentang perkara perbuatan melanggar hukum oleh negara, menunjukkan bahwa kinerja pengadilan negeri lebih baik dari yang diperkirakan oleh banyak orang. Akan tetapi, dengan diangkatnya Oemar Seno Adji sebagai Ketua Mahkamah Agung pada tahun 1974, performa pengadilan negeri menurun dalam menangani perkara-perkara semacam ini (Pompe 2005: 120). Hal ini menunjukkan bahwa persoalan sesungguhnya adalah mengenai persoalan kebijakan pemerintah dan bukan mengenai keterbatasan kompetensi dari

Pemikiran semacam itu berjalan beriringan dengan cetak biru hukum untuk lembaga peradilan di Indonesia, sebagaimana yang tertuang dalam Undang-Undang No.14/1970. Undang-undang ini menolak semua tuntutan yang dibuat oleh koalisi pengacara dan hakim yang meminta diterapkannya konsep negara hukum pada tahun-tahun pertama berkuasanya rezim Orde Baru.<sup>11</sup> Akan tetapi, UU No. 14/1970 telah mengatur terbentuknya sebuah badan khusus PTUN, meskipun jika hal itu hanya dimaksudkan sebagai pengaturan di atas kertas.<sup>12</sup>

Selama 16 tahun sebelum diundangkannya Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara (selanjutnya disingkat menjadi UU PTUN) pada tahun 1986, keberadaan PTUN menjadi target utama dari para reformis. Naiknya Orde Baru yang otoritarian menyingkirkan kemungkinan untuk mengajukan perubahan-perubahan yang berarti. Fakta bahwa PTUN juga disebutkan di dalam UU No.14/1970 sebagai sebuah cabang yang terpisah dari peradilan umum, telah memberikan legitimasi kepada perubahan yang sedang diusung dan hal ini membuat pemerintah semakin sulit untuk membuat jarak dengan gagasan perubahan tersebut. Selain itu, tidak semua Menteri Kehakiman yang bertugas pada masa pemerintahan Soeharto menolak pembentukan PTUN, meskipun dukungan yang diberikan juga didasari oleh berbagai macam alasan. Mochtar Kusumaatmadja, yang menjabat sebagai Menteri Kehakiman pada tahun 1973-1978, mengambil beberapa tindakan untuk mempersiapkan rancangan UU PTUN, dengan berkeyakinan bahwa kontrol yudisial atas jalannya pemerintahan pada dasarnya merupakan hal yang baik.

Ismail Saleh, Menteri Kehakiman yang akhirnya berhasil mendirikan PTUN, mungkin juga turut termotivasi oleh sentimen serupa namun dengan tujuan utama yang mungkin berbeda. Menurut Saleh, keberadaan PTUN tidak akan menjadi ancaman yang serius untuk pemerintahan Orde Baru, tetapi justru akan menjadi alat yang cukup efektif untuk menyokong keabsahannya.

Ada sedikit keraguan bahwa hal itu merupakan alasan politis utama untuk mendirikan PTUN.<sup>13</sup> Baik secara internal maupun eksternal, adanya kontrol yudisial terhadap badan eksekutif akan memberikan pencitraan yang baik terhadap rezim Orde Baru, dan memungkinkan

---

pengadilan negeri.

11 Lihat Lev 1978: 37-71.

12 Lihat Bedner 2001a: 26-28.

13 Lihat Bouchier 1999: 233-252; Bedner 2001a: 30, 50.

terciptanya ketertiban dan pemerintahan yang taat hukum.

Perencanaan tersebut tentu berakibat pada cara PTUN dibentuk. Pertama, kompetensi dari pengadilan dan kekuasaan untuk melakukan uji hukum (*judicial review*) harus dibatasi. Kontrol pengadilan atas program pembangunan yang dianggap penting oleh pemerintah Orde Baru dikurangi, sebagaimana yang terlihat dalam beberapa kasus di mana pengadilan negeri tidak dapat menjalankan fungsinya dengan maksimal. Jangan sampai ada lagi kasus seperti kasus *Kedung Ombo* (perkara gugatan terhadap pemerintah yang dianggap telah lalai untuk memberikan kompensasi ganti rugi yang layak dalam kasus penggusuran tanah), yang berubah menjadi publisitas buruk bagi rezim Soeharto.<sup>14</sup>

Kedua, pembentukan PTUN yang terpisah merupakan jalan yang lebih baik untuk membentuk legitimasi Orde Baru. Hal ini menegaskan mengapa pemerintah akhirnya memilih untuk mendirikan PTUN secara terpisah daripada menambahkan badan khusus ke dalam peradilan negeri. Meskipun Ismail Saleh, selaku Menteri Kehakiman pada masa itu, ingin menunjukkan bahwa UU No. 14/1970 mensyaratkan perlunya pembentukan PTUN yang terpisah dari lembaga peradilan negeri, hal ini bukanlah satu-satunya jalan keluar.<sup>15</sup> Pembentukan lembaga peradilan baru membutuhkan biaya yang mahal dan membawa sejumlah permasalahan organisasional baru, misalnya: masalah kepegawaian dan sarana perumahan untuk para pegawai tersebut. Alasan utama diperlukannya lembaga peradilan tata usaha negara yang mandiri adalah karena hal ini lebih kelihatan daripada semata-mata membentuk badan khusus dan kemudian memasukkannya ke dalam peradilan negeri. Agar Ismail Saleh dapat mewujudkan dampak penglegitimasi kekuasaan seperti yang ia cita-citakan, maka ia membutuhkan lembaga peradilan tata usaha negara yang mandiri.<sup>16</sup>

Pada akhirnya, dengan dibentuknya PTUN secara khusus maka pemerintah dapat mengontrol jumlah pengadilan yang dimaksud. Sesungguhnya, bagi banyak warga negara pembentukan PTUN merupakan sebuah kemunduran yang signifikan dalam pemberian perlindungan. Sejak pengadilan negeri tidak lagi memiliki kompetensi untuk mengadili keputusan-keputusan tata usaha negara, maka para

14 Lihat Pompe 2005: 148-153.

15 Pasal 10 ayat (1) UU No. 14/1970 menyatakan bahwa terdapat empat bentuk peradilan, yaitu Peradilan Negeri, Peradilan Agama, Peradilan Militer, dan Peradilan Tata Usaha Negara.

16 Seperti halnya pembentukan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, beberapa tahun kemudian.

penggugat harus membawa kasusnya ke PTUN tingkat pertama yang terletak ribuan kilometer dari tempat domisili mereka, karena pada awal pembentukannya hanya terdapat lima atau enam buah PTUN.<sup>17</sup>

Pembentukan lembaga peradilan tata usaha yang mandiri membuat pemerintah mendapatkan dukungan dari kalangan reformis, yang berpendapat bahwa pembentukan lembaga tersebut dapat membantu menciptakan hakim-hakim yang independen, memiliki pemahaman yang lebih baik mengenai bidang tata usaha negara daripada para hakim peradilan negeri dan lebih tidak rentan terhadap masalah korupsi. Meskipun di satu sisi para reformis tersebut menginginkan kompetensi yang lebih luas untuk PTUN yang baru dibentuk, namun di sisi lain, mereka siap berkompromi mengenai persoalan tersebut tanpa sepenuhnya menyadari akibat-akibat yang ditimbulkan terhadap efektivitas sistem peradilan tata usaha negara itu sendiri.

Logika yang sama melatarbelakangi keputusan dimungkinkannya pengangkatan hakim-hakim ad hoc di lingkungan PTUN, walaupun keputusan ini ditentang oleh para hakim. Hakim ad hoc adalah orang-orang yang berasal dari luar lingkungan badan peradilan, yang ditunjuk untuk menjalankan tugas sebagai hakim di pengadilan yang baru dibentuk. Dengan demikian, hal tersebut akan membuka peradilan Indonesia yang pada dasarnya bersifat 'tertutup' dengan memasukkan perspektif dan keahlian lain dibandingkan yang biasanya dimiliki oleh para hakim karier.

Pada akhirnya, salah satu faktor yang menentukan dalam proses pembentukan PTUN adalah adanya program kerja sama di bidang hukum dengan pemerintah Belanda. Pentingnya kerja sama tersebut tidak terlepas dari fakta bahwa PTUN di negeri Belanda waktu itu memiliki kompetensi yang sangat terbatas, dan hal ini sejalan dengan keinginan pemerintah Orde Baru. Program kerja sama ini juga memiliki peran yang krusial terhadap pembentukan UU PTUN yang mengacu pada prosedur yang ada dalam Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara (*Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen/ AROB*). Sistem ini hanya menerima kasus berupa tindakan hukum tata usaha negara yang bersifat konkret, individual dan final. Terbatasnya kompetensi PTUN dianggap penting oleh pembuat undang-undang. Hal ini antara lain terlihat dari keengganan pembuat undang-undang untuk mengadopsi prinsip-prinsip tata usaha negara yang layak sebagai dasar untuk melakukan uji material.<sup>18</sup>

17 Dua pengadilan didirikan di Sumatra (Medan dan Palembang), dua di Jawa (Jakarta dan Surabaya) dan satu di Sulawesi (Ujung Pandang, sekarang disebut Makassar).

18 Pada akhirnya ketentuan-ketentuan ini berhasil dimasukkan melalui jalan belakang.

Tidak mengherankan jika hasil dari proses ini adalah campuran dari pembatasan dan kesempatan. Banyak pihak memiliki harapan yang besar atas hadirnya PTUN namun juga ada kekhawatiran. Komentar-komentar yang tersaji di banyak surat kabar menunjukkan kesadaran akan adanya kendala-kendala politik yang harus dihadapi oleh PTUN dan menekankan perlunya kemandirian yudisial untuk menghadapi kendala-kendala tersebut.<sup>19</sup>

### **Peradilan Tata Usaha Negara dalam pengaturan dan praktiknya: Persoalan-persoalan hukum**

#### *Kompetensi*

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, pengadilan tata usaha negara memiliki kompetensi yang sangat terbatas. Pengadilan hanya berhak meninjau tindakan hukum tata usaha negara yang bersifat konkret, individual, dan final, yang akan mengecualikan seluruh tindakan-tindakan faktual serta akibat-akibat yang ditimbulkan, termasuk seluruh aturan yang lebih umum. Dengan demikian, uji material untuk tindakan-tindakan faktual dan aturan-aturan yang lebih umum akan dilakukan melalui pengadilan negeri dalam kerangka gugatan kerugian karena adanya perbuatan melanggar hukum oleh negara.<sup>20</sup> Penjelasan resmi tidak dimilikinya kompetensi untuk menangani gugatan-gugatan tersebut adalah karena PTUN tidak memiliki keahlian yang memadai untuk menangani kerugian-kerugian yang akan sering muncul dari gugatan semacam itu. Penjelasan ini tidak meyakinkan karena pada dasarnya semua perkara tata usaha negara merupakan hal yang baru bagi PTUN. Alasan yang lebih meyakinkan adalah karena pemerintah tidak tahu apa yang akan mereka hadapi jika PTUN beroperasi dan oleh karena itu pemerintah memilih untuk membatasi jumlah perkara yang masuk ke PTUN.

Dalam perkembangannya, menjadi jelas bahwa peradilan tata usaha negara tidak akan pernah kebanjiran perkara. Semenjak kemunculannya, PTUN cenderung kurang populer dan sepi, bahkan

---

Ketentuan-ketentuan tersebut tidak secara tegas dimasukkan ke dalam pasal 53 – pasal yang relevan – tetapi hanya disebutkan secara implisit di dalamnya (Indroharto1993: 311). Sebagai perbandingan yang lebih detil antara PTUN di Belanda dan Indonesia, lihat Bedner 2001b: 149–56.

19 Dalam sebuah survei dari komentar-komentar masyarakat yang terangkum di surat kabar pada tahun 1991 (ketika PTUN mulai beroperasi) menunjukkan bahwa harapan masyarakat terhadap lembaga peradilan itu tidaklah ekstrem.

20 Pada tahun 1993, Mahkamah Agung menerbitkan sebuah Surat Edaran (No. 1/1993) yang memperbolehkan tindakan langsung atas peraturan yang bersifat umum, juga meliputi peraturan yang lebih rendah daripada peraturan perundang-undangan, untuk diajukan ke Mahkamah Agung.

juga untuk pengadilan yang terletak di kota-kota besar seperti Jakarta dan Surabaya. Menghadapi hal ini pengadilan tingkat pertama tata usaha negara berusaha untuk memperluas kompetensi mereka, meskipun dalam cara yang tidak jelas dan tidak pasti, tanpa didukung oleh Mahkamah Agung yang kemudian justru menolak hampir seluruh keputusan yang dihasilkan oleh pengadilan tingkat pertama tersebut.

Target pertama dari perluasan kompetensi PTUN adalah tentang definisi keputusan-keputusan administratif yang diartikan sebagai keputusan-keputusan yang diambil oleh badan atau pejabat tata usaha negara.<sup>21</sup> Yang dapat dianggap sebagai pembuat keputusan dalam lingkup tata usaha negara, secara harafiah menunjuk pada badan atau pejabat tata usaha negara. Sehingga PTUN mengizinkan masuknya gugatan atas keputusan-keputusan yang dihasilkan oleh BUMN, universitas-universitas swasta, badan-badan koordinasi pemerintah daerah yang tidak memiliki kewenangan untuk membuat keputusan, badan intelijen, partai-partai politik dan notaris.<sup>22</sup>

Tidak diketahui dari awal bahwa Mahkamah Agung akan menolak interpretasi semacam itu dan tidak semua hakim bersedia mengikuti alur interpretasi tersebut. Akan tetapi, dalam banyak perkara – misalnya yang menyangkut mengenai kasus BUMN – para hakim yang menangani perkara harus menyadari bahwa keputusan mereka tidak bisa dipertahankan. Hal ini disebabkan karena Indroharto, selaku Ketua Muda Mahkamah Agung bidang Tata Usaha Negara, telah mengeluarkan buku yang didalamnya dinyatakan bahwa ketua-ketua BUMN bukan merupakan pejabat tata usaha negara.<sup>23</sup>

Penafsiran-penafsiran serupa yang ditujukan untuk memperluas kompetensi PTUN, menyangkut unsur-unsur dari keputusan-keputusan tata usaha negara, juga sudah pernah diusulkan. Oleh karena itu, PTUN juga menerima gugatan-gugatan terhadap keputusan-keputusan yang bersifat umum. Sebagai contoh, PTUN Medan menganggap penunjukkan sebuah badan swasta sebagai pengelola permintaan sertifikat dalam proyek pertanahan sebagai sebuah keputusan yang 'individual', meskipun pada kenyataannya keputusan itu mempengaruhi warga negara dalam jumlah yang tidak ditentukan (yaitu bahwa keputusan itu memiliki sifat umum).<sup>24</sup>

Demikian pula yang terjadi ketika PTUN berusaha untuk

21 UU PTUN pasal 1 ayat (3).

22 Lihat Bedner 2001a: 54–60.

23 Lihat Indroharto (Buku I) 1993: 68.

24 No. 16/G/1991/PTUN-Mdn.



mengambil kompetensi terhadap risalah-risalah pelelangan yang dikeluarkan oleh Kantor Lelang Negara, yang mungkin merupakan 'serangan' paling luar biasa atas kompetensi pengadilan negeri. Kantor Lelang Negara bertindak di bawah otoritas ketua pengadilan negeri tingkat pertama dalam mengeksekusi putusan-putusan pengadilan, dan dengan demikian lembaga ini jelas berada di bawah pengawasan pengadilan negeri. Namun, dalam beberapa kesempatan PTUN tetap menerima kasus-kasus yang diajukan melawan Kantor Lelang Negara dan bahkan menengguhkan risalah-risalah pelelangan yang dikeluarkan oleh lembaga itu. Keputusan-keputusan PTUN semacam ini selanjutnya ditolak oleh Mahkamah Agung.<sup>25</sup>

Kisah serupa juga terjadi mengenai pembatasan masa pengajuan gugatan. Meskipun batas waktu pengajuan gugatan relatif cukup lama (90 hari), hal ini jelas-jelas ditujukan untuk menghalangi timbulnya ketidakpastian pemerintahan. Jalannya roda pemerintahan akan bermasalah jika gugatan atas keputusan tata usaha negara (selanjutnya disingkat menjadi KTUN), yang pada umumnya menjadi dasar bagi tindakan pemerintah selanjutnya, dapat diajukan kapanpun.

Namun, baik pendapat semacam itu ataupun adanya pasal tentang pembatasan masa pengajuan gugatan tidak dapat menghalangi para hakim – melalui beberapa kasus yang mereka tangani – untuk mencoba membuat doktrin-doktrin baru yang dapat memberikan kekuasaan tidak terbatas untuk menghindari unsur pembatasan waktu. Contoh kasus yang paling ekstrem adalah *Dahniar dll melawan Kepala Badan Pertanahan Nasional*.<sup>26</sup> Dalam perkara ini, para hakim diminta untuk membatalkan akta jual beli yang dikeluarkan pada tahun 1967 mengenai sebidang tanah di daerah Jakarta Pusat. Akta jual beli itu melibatkan serangkaian KTUN. Keputusan tata usaha negara yang pertama dikeluarkan pada tahun 1972 mengenai sertifikat kepemilikan tanah, dan hanya KTUN yang terakhirlah, tentang izin penggunaan tanah (SIPPT), yang memenuhi unsur batas waktu pengajuan gugatan (90 hari). Akan tetapi, PTUN tetap menerima perkara tersebut dengan berpendapat bahwa jika pemerintah mengeluarkan sebuah keputusan yang masih berkaitan dengan keputusan-keputusan yang telah dikeluarkan sebelumnya, maka seluruh 'rangkaiannya' keputusan tersebut dapat dianggap sebagai satu kesatuan dalam pengajuan gugatan. Seperti pada perkara lainnya, putusan ini kemudian ditolak oleh Mahkamah Agung.<sup>27</sup>

25 Lihat Bedner 2001a: 72–74.

26 No. 10/G/1991/PTUN-Jkt.

27 No. 5K/TUN/1992. PTUN tidak selalu sependapat dengan PTUN dalam menangani perkara-perkara semacam ini, tetapi dalam banyak kasus mereka tidak mengubah



Satu-satunya area perluasan kompetensi yang diperbolehkan oleh Mahkamah Agung adalah mengenai hukum pertanahan. Pada umumnya hukum pertanahan tidak termasuk dalam kompetensi PTUN karena tidak memenuhi syarat sebagai KTUN. Ide ini tentu tidak berasal dari contoh AROB Belanda. Keputusan dalam hukum pertanahan biasanya berbentuk sertifikat-sertifikat tanah dan akta-akta terkait, yang biasanya menunjukkan hubungan keperdataan. Sebagai akibatnya, PTUN seharusnya tidak menangani kasus-kasus semacam ini. Akan tetapi, alih-alih menyerahkan perkara-perkara yang memiliki unsur keperdataan kembali ke pengadilan negeri, PTUN justru memilih untuk menangani sendiri perkara-perkara itu. Mahkamah Agung sampai saat ini masih memperbolehkan hal tersebut.<sup>28</sup>

Kompetensi PTUN perlahan-lahan juga telah dikurangi di beberapa area, terutama yang menyangkut perkara-perkara yang diambil dalam banding administratif. Menurut pasal 48, keputusan-keputusan demikian terbuka untuk proses uji PTUN. Perkara-perkara itu mendominasi perkara Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara (selanjutnya disingkat PTTUN) di Jakarta, yang juga menjadi tempat berlokasinya Pengadilan Pajak dan P4P. Namun, baik sengketa pajak maupun perburuhan saat ini telah diselesaikan melalui kompetensi pengadilan khusus lainnya. Pengadilan Pajak dibentuk melalui UU No. 9/1994 (selanjutnya diubah dengan UU No. 14/2002), sementara Pengadilan Hubungan Industrial yang menangani sengketa-sengketa perburuhan dibentuk melalui UU No. 2/2004. Kondisi ini memunculkan kritik tajam dari para pendukung PTUN. Selain melontarkan keberatan atas pelanggaran terhadap struktur sistem peradilan Indonesia,<sup>29</sup> mereka juga berpendapat bahwa pencabutan sebagian kompetensi PTTUN Jakarta – terutama dalam hal sengketa perburuhan – akan berdampak pada berkurangnya jumlah perkara di PTTUN.<sup>30</sup>

Singkat kata, kecenderungan PTUN untuk memperluas kompetensi tidak berhasil dilakukan. Mahkamah Agung secara konsisten menolak keputusan-keputusan yang melewati batas-batas kompetensi

---

putusan PTUN tersebut (Bedner 2001a: 53–92).

28 Salah satu penjelasannya adalah bahwa Mahkamah Agung memilih untuk menyelesaikan perkara daripada mengembalikan perkara tersebut yang disertai dengan pertanyaan-pertanyaan hukum ke pengadilan negeri dan PTUN. Hal ini juga akan sulit diterangkan kepada penggugat. Akan tetapi, dari sudut pandang kompetensi, hal ini bukan merupakan kebijakan yang bijaksana (Bedner 2001a: 169–70).

29 Lihat Lotulung 1996: 28-31.

30 'Perkara Perburuhan masih mendominasi Peradilan TUN', (<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=12073&cl=Berita>). Menurut panitera PTTUN Jakarta, sekitar 80% dari total perkara yang mereka tangani adalah mengenai sengketa perburuhan.

PTUN, kecuali dalam perkara-perkara di bidang hukum pertanahan. Ditanganinya perkara pertanahan oleh PTUN telah menciptakan masalah kompetensi yang serius antara PTUN dengan pengadilan negeri, yang akhirnya menghasilkan ketidakpastian hukum bagi orang-orang yang berperkara.

Akibat dari perkembangan demikian adalah jumlah perkara yang ditangani oleh PTUN hanya sedikit dan sebagian besar dari perkara-perkara tersebut adalah tentang hukum pertanahan. Menurut perkiraan seorang hakim PTUN, 95% dari seluruh perkara yang mereka tangani adalah perkara mengenai masalah pertanahan,<sup>31</sup> dan sebenarnya perkara-perkara tersebut seharusnya ditangani oleh pengadilan negeri. Hakim-hakim PTUN yang bertugas di berbagai kota besar seperti Jakarta, Bandung, Semarang, Surabaya, Makassar dan Medan mungkin masih memiliki perkara yang cukup, namun tidak demikian halnya dengan hakim-hakim yang bertugas di kota-kota yang lebih kecil seperti Denpasar, Kupang dan Jayapura. Di kota-kota yang lebih kecil tersebut, PTUN dihadapkan pada kelangkaan jumlah perkara.<sup>32</sup> Hal ini dapat berimplikasi pada seluruh aspek kinerja peradilan dan situasi psikologis mereka, seperti yang diungkapkan oleh salah seorang hakim yang saya wawancarai pada tahun 2000: 'Saya senang memancing... Tetapi, jika kamu tidak memiliki hobi apapun, misalnya memancing, tenis, olah raga lainnya, dll, maka kamu bisa stres. Kamu hanya duduk menunggu seharian di kantor.'<sup>33</sup>

Oleh karena itu, kita mungkin dapat memahami mengapa PTUN terus berusaha untuk mencoba mencari perkara-perkara baru, dan mengabaikan putusan-putusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung. Hal ini jelas terlihat dari daftar perkara. Belakangan ini PTUN kembali mencoba memperluas kompetensi mereka melalui perkara Analisa Mengenai Dampak Lingkungan (AMDAL),<sup>34</sup> keputusan untuk mengulang prosedur tender, keputusan untuk membangun jalan, keputusan penggunaan dana pemerintah daerah untuk pembelian mobil baru bagi anggota dewan perwakilan daerah, keputusan untuk menaikkan tarif parkir.<sup>35</sup>

31 Wawancara dengan hakim PTTUN, Juni 2007.

32 Jumlah perkara untuk wilayah Denpasar pada rentang tahun 2006-2008 adalah 18, 16, dan 11 perkara; untuk wilayah Kupang adalah 17, 14, dan 21, dan untuk wilayah Jayapura adalah 6, 10, dan 13. Data dikumpulkan oleh hakim PTUN Maftuh Effendi dan Irfan Fachruddin. Jumlah perkara untuk wilayah Denpasar juga dapat diakses melalui internet di: <http://ptundenpasar.net/Direktori%20Putusan.html>.

33 Wawancara dengan hakim PTUN Bandung, Juli 1999.

34 Lihat Wijoyo (2004).

35 Lihat 'PTUN Jakarta Perintahkan PLN Tunda Tender Ulang', *Kompas* 1-8-2000,

Kondisi tersebut diperburuk dengan status yang tidak jelas dari yurisprudensi di Indonesia. Meskipun di semua negara *civil law* yurisprudensi yang dihasilkan oleh pengadilan tertinggi secara efektif mengikat atau setidaknya dijadikan acuan kuat oleh pengadilan-pengadilan di bawahnya, beberapa hakim di Indonesia telah mengembangkan teori yang lain. Para hakim ini berpendapat bahwa Indonesia bukanlah negara *common law* dan dengan demikian hakim-hakim tidak terikat oleh yurisprudensi atau preseden.<sup>36</sup> Akan tetapi, sebagian besar hakim itu mungkin akan menerima perkara tertentu yang dihasilkan oleh Mahkamah Agung sebagai sebuah yurisprudensi yang mengikat – setidaknya secara informal – terhadap perkara-perkara yang telah dua kali diputuskan dengan menggunakan penafsiran yang sama. Oleh karena itu, para hakim tidak merasa terikat dengan perkara-perkara yang kemudian ditolak dalam proses kasasi. Hal ini menjelaskan mengapa Mahkamah Agung pada tahun 2005 menerbitkan sebuah buku yurisprudensi mengenai beberapa putusan tentang subjek penafsiran dan semuanya terkait masalah kompetensi. Buku ini mungkin telah menghalangi munculnya penyimpangan-penyimpangan yang ganjil dari doktrin-doktrin penafsiran kompetensi. Namun, persoalan penafsiran kompetensi mungkin hanya dapat diselesaikan dengan melakukan perluasan kompetensi yang cukup besar di lingkup PTUN.

Bahkan, Paulus Lotulung selaku Ketua Muda Mahkamah Agung bidang Tata Usaha Negara tahun 2009 menjanjikan adanya penambahan kompetensi. Ketika ditanya mengenai konsekuensi dari ditanganinya sengketa perburuhan di pengadilan hubungan industrial, profesor Lotulung mengatakan bahwa PTUN tidak perlu mengkhawatirkan hal demikian karena ia membayangkan PTUN akan mendapatkan kompetensi untuk menangani semua perkara yang melibatkan perbuatan pemerintah yang melanggar hukum. Rencana ini yang seyogiannya akan secara kuat mendorong perluasan kompetensi PTUN harus diwujudkan melalui pembentukan undang-undang yang baru di bidang tata usaha negara.<sup>37</sup> Akan tetapi, banyak pihak mengkhawatirkan

---

'Kalangan DPR tak Setuju Dana APBN untuk OPIC', *Kompas* 4-8-2000, 'Sidang Lapangan Perambahan TNGL Hakim Dihadang Massa', *Kompas* 6-3-2000, 'Soal Dana Yatim Piatu: 43 Pengacara PTUN-kan Gubernur dan DPRD Sumsel', *Kompas* 13-10-2000 and 'Pemda -DPRD akan Naikkan Tarif Parkir', *Kompas* 16-5-2002.

36 Seperti yang sudah saya paparkan di dalam tulisan yang berjudul '*Administrative Courts in Indonesia*', Mahkamah Agung sendiri yang harus bertanggung jawab atas ketidak-konsistenan yang dilakukan dalam memutuskan perkara (Bedner 2001a: 216-217). Lihat juga Pompe 2005: 428-438.

37 Wawancara: Paulus E. Lotulung: Hakim PTUN Tak Usah Takut Kehilangan Perkara', *Hukumonline* 17-1-2006 (<http://www.hukumonline.com/detail>).

bahwa rancangan undang-undang ini tidak dapat disetujui dalam waktu dekat karena adanya masalah tentang model dasar dari rancangan undang-undang tersebut. Sebagai akibatnya, PTUN mungkin akan terus secara kreatif membuat perluasan kompetensi.<sup>38</sup>

### **Kekuasaan uji material**

Pasal 53 UU PTUN menyebutkan adanya tiga alasan untuk melakukan uji material: pertama, bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku; kedua, penyalahgunaan wewenang; dan ketiga, kesewenang-wenangan. Jika kita membandingkan aturan ini dengan peraturan AROB Belanda maka terdapat satu perbedaan besar: peraturan AROB juga memasukkan 'prinsip-prinsip dasar administrasi yang baik'. Dalam notulensi rapat perumusan UU PTUN antara anggota DPR dan pemerintah, terlihat bahwa pemerintah menyetujui jika PTUN menerapkan prinsip-prinsip tersebut. Namun, karena alasan politik mereka tidak menginginkan prinsip-prinsip dasar administrasi yang baik dimuat secara eksplisit sebagai salah satu alasan untuk melakukan uji material. Jika hal ini dilakukan maka dapat memancing perlawanan dari kekuatan-kekuatan politik tertentu dan pada akhirnya dapat menghambat pengesahan rancangan UU PTUN.<sup>39</sup>

PTUN sejak awal telah meminta diterapkannya prinsip-prinsip dasar administrasi yang baik sebagai alasan untuk melakukan uji material, dengan menggunakan daftar terinci yang disusun oleh Indroharto sebagai pedoman,<sup>40</sup> yang termuat di dalam bukunya yang terkenal mengenai peradilan tata usaha negara. Mahkamah Agung sejauh ini telah menerapkan dua prinsip yang ada di dalam daftar tersebut: kehati-hatian dan kesetaraan.<sup>41</sup> Dalam beberapa wawancara yang saya lakukan pada tahun 1994, semua hakim yang bersangkutan menyatakan persetujuannya agar PTUN memiliki kompetensi untuk

---

asp?id=14224&cl=Wawancara).

38 Menurut Direktur Harmonisasi Peraturan Perundang-undangan Departemen Kehakiman, Wicipto Setiadi, rancangan UU PTUN yang baru telah dikembangkan melalui kerja sama dengan Lembaga Pembangunan dari Jerman, GTZ, dan karena rancangan UU yang baru dibuat berdasarkan hukum tata Negara di Jerman maka di dalam rancangan UU tersebut termuat beberapa ketidaksesuaian dengan UU PTUN yang ada. Persoalan ini harus diselesaikan terlebih dahulu sebelum rancangan UU yang baru dapat diajukan ke tahap selanjutnya (diskusi dengan penulis, September 2006).

39 Lihat Bedner 2001a: 42.

40 Hal ini meliputi kehati-hatian formal, *fair play*, pertimbangan hukum, kepastian hukum formal, kepastian hukum substantif, kepercayaan, kesetaraan, kehati-hatian substantif dan proporsionalitas.

41 No. 10/K/TUN/1992 (Nov. 1994, 6, *Gema Peratun*).

menerapkan daftar dari prinsip-prinsip administrasi yang baik yang dibuat oleh Indroharto, secara penuh.

Masalah yang timbul adalah sedikitnya keseragaman mengenai penafsiran atau penerapan prinsip-prinsip tata usaha negara yang baik. Mahkamah Agung telah gagal memandu pengadilan-pengadilan di tingkat bawah dalam melakukan penafsiran. Mahkamah Agung hanya mengeluarkan putusan-putusan yang didalamnya memasukkan penerapan dari kedua prinsip di atas dan tidak dengan prinsip-prinsip lainnya serta tidak pernah mengeluarkan panduan berupa surat edaran pelaksanaan prinsip-prinsip tersebut.<sup>42</sup> Oleh karena itu, tidak mengherankan jika sifat kebaruan dari bahasan ini telah menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda. Namun, keberagaman penafsiran tersebut mungkin membuat kita bertanya-tanya apakah hakim-hakim yang bersangkutan sesungguhnya paham akan tujuan dari penerapan prinsip-prinsip tersebut. Sebagai contoh, dalam sebuah kasus di PTUN Bandung para hakim yang menangani kasus membatalkan sebuah KTUN atas dasar '*fair play*'.<sup>43</sup> Prinsip *fair play* didefinisikan oleh Indroharto sebagai berikut: pejabat yang menerbitkan keputusan tidak akan berusaha untuk mencegah kemungkinan seseorang yang berkepentingan untuk mendapatkan keputusan yang menguntungkannya.<sup>44</sup> Hakim yang menangani perkara tersebut justru menafsirkan prinsip *fair play* menjadi 'semua kemungkinan yang ada yang dapat digunakan oleh warga negara untuk melindungi kepentingannya tidak akan dihalangi oleh tindakan-tindakan formal sesuai dengan hukum yang dibuat oleh pemerintah.' Jika kita melihat masalah ini dengan lebih seksama maka hal ini memiliki arti pelarangan total bahkan terhadap tindakan-tindakan sah yang dilakukan oleh pemerintah. Persoalan serupa lainnya dalam hal penafsiran adalah tentang prinsip kepercayaan dan prinsip didengarkan keterangan.<sup>45</sup>

Namun, terlepas dari jalinan komunikasi yang bermasalah antara pengadilan yang lebih tinggi dengan pengadilan-pengadilan di bawahnya, kita berharap agar masalah ini dapat diselesaikan di masa mendatang – baik melalui kursus-kursus maupun publikasi

42 Lihat juga Pompe 2005: 252–255.

43 No. 54/G/BPTUN-Bdg./1993.

44 Indroharto (Buku II) 1993: 179.

45 Prinsip 'didengar keterangannya' maksudnya: pejabat negara yang bersangkutan harus memberikan kesempatan kepada pihak yang berkepentingan untuk memberikan keterangannya, sebelum pejabat negara tersebut mengambil sebuah keputusan yang mungkin dapat merugikan pihak yang berkepentingan tersebut. Pada prinsip ini bahkan mungkin dapat diterapkan *contra legem* (Bedner 2001a: 99-100; Hamidi 1999: 146-156).

putusan-putusan. Para hakim tidak memiliki kepentingan untuk mempertahankan penafsiran semacam itu, karena hal ini tidak dapat memperluas lingkup diskresi mereka. Akan tetapi, kesempatan untuk melakukan penafsiran di atas telah dihilangkan oleh undang-undang.

Perkembangan yang perlu diapresiasi adalah dibentuknya UU PTUN No. 32/2004 yang merupakan amandemen terhadap UU tahun 1986 dengan memasukkan prinsip-prinsip dasar administrasi yang baik sebagai alasan melakukan uji material. Hal ini menegaskan perkembangan praktik yudisial sejak masa awal didirikannya PTUN. Prinsip-prinsip dasar administrasi yang baik tidak didefinisikan di dalam UU No. 32/2004, namun hakim juga tidak memiliki diskresi untuk menafsirkan prinsip-prinsip tersebut. Penjelasan prinsip-prinsip dasar administrasi yang baik justru mengacu pada UU No. 28/1999 tentang Anti Korupsi yang didalamnya dimasukkan enam prinsip dasar administrasi yang baik, yang sebelumnya tidak dikenal dalam praktik peradilan tata usaha negara. Hanya dua dari enam prinsip tersebut yang sesuai dengan prinsip yang dibuat oleh Indroharto: prinsip kepastian hukum dan prinsip proporsionalitas. Prinsip-prinsip lainnya merupakan prinsip yang masih baru untuk praktik PTUN, yaitu: pemerintahan yang disiplin, keterbukaan, profesionalisme, akuntabilitas.<sup>46</sup>

Selain keseragaman penafsiran yang belum tercapai, penerapan prinsip-prinsip tersebut dalam konteks PTUN juga terlihat sulit untuk dilakukan. Ini disebabkan karena penerapan keenam prinsip tersebut dalam UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU PTPK) memiliki tujuan yang berbeda dengan UU PTUN, yaitu untuk pengurusan internal dari negara, bukan mengatur hubungan eksternal dengan warga. Sebagai contoh, kita dapat membandingkan definisi prinsip proporsionalitas dalam UU PTPK dan UU PTUN. Di satu sisi, dalam UU PTPK prinsip proporsionalitas mengacu pada proporsionalitas antara dampak dari keputusan yang digugat dengan tujuan yang ingin dicapai. Di lain sisi, prinsip proporsionalitas dalam Penjelasan UU PTPK didefinisikan sebagai: proporsionalitas adalah prinsip yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban dari penyelenggara negara. Definisi itu bukan merupakan definisi yang jelas

46 Prinsip 'kepentingan publik', yang juga dicantumkan dalam Penjelasan UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, telah dikeluarkan dari daftar. Alasannya mungkin adalah, jika PTUN bisa menerapkan prinsip ini sebagai dasar dilakukannya uji material maka uji material yang dilakukan akan menjadi uji hukum 'sepenuhnya' atas efektivitas dari KTUN yang bersangkutan, daripada hanya sebagai 'pengetahuan tambahan'. Perancang amandemen UU PTUN tampaknya tidak mempertimbangkan perkembangan dalam praktik PTUN, tetapi mereka jelas-jelas telah memastikan bahwa kompetensi yang luas tidak akan diberikan kepada PTUN.

dan mengatur persoalan yang berbeda.

Karena terbatasnya ketersediaan data, tidak dapat diketahui dengan jelas bagaimana perubahan-perubahan itu diselesaikan. Ini berarti bahwa perkembangan penafsiran yang konsisten dari prinsip-prinsip tersebut harus dimulai dari awal dan dalam kondisi yang kurang menguntungkan dibandingkan tahun 1991. Pada masa itu, setidaknya tersedia informasi mengenai pelaksanaan prinsip-prinsip administrasi yang baik dengan merujuk pada perkembangan penerapannya di negeri Belanda.

### **Kemampuan pengadilan memberikan pemulihan yang efektif**

#### *Penundaan*

Salah satu perkembangan penting dalam UU PTUN untuk para pencari keadilan dalam perkara gugatan melawan negara adalah dimasukkannya pengaturan mengenai perintah pengadilan. Walaupun dalam hukum acara perdata dikenal kemungkinan untuk melakukan gugatan tambahan dalam perkara-perkara pelanggaran oleh pemerintah, kesempatan ini nyaris tidak pernah digunakan. Diperbolehkannya pengajuan permintaan penundaan pelaksanaan keputusan yang digugat sebagaimana yang diatur dalam pasal 67 tampaknya dapat memperkuat posisi para penggugat.

Meskipun penggugat meminta penundaan, keputusan yang digugat tidak lantas kehilangan keabsahannya. Hal ini dapat menjadi permasalahan yang serius dalam perkara-perkara di mana keputusan yang digugat mengizinkan tindakan pemerintah yang tidak dapat dibatalkan, atau hanya dapat dibatalkan dengan risiko kerugian yang besar atau sangat sulit untuk dilakukan. Sebagai contoh, perintah pembongkaran atau penggusuran yang sering dibawa ke PTUN untuk dimintakan penundaan.<sup>47</sup>

Namun, tidak hanya perintah-perintah semacam itu yang telah ditunda. Dalam tahun-tahun pertamanya, PTUN telah mengembangkan praktik penundaan yang cenderung mirip dengan kebijakan memperluas kompetensi, yang dilakukan secara besar-besaran. Menanggapi situasi itu, Mahkamah Agung berusaha mencegah tendensi tindakan PTUN untuk mengabulkan penundaan. Persoalan utama yang menggarisbawahi praktik semacam ini adalah karena pasal 67 UU PTUN tidak dirancang dengan cukup jelas. Pasal ini menyatakan bahwa penundaan dari keputusan yang digugat tetap dilakukan sampai pengadilan mengeluarkan putusan yang berkekuatan hukum

<sup>47</sup> Lihat Bedner 2001a: 112.



tetap. Persoalannya, perkara-perkara yang menyertakan penundaan di dalamnya sering melewati tahapan banding dan kasasi, dan oleh karena itu biasanya akan memakan waktu lebih dari dua tahun. Penundaan akhirnya menjadi senjata yang dahsyat yang digunakan untuk memberikan keuntungan bagi para hakim atau beberapa penggugat.

Meskipun demikian, Mahkamah Agung telah berhasil memberikan batasan bagi para hakim PTUN dalam hal mengeluarkan penundaan. Melalui Surat Edaran No. 2/1991 hal.VI-2a Mahkamah Agung memberikan kuasa kepada hakim ketua sidang untuk membatalkan perintah penundaan. Dalam *Tanumihardja melawan PLN*, Mahkamah Agung menyatakan bahwa jika PTUN memutuskan untuk menolak gugatan maka hakim ketua sidang berkewajiban untuk membatalkan penundaan.<sup>48</sup>

Namun, batasan lainnya yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung mengenai perintah penundaan tidak ditaati secara konsisten oleh para hakim PTUN. Pedoman No. 051/Td./TUN/III/1992 yang menyatakan bahwa permintaan penundaan bisa diserahkan paling lambat bersama dengan pembelaan tergugat, telah beberapa kali dilanggar.<sup>49</sup> Mahkamah Agung pada praktiknya sulit untuk mengontrol hal ini karena hanya sedikit atau bahkan nyaris tidak ada perkara (seperti yang dimaksud di atas) yang dibawa ke tahap kasasi. Hal serupa juga terjadi dalam pertimbangan yang melandasi perintah penundaan. Dalam banyak perkara para hakim mengabulkan penundaan tanpa memberikan pertimbangan sama sekali, atau hanya memberikan keterangan seperti 'karena perkara belum sepenuhnya jelas'<sup>50</sup> atau 'karena belum terbukti jelas dalam pemeriksaan persiapan di mana letak kesalahan kedua belah pihak'.<sup>51</sup>

Penjelasan utama dari ketidaktertiban hakim PTUN pada tingkat pertama dalam memberikan perintah penundaan adalah karena, dalam beberapa perkara, dikeluarkannya perintah semacam itu menjadi tujuan utama pihak penggugat. Alasan yang sederhana karena hal

48 No. 15K/TUN/1992. Sepertinya putusan MA ini diikuti secara umum. Hal ini tidak mengherankan jika kita mempertimbangkan bahwa salah satu alasan penting bagi hakim untuk mengesampingkan batasan kompetensi atau batasan pemberian pemulihan adalah perilaku hakim yang tidak layak – misalnya: mereka telah menerima suap dari salah satu pihak yang berperkara. Dalam perkara-perkara di mana mereka telah mengabulkan perintah penundaan karena telah menerima suap, maka biasanya hakim akan memastikan bahwa pihak yang telah memberikan suap akan memenangkan perkara. Dengan demikian, tidak akan sampai melakukan pembatalan perintah penundaan.

49 Lihat misalnya: No. 140/G/1992/PTUN-Jkt.

50 No. 140/G/1991 /PTUN-Jkt.

51 No. 45/G/1993/PTUN-Jkt.



tersebut dapat meningkatkan posisi tawar salah satu pihak. Sebagai contoh, dalam kasus di Bandung, pihak pengembang dianggap oleh pihak Walikota telah melanggar batas rencana pembangunan karena memperbesar ruang bawah tanah sampai ke bawah trotoar. Karena perintah pembongkaran di tempat telah dihapus oleh perintah penundaan, maka penggugat dapat menyelesaikan masalah ini dengan cara membuat perjanjian dengan pihak kecamatan.<sup>52</sup>

Dalam perkara-perkara lainnya, perintah penundaan memberikan ruang bagi penggugat untuk melakukan tindakan-tindakan pada waktunya sebelum perkara yang digugat mulai berlaku. Ini pada umumnya terjadi pada perkara pengurusan di mana 'peluang pemberian waktu ekstra' yang disediakan oleh perintah penundaan dapat digunakan oleh penggugat untuk menyelamatkan harta miliknya, menyadari bahwa ia pada akhirnya tidak dapat memenangkan perkara. Pada masa awal berdirinya PTUN, ketika mereka masih mengklaim kompetensi atas risalah yang dikeluarkan oleh Kantor Lelang Negara (lihat penjelasan di atas), pemilik dari properti yang akan dilelang juga membawa kasusnya ke PTUN dengan alasan yang sama. Misalnya, pemilik salon kecantikan (yang usahanya bangkrut) disarankan agar ia yang menjual sendiri salonnya demi mendapatkan harga yang lebih baik dan menghindari pelelangan. Hal ini dapat ia lakukan jika ia berhasil mendapatkan perintah penundaan dari PTUN.<sup>53</sup>

Bagaimanapun juga, penundaan merupakan sebuah jalan pemulihan yang menarik untuk banyak penggugat dalam PTUN, dan para hakim sangat sadar akan hal ini. Kontrol hierarkis atas penggunaan perintah penundaan bersifat tidak langsung atau bahkan tidak ada. Sebagai akibatnya, praktik penundaan tidak dilakukan secara konsisten atau berhati-hati dan biasanya hakim tidak memberikan alasan yang cukup untuk perintah penundaan yang mereka keluarkan. Oleh karena itu, tidak mengherankan jika banyak tergugat cenderung tidak menaati perintah penundaan dan sering menimbulkan pelanggaran, seperti yang akan dibahas pada bagian selanjutnya.

### *Isi Putusan*

Meskipun penggunaan penundaan memiliki nilai tambah bagi pihak penggugat, proses pemulihan lainnya yang bisa ditawarkan oleh PTUN cenderung terbatas. Seperti yang sudah saya bahas dalam bagian awal

52 Wawancara dengan salah seorang pegawai dari penggugat, Oktober 1994.

53 Sebuah fakta ia sampaikan mengenai kecurangan dalam prosedur lelang, yaitu bahwa kesepakatan-kesepakatan di bawah tangan biasanya sudah dibuat oleh para peserta lelang (Wawancara dengan salah seorang pegawai dari penggugat, Oktober 1994).

dari tulisan ini, perbedaan utama yang muncul setelah didirikannya PTUN adalah bahwa PTUN dapat memerintahkan tergugat untuk mencabut keputusan yang digugat, sementara dalam perkara tindakan pelanggaran oleh pemerintah hanya berujung pada pemberian ganti rugi. Namun, karena pengadilan negeri memberikan penafsiran yang sangat luas kepada konsep kerugian maka kompetensi yang mereka miliki dalam hal tersebut menjadi setara dengan kompetensi PTUN.<sup>54</sup>

Jika kita tidak membaca pasal 116 dengan cermat maka akan menimbulkan kesan bahwa PTUN tidak memiliki cukup kompetensi, dalam hal hanya terbatas pada perintah pencabutan atau pembatalan atas keputusan yang disengketakan. Jika tergugat menolak untuk memenuhi kewajiban tersebut maka PTUN dapat menyampaikan penolakan ini kepada atasan tergugat. Namun, PTUN tidak dapat tergantung secara hukum kepada atasan tergugat, karena jika tergugat tetap mengabaikan putusan pengadilan selama empat bulan maka KTUN yang disengketakan itu 'tidak mempunyai kekuatan hukum lagi'.<sup>55</sup>

Perkembangan penting yang ada dalam lingkup PTUN adalah penafsiran pasal 116 ayat (9) yang memperbolehkan PTUN memerintahkan tergugat untuk membuat keputusan baru. Dalam bukunya, Indroharto berpendapat bahwa hakim dapat memberikan panduan kepada tergugat ketika membuat keputusan baru, dengan cara menetapkan bahwa keputusan yang baru itu harus dibuat sesuai dengan pertimbangan dalam putusan yang dikeluarkan oleh hakim.<sup>56</sup>

Mengingat kecenderungan umum PTUN untuk memperluas kompetensi mereka, maka tidak mengherankan jika PTUN telah menafsirkan pendapat Indroharto tersebut dengan lebih luas lagi.

54 Hal ini lebih merupakan persoalan teknis, di mana pada prinsipnya pengadilan negeri bisa mengizinkan ganti rugi dalam bentuk non-finansial. Bahkan, ada beberapa preseden dimana pengadilan negeri menghancurkan keputusan-keputusan pemerintah atas dasar perbuatan melanggar hukum oleh negara, misalnya: izin mendirikan bangunan (No. 278/1953 dalam *Yurisprudensi Indonesia Tentang Perbuatan Melanggar Hukum Oleh Penguasa (Onrechtmatige Overheidsdaad): Tahun 1950 s\d Tahun 1977* ed. C. Ali (Bandung: Binacipta, 1978) atau perintah penggusuran (No. 95/K/Sip/1962 in *Yurisprudensi Indonesia Tentang Perbuatan Melanggar Hukum Oleh Penguasa (Onrechtmatige Overheidsdaad): Tahun 1950 s\d Tahun 1977*, ed. C. Ali (Bandung: Binacipta, 1978). Contoh-contoh lainnya dapat ditemukan dalam kumpulan-kumpulan perkara yang sama.

55 UU PTUN pasal 116 ayat (2). Persoalan ini mengangkat semua jenis permasalahan mengenai konsekuensi dari pembatalan. Tidak dapat diketahui dengan pasti apakah sebuah keputusan harus diasumsikan tidak pernah dikeluarkan atau justru harus dianggap berlaku sampai peraturan tersebut kehilangan kekuatannya. Hal ini memiliki konsekuensi-konsekuensi yang penting untuk menentukan kerugian karena belum ada doktrin-doktrin hukum yang telah dikembangkan mengenai hal ini.

56 Indroharto (Buku I) 1993: 245-246.

Para hakim tidak akan membuat keputusan baru untuk menggantikan keputusan yang digugat, namun dalam beberapa kasus mereka telah benar-benar merumuskan apa yang harus menjadi isi KTUN yang baru kepada tergugat.<sup>57</sup>

Terkadang para hakim itu sendiri tidak memahami konsekuensi yang ditimbulkan dari putusan mereka yang membatalkan keputusan yang digugat. Dengan demikian, dalam putusan yang diapresiasi banyak pihak, *Tempo melawan Menteri Penerangan*, PTUN Jakarta tidak hanya memerintahkan tergugat untuk membatalkan pencabutan izin penerbitan (SIUPP) majalah *Tempo*, namun juga memerintahkan agar tergugat menerbitkan kembali SIUPP yang baru. Tampaknya para hakim tidak menyadari bahwa pembatalan pencabutan izin penerbitan tersebut dengan sendirinya akan mengembalikan keberlakuan SIUPP yang dicabut. Sesungguhnya hal ini bukan hal yang serius, namun pada akhirnya hal-hal ini akan menjadi persoalan jika kita mempertimbangkan berapa banyak permasalahan yang muncul dalam hal penerapan putusan PTUN, seperti yang akan saya paparkan di bawah.

#### *Ganti rugi dan rehabilitasi*

Dengan perlawanan yang cerdas dari Ismail Saleh, yang berhasil meloloskan pengaturan mengenai ganti rugi dengan memberikan informasi yang kurang akurat kepada anggota DPR, pasal yang mengatur mengenai ganti rugi dalam UU PTUN tahun 1986 memiliki lingkup yang sangat terbatas.<sup>58</sup> Ganti rugi diatur dalam pasal 97 ayat (10) yang tidak mengatur banyak selain menetapkan bahwa hal ganti rugi akan diatur lebih lanjut melalui peraturan pemerintah (PP). Peraturan pemerintah yang dimaksud kemudian disahkan dalam waktu singkat, namun isinya ternyata hanya 'pepesan kosong belaka': jumlah ganti rugi dibatasi hanya sampai Rp 5 juta, yang pada tahun 1991 bernilai sekitar USD 2.000 dan saat ini nilai ini hanya setara dengan USD 530. Gugatan lebih lanjut yang diajukan tergugat terhadap kerugian harus diterima oleh pengadilan negeri. Pendek kata, ketidakmampuan PTUN untuk 'membayarkan kompensasi' atas kerugian yang terjadi merupakan contoh lain dari efektifnya pengurangan perlindungan warga negara dari tindakan pemerintah. Kali ini dengan membuat prosedur yang rumit dan berbelit-belit.<sup>59</sup>

57 Lihat No. 04/G/TUN/1994/PTUN-Smg; No. 25/G/PTUN-Bdg./1993; No. 06/G/TUN/1994/PTUN-Smg.

58 Lihat Bedner 2001a: 47.

59 Jauh lebih sulit untuk menghitung jumlah kerugian yang diderita karena

Setelah membaca pasal 117 dan 121 ayat (2) tentang rehabilitasi bagi PNS yang berhasil memenangkan gugatan (untuk mendapatkan rehabilitasi) atas pemutusan hubungan kerja, kita mendapatkan kesan bahwa pembuat undang-undang dalam hal ini telah menyediakan perlindungan, berbeda halnya dengan ganti rugi. Pasal-pasal tersebut menyediakan prosedur detil untuk mengembalikan PNS yang telah di PHK secara melawan hukum ke posisi awalnya dan juga aturan-aturan yang jelas mengenai ganti rugi. Dapat kita bayangkan bahwa prosedur ini tidak menjadi preferensi bagi pemerintah pada saat itu, dan Ismail Saleh sangat menentang keberlakuannya. Namun dalam hal ini, DPR telah kebal dan tidak menggubris argumen yang ia lontarkan.<sup>60</sup> Menyadari bahwa ia tidak dapat mempertahankan rancangan undang-undangnya, Saleh kemudian berusaha membuat batasan mengenai rehabilitasi melalui jalan belakang dengan mengeluarkan PP No. 32/1991. Bertentangan dengan UU PTUN yang memberikan ketentuan mengenai ganti rugi penuh, peraturan subordinat ini menetapkan pengaturan ganti rugi sebesar Rp 2 juta yang harus diberikan kepada penggugat jika ia tidak bisa dikembalikan ke posisi awalnya. Dengan jumlah ganti rugi yang amat terbatas maka pemerintah dapat menghindari pemberian rehabilitasi secara penuh.

### **Kemampuan pengadilan memberikan pemulihan yang efektif: Pelaksanaan gugatan**

Sebagai ringkasan, PTUN telah menyediakan perluasan perlindungan bagi warga negara dalam hal pemberian ganti rugi. Namun, terlepas dari hal ini PTUN tidak memberikan lebih banyak perlindungan dibandingkan pengadilan negeri. Dengan pengaturan kompetensi yang semakin rumit dan secara efektif membatasi akses (terhadap pengadilan), pemerintah sepertinya telah mengurangi posisi pencari keadilan.

Namun, tidak berarti bahwa PTUN tidak dapat memberikan perlindungan sama sekali. Pertama, melalui keberadaan dan jarak pandangnya PTUN telah mendorong adanya tindakan pencegahan bagi pejabat negara supaya tidak digugat ke pengadilan. Dalam beberapa kasus hal ini telah menghasilkan perubahan prosedural, seperti dikeluarkannya kewajiban bagi instansi pemerintahan agar terlebih dahulu menyerahkan keputusan TUN yang mereka buat ke bagian

---

permasalahan-permasalahan yang telah disebutkan di atas, dalam menentukan waktu sebuah keputusan yang disengketakan harus dianggap telah kehilangan konsekuensi-konsekuensi hukumnya.

60 Lihat Bedner 2001a: 47.

biro hukum sebelum menerbitkan keputusan tersebut. Demikian pula, sejumlah pejabat negara menyatakan kepada saya – dalam kerangka penelitian yang lain – bahwa setelah disahkannya UU PTUN mereka menjadi lebih berhati-hati dalam menerbitkan keputusan-keputusan. Akan tetapi, pertanyaannya kemudian: sejauh mana PTUN memberikan rasa keadilan dalam kasus-kasus perorangan? Apakah PTUN telah mengabdikan/menerima gugatan dengan cara yang konsisten dan apakah hal ini kemudian diikuti dengan pengeksekusian hak-hak penggugat?

Pertanyaan pertama adalah seberapa sering PTUN telah menerima gugatan yang diajukan oleh penggugat. Sayangnya, data-data yang dibutuhkan untuk menjawab pertanyaan itu tidak dapat ditemukan dengan mudah. Website Mahkamah Agung saat ini telah dilengkapi dengan mesin pencari perkara, namun tidak memberikan data yang cukup untuk bisa menjawab pertanyaan tersebut. Oleh karena itu, saya harus mengandalkan data yang saya kumpulkan sendiri pada awal tahun 90-an dan data mengenai PTUN Bandung yang terkompilasi dalam penelitian yang dilakukan Irfan Fachruddin.<sup>61</sup> Hal ini mengindikasikan bahwa pengajuan gugatan dalam prosedur peradilan tata usaha negara merupakan upaya yang tidak dapat diduga/diperkirakan akhirnya, tetapi tidak sia-sia, dalam rangka mendapatkan pemulihan dari perbuatan melanggar hukum oleh negara.

Data di bawah ini akan menunjukkan bahwa penggugat masih memiliki kesempatan untuk memenangkan kasusnya di PTUN tingkat pertama. Meskipun kepentingan politik selama pemerintahan Orde Baru jauh berlawanan dengan (posisi) PTUN, namun agar PTUN dapat mempertahankan eksistensinya maka mereka harus berani berhadapan dengan pejabat-pejabat negara. Menolak semua gugatan yang diajukan akan menimbulkan kesan bahwa PTUN tidak berani melakukan tindakan apapun. Hal ini tercermin dari jumlah perkara yang dimenangkan oleh penggugat di PTUN Jakarta, Bandung dan Semarang antara tahun 1991 dan 1995. Tabel 10.1 menunjukkan hasil dari perkara-perkara yang diajukan ke PTUN, sejauh perkara-perkara tersebut telah diputus pada tahun 1995.

61 Lihat Fachruddin 2004.

Tabel 10.1. Hasil dari perkara di PTUN yang telah diputus pada tahun 1995

Pengadilan	Jumlah perkara	Perkara yang ditarik kembali oleh penggugat	Diselesaikan	Dinyatakan tidak dapat diterima atau melewati batas waktu	Ditolak	Dikabulkan
Jakarta	73	7	15	21	14	16
Bandung	45	23	7	4	6	5
Semarang	64	15	7	27	10	5
Total	182	45	29	52	30	26

Jika kita melihat jumlah gugatan yang diterima dibandingkan dengan jumlah kasus seluruhnya maka kesempatan penggugat untuk memenangkan kasus tidak terlalu besar, hanya sekitar 15%. Meskipun demikian, jika kita mengurangi jumlah total perkara dengan perkara yang ditarik kembali oleh penggugat dan yang diselesaikan, maka kita akan mendapatkan persentase yang lebih besar, yaitu mencapai hampir 25%. Jika kemudian kita turut mempertimbangkan bahwa gugatan-gugatan yang dinyatakan tidak diterima atau melewati batas waktu adalah karena benar-benar berada di luar kompetensi PTUN, maka kesimpulannya adalah jika penggugat mengajukan perkara yang benar-benar berada dalam kompetensi PTUN, ia memiliki kesempatan yang cukup besar (hampir 50%) untuk memenangkan perkara tersebut di pengadilan tingkat pertama.

Namun, hasil dari perkara-perkara yang diajukan di tingkat pertama ternyata bukan merupakan indikator yang dapat diandalkan untuk memprediksi hasil di tingkat banding. Baik penggugat maupun tergugat tidak menerima begitu saja putusan pengadilan di tingkat pertama. Hampir setengah dari total perkara yang diputus oleh PTUN tingkat pertama berujung pada proses naik banding. Tabel 10.2 memberikan gambaran dari seluruh kasus yang diajukan ke tahap banding (baik yang naik bandingnya diajukan oleh penggugat maupun tergugat).

Akan tetapi, jika kita bertitik tolak dari jumlah perkara yang benar-benar diputuskan oleh PTUN tingkat pertama atas dasar substansi perkara (kasus yang ditolak ditambah dengan perkara yang dikabulkan, lihat tabel 10.1) maka gambarannya akan jauh berbeda: dari 56 perkara yang diadili, 44 perkara diantaranya dimintakan proses banding (hampir 80%).

Tidak mengherankan jika perkara-perkara yang diputuskan pada tingkat pertama dengan mudah diajukan ke proses banding. Hampir setengah dari jumlah permohonan di tahap banding akan dikabulkan oleh PTTUN. Namun, sekali lagi, jika kita melihat hanya pada perkara-

perkara yang diputuskan berdasarkan substansi perkaranya maka ini akan menjadi mayoritas dari perkara banding.

Tabel 10.2 Kasus-kasus banding dari Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara

Pengadilan	Jumlah putusan PTUN yang dapat dimintakan banding	Jumlah perkara yang naik banding	Banding ditolak	Banding diterima
Jakarta	51	26	16	10
Bandung	15	3	2	1
Semarang	52	26	3	6
Total	118	55	21	17

Kasasi tidak sepopuler tahap banding. Namun, dalam rentang tahun 1991 dan 1995, lebih dari setengah putusan yang dikeluarkan oleh hakim banding kemudian dibawa ke Mahkamah Agung untuk proses kasasi.<sup>62</sup> Jumlah perkara yang ditolak pada tahap ini berkisar 20% dan cenderung menurun dibawah 15% pada tahun 2000. Ini sepertinya mengindikasikan adanya peningkatan kepastian hukum, atau setidaknya kemampuan meramalkan hasil akhir.<sup>63</sup>

Salah satu permasalahan dalam proses kasasi adalah proses ini bisa memakan waktu yang lama; bahkan permohonan kasasi dapat dijadikan sebagai sebuah strategi oleh aparat negara yang kalah dalam tahap banding untuk menunda perkara yang tidak disertai perintah penundaan. Meskipun penimbunan perkara dalam lingkup tata usaha negara di Mahkamah Agung tidak seserius yang terjadi pada kasus perdata, namun 831 perkara tata usaha negara menunggu untuk diputus pada akhir tahun 2000.

Meskipun demikian, sebuah putusan kasasi di Indonesia bukan merupakan keputusan final seperti yang mungkin kita asumsikan. Pada awalnya ditujukan sebagai sebuah langkah hukum untuk perkara-perkara luar biasa, putusan peninjauan kembali telah berkembang menjadi semacam tingkat keempat dalam sistem peradilan Indonesia. Pada rentang tahun 1991-1999, lebih dari 20% putusan tata usaha negara di tingkat kasasi diajukan ke tahap peninjauan kembali dan satu dari sepuluh permohonan tersebut dikabulkan peninjauan kembalinya. Menurut hemat saya, tidak konsistennya Mahkamah Agung dalam

62 Terdapat 167 perkara naik banding pada rentang tahun 1991-1995.

63 Data-data ini berasal dari Komisi Pengawas Pengadilan Niaga dan Persiapan Pendirian Pengadilan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Badan Perencanaan dan Pembangunan Nasional (Bappenas), 2004.



memutuskan perkara lebih mengkhawatirkan dibandingkan jumlah putusan banding yang ditolak dalam tahap kasasi. Dengan demikian, hal ini akan mendorong para pihak untuk menjelajahi semua arena yang tersedia dalam melakukan langkah-langkah hukum lanjutan.

Bagaimanapun angka-angka tersebut memperlihatkan adanya indikasi bahwa penafsiran dari UU PTUN dalam perkara-perkara individual cenderung beragam pada setiap tingkat. Catatan Mahkamah Agung menunjukkan bahwa keberagaman penafsiran ini bahkan terjadi di dalam satu tingkat pengadilan. Hal ini menunjukkan ketiadaan konsistensi dalam memutuskan perkara, yang dapat menjadi salah satu indikator profesionalisme dari lembaga peradilan.

Meskipun angka-angka tersebut memberikan beberapa indikasi mengenai keadaan peradilan tata usaha negara namun angka-angka itu tidak menandakan seberapa besar kemungkinan penggugat untuk memenangkan perkaranya, apalagi sampai melihat sejauh mana PTUN menyediakan langkah hukum yang efektif berdasarkan penerapan hukum yang layak. Penilaian-penilaian hukum dari putusan PTUN tidak terlalu baik,<sup>64</sup> dan tuduhan-tuduhan adanya praktik korupsi dalam lembaga ini terus dikumandangkan.

### **Kemampuan pengadilan memberikan pemulihan yang efektif: Masalah noneksekusi**

Menurut hakim-hakim PTUN sendiri, tidak dapat dieksekusinya putusan yang mereka hasilkan merupakan permasalahan paling serius yang harus mereka hadapi. Hal ini cukup beralasan mengingat kerugian yang mungkin ditimbulkan oleh masalah noneksekusi terhadap efektivitas pengadilan dalam menyediakan pemulihan. Mengingat kelangkaan perkara di lingkup PTUN, tantangan atas kompetensi PTUN tersebut merupakan ancaman langsung terhadap keberadaan PTUN.

Penelitian tentang PTUN di Indonesia pada awal tahun 1990-an menunjukkan bahwa hanya sedikit putusan yang bisa dieksekusi. Laporan dari media massa menunjukkan bahwa di dalam tiga perkara – dua tentang kepemilikan tanah dan satu tentang izin untuk membudidayakan sarang burung walet – tergugat tidak mengeksekusi putusan hakim. Pada waktu itu para hakim mengeluhkan masalah eksekusi, namun hal ini tidak menyangkut putusan akhir melainkan perintah penundaan (berdasarkan data yang saya miliki terdapat 26 perkara noneksekusi).<sup>65</sup>

64 Lihat Bedner 2001a: 191; Hamidi 1999: 171-173.

65 Lihat Bedner 2001a: 230-232.



Disertasi doktoral dari Irfan Fachruddin memberikan lebih banyak informasi mengenai hal ini.<sup>66</sup> Menurut Fachruddin, yang melakukan penelitiannya di PTUN Bandung, sejak tahun 1994 – ketika PTUN mulai beroperasi – sampai dengan 1999, 25 putusan layak dieksekusi; jumlah ini hanya 5% dari seluruh gugatan.

Fachruddin kemudian memaparkan bahwa dari 25 putusan tersebut hanya 8 putusan yang akhirnya benar-benar dieksekusi: empat putusan ditunda eksekusinya, dalam 13 perkara yang lain tergugat menolak untuk melakukan eksekusi. Jika kita persentasekan, dapat kita simpulkan bahwa satu dari 33 penggugat memperoleh hasil akhir yang diinginkan *ab initio*.<sup>67</sup>

Untuk memperoleh gambaran yang benar, juga menjadi penting untuk melihat alasan dibalik masalah non-eksekusi. Bagian paling berharga dari analisa yang dibuat oleh Fachruddin adalah wawancara yang ia lakukan kepada pejabat negara yang bersangkutan. Wawancara tersebut menunjukkan bahwa masalah non-eksekusi berkaitan dengan kompetensi pengadilan dan bukan mengenai masalah pejabat negara yang korup atau arogan, yang melawan konsep ‘negara hukum’. Ini menunjukkan bahwa kesalahan dalam merancang PTUN menghambat semua aspek operasional PTUN itu sendiri.

Berdasarkan wawancara yang dilakukan oleh Fachruddin, alasan pertama dari noneksekusi menyangkut tiga perkara sertifikat tanah. Menurut narasumbernya, situasi aktual dalam perkara tersebut telah berubah sehingga sertifikat yang disengketakan tidak bisa dicabut. Mereka berpendapat, dengan tidak adanya sistem pendaftaran tanah yang terpercaya maka pihak ketiga yang telah memperoleh tanah yang disengketakan berhak mendapatkan perlindungan hukum.<sup>68</sup> Masalah ini semakin rumit jika PTUN beroperasi di luar kompetensinya dengan memutuskan hal-hal yang berkaitan dengan hukum perdata.

Dua perkara yang lain tidak dapat dieksekusi karena putusan yang saling bertentangan dari PTUN dan pengadilan negeri. Satu dari perkara itu adalah mengenai pembatalan izin pembebasan tanah oleh PTUN. Tergugat kemudian berhasil mengajukan keberatan atas

66 Lihat Fachruddin (2004).

67 Sayangnya, tidak ada penelitian yang dapat digunakan untuk memberikan informasi mendalam mengenai bagaimana para penggugat menilai pengalaman mereka berperkara di PTUN, atau mengapa mereka pada awalnya memutuskan untuk pergi ke PTUN.

68 No. 8/G/PTUN-Bdg./1995 jo. no. 68/B/1995/PTTUN.Jkt jo. no. 285K/TUN/1995; No. 12/G/PTUN-Bdg./1995 jo. no. 02/B/1996/PTTUN Jkt jo. no. 310/K/TUN/1999; No. 27/G/PTUN-Bdg./1994 jo. no. 41/B/1994/PT.TUN.JKT jo. no. 108K/TUN/1994 jo. no. 14PK/TUN/1996); No. 60/G/PTUN-BDG/1997 jo. no. 60/B/1998/PT.TUN.JKT jo. no. 277K/TUN/1998.

eksekusi putusan PTUN tersebut melalui pengadilan negeri.<sup>69</sup> Dalam perkara lainnya, tergugat melakukan strategi yang sama. Perbedaannya, objek sengketa – hipotek – jelas berada di luar kompetensi PTUN.<sup>70</sup> Meskipun demikian, dalam hal ini pengadilan negerilah yang sebenarnya melanggar batas kompetensinya, dengan mengintervensi eksekusi putusan PTUN. Akan tetapi, dari perspektif tergugat, dapat dimengerti bahwa dalam kondisi semacam itu mereka akan mengambil jalan yang paling mudah, yaitu dengan tidak melakukan eksekusi putusan pengadilan.<sup>71</sup> Hal ini juga diterapkan pada perkara PTUN yang menyangkut pembatalan hak pakai sementara proses hukumnya masih terus berjalan di pengadilan negeri.<sup>72</sup>

Kondisi sebaliknya juga terjadi dalam perkara mengenai hak kepemilikan tanah, ketika PTUN memerintahkan penundaan dari eksekusi putusan pengadilan negeri sampai perkara tersebut berkekuatan hukum tetap (*in kracht*).<sup>73</sup> Namun, karena tergugat secara tepat telah memutuskan bahwa PTUN tidak memiliki kompetensi untuk memerintahkan penundaan eksekusi tersebut maka ia tidak mengikuti perintah PTUN.

Contoh serupa namun kurang ekstrem adalah perkara di mana PTUN memerintahkan tergugat untuk menerbitkan perintah pembongkaran karena penggugat berpendapat bahwa tembok yang disengketakan telah dibangun di atas tanahnya.<sup>74</sup> Tentu saja hal ini merupakan persoalan hukum perdata dalam hal penggugat kemudian berusaha untuk mengubahnya menjadi persoalan hukum tata usaha negara. Oleh karena itu, tergugat menolak untuk mengeksekusi putusan tersebut.

Alasan ketiga untuk non-eksekusi juga menyangkut kompetensi PTUN dan pengadilan negeri. Pada dua perkara, PTUN memerintahkan tergugat untuk menghancurkan akta notaris: di satu perkara, karena akta tersebut dibuat pada saat hari libur nasional; pada perkara yang lain, karena pengadilan negeri telah memerintahkan pembatalannya. Notaris pada perkara pertama berpendapat bahwa PTUN tidak memiliki kompetensi atas akta notaris – dalam hal ini ia benar – maka

69 No. 59/G/PTUN-Bdg/1995 jo. no. 145/B/1996/PT.TUN.JKT jo. no. 240K/TUN/1997.

70 No. 42/G/PTUN-Bdg/1999.

71 Di dalam kedua perkara, tergugat tidak termasuk sebagai salah satu pihak yang berperkara pada sengketa aslinya.

72 No. 68/G/PTUN-BDG/1999 jo. no. 109/B/2000/PT.TUN.JKT jo. no. 152K/TUN/2001.

73 No. 100/G/PEN/2000/PTUN-BDG jo. no. 100/G/PTUN-BDG/2000.

74 No. 10/G/PTUN-BDG/1995 jo. no. 88/B/1995/PT.TUN.JKT jo. no. 91K/TUN/1996.

ia memutuskan untuk tidak menghancurkan akta yang telah ia buat.<sup>75</sup> Pada perkara kedua, notaris menolak untuk mengeksekusi putusan PTUN karena akta yang ia buat telah dibatalkan oleh pengadilan negeri sehingga ia merasa tidak perlu menghancurkan akta tersebut.<sup>76</sup> Demikian juga, Kantor Urusan Agama (KUA) menolak untuk membatalkan akta cerai karena KUA berpendapat hal ini merupakan bagian dari hukum perdata.<sup>77</sup>

Alasan keempat dari non-eksekusi menyangkut makna ganda dari fakta perkara. Dalam satu perkara nomor sertifikat yang didaftarkan berbeda dengan nomor sertifikat yang disengketakan.<sup>78</sup> Dihadapkan pada perkara yang serupa, tergugat memulai rehabilitasi administrasi dari data yang ia serahkan dan pada akhirnya ia menyerahkan sertifikat yang baru kepada penggugat.<sup>79</sup> Sementara itu, pada perkara ketiga putusan PTUN belum dapat dieksekusi karena rehabilitasi administrasi belum diselesaikan.<sup>80</sup>

Alasan kelima sama sekali tidak berhubungan dengan persoalan kompetensi. Kepala Badan Pertanahan Nasional (BPN) Kabupaten Cianjur menolak untuk mencabut sertifikat kepemilikan karena menurut mereka fakta hukum yang digunakan sebagai dasar pertimbangan dalam memutuskan perkara tidak akurat.<sup>81</sup> Alasan selanjutnya terkesan mengada-ada. Salah satu pegawai BPN Bandung mengatakan bahwa ia tidak melakukan eksekusi karena ketua pengadilan belum mengeluarkan perintah eksekusi (padahal seharusnya putusan pengadilan sudah cukup sebagai dasar melakukan eksekusi).<sup>82</sup>

Singkat kata, kecuali dua perkara terakhir, responden yang diwawancara oleh Fachruddin memiliki alasan yang cukup untuk menolak eksekusi putusan pengadilan. Dalam sebagian besar perkara tersebut, kompetensi memainkan peran yang sentral. Kecenderungan PTUN untuk menangani persoalan hukum perdata tentang tanah telah menghantui prestasi PTUN dalam bidang yang lain – pada akhirnya

75 No. 18/G/2001/PTUN-Bdg.

76 No. 62/G/PTUN-Bdg/1995.

77 No. 74/G/PTUN-Bdg/1996 jo. no. 38/B/1998/PT.TUNJKT jo. no. 210 K/TUN/1998. Alasan para penggugat menginginkan pembatalan akta adalah karena mereka menyesalkan keputusan mereka untuk bercerai. Jika akta itu tidak dibatalkan maka mereka harus menikah kembali.

78 No. 52/G/PTUN-Bdg./1995 jo. no. 132/B/1996/PTTUN-Jkt. jo. no. 340 K/TUN/1998.

79 No. 18/G/PTUN-Bdg./1998 jo. no. 178/B/1998/PTTUN Jkt jo. no. 359 K/TUN/1999.

80 No. 161/G.TUN/1999/PTUN-JKT jo. no. 103/B/2000/PT.TUN.JKT jo. no. 66K/TUN/2001.

81 No. 17/G/PTUN-BDG/1998 jo. no. 06/B/PT.TUN.JKT jo. no. 358K/TUN/1999.

82 No. 46/G/PTUN-Bdg/1999 jo. 66/B/2000/PT.TUN.JKT jo. 289 K/TUN/2001.

penggugat sering pulang dengan tangan hampa dan PTUN semakin rentan menjadi sasaran kritik. Untuk mengklarifikasi: hampir semua perkara PTUN yang berhasil dieksekusi adalah perkara yang jelas berada di luar kompetensi pengadilan negeri.<sup>83</sup>

Seperti yang sudah dibahas di atas, persepsi tentang non-eksekusi tidak banyak berhubungan dengan persoalan yang mendasarinya, tetapi lebih mengenai penggambaran pejabat negara sebagai pihak yang korup dan arogan. Hal ini telah berujung pada amandemen UU PTUN yang sekarang menambahkan aturan mengenai denda harian atau uang paksa dalam hal tidak dilaksanakannya putusan,<sup>84</sup> dan juru sita bertugas mengumpulkan uang denda tersebut.<sup>85</sup> Karena kompetensi juru sita belum pernah dijelaskan maka menjadi tidak jelas apa yang harus ia lakukan jika ada pejabat negara yang menolak untuk membayar uang denda. Tentu saja terdapat perkara-perkara yang benar-benar berada dalam kompetensi PTUN di mana pejabat negara menolak untuk melaksanakan putusan PTUN.<sup>86</sup> Untuk perkara-perkara tersebut keberadaan denda dan juru sita merupakan tindakan yang layak. Akan tetapi, jika kita mengambil data yang dikumpulkan oleh Fachruddin sebagai ukuran, sebagian besar perkara non-eksekusi di PTUN disebabkan karena ketidakjelasan kompetensi.

### **Kesimpulan**

Setelah lima belas tahun setelah PTUN mulai beroperasi, kesimpulan yang tidak terelakkan adalah bahwa pengadilan ini belum memberikan perbaikan-perbaikan yang diasosiasikan dengan kekhususan dan kemandirian. Sebaliknya, dengan merancang sebuah sistem yang kompetensinya tidak cukup luas ataupun selaras dengan kompetensi pengadilan negeri, pembuat undang-undang sepertinya justru malah menciptakan permasalahan peradilan. Logika politik dari keputusan rezim Orde Baru untuk mengintrodusir PTUN menjelaskan mengapa PTUN dirancang dengan kompetensi seperti itu. Akan tetapi, tidak

83 Fachruddin menyediakan sebagian besar data pada hal ini. Tiga putusan tentang penunjukkan para penggugat sebagai anggota DPRD Jawa Barat (No. 64/G/1999/PTUN-Bdg. jo. no. 69/B/2000/PTTUN Jkt. Jo. No. 207K/TUN/2001; No. 64/ PEN/G/1999/PTUN-Bdg; No. 80/G/2000/PTUN-Bdg.), satu putusan mengenai sebidang tanah (No. 18/G/PTUN-BDG/1994), satu putusan mengenai pencabutan izin mengadakan acara yang disertai suara hingar-bingar (No. 58/G/PEN/1998/PTUN-BDG and 58/G/PTUN-BDG/1998)

84 UU PTUN pasal 116 ayat (4).

85 UU PTUN pasal 39 ayat (A-E).

86 F.H. Winarta, 'Pelaksanaan Putusan PTUN dan Perwujudan *Civil Society*', *Sinar Harapan* 26-7-2004 (<http://www.sinarharapan.co.id/berita/0407/26/opi01.html>).

seorang pun akan menduga bahwa untuk menyelesaikan perkara-perkara yang 'biasa' PTUN justru mempersulit hal ini sedemikian rupa.

Kelangkaan perkara telah mendorong para hakim untuk terus-menerus melakukan perluasan kompetensi dan menjadi '*shopping forums*' yang merugikan kepastian hukum. Hal ini tidak saja terlihat dari banyaknya putusan yang ditolak oleh Mahkamah Agung atas dasar gugatan yang tidak dapat diterima, namun juga dari banyaknya kasus yang ditolak pada tahap banding, kasasi dan akhirnya pada tahap peninjauan kembali. Akhir-akhir ini telah muncul beberapa perbaikan terhadap persoalan ini, namun kurangnya komunikasi yang efektif di dalam sistem peradilan telah memperlambat proses perbaikan tersebut secara signifikan. Intervensi legislatif seperti memasukkan prinsip-prinsip baru tata usaha negara yang layak daripada mengkodifikasi segala hal yang berkenaan dengan praktik PTUN justru telah menghalangi langkah-langkah perbaikan.

Permasalahan yang paling besar mungkin menyangkut persoalan kompetensi yang telah melebar pada tahap eksekusi dari putusan PTUN. Meskipun keluhan mengenai persoalan non-eksekusi sering diungkap dalam berbagai media massa di Indonesia, dan biasanya menyalahkan arogansi kekuasaan, analisa dari perkara-perkara tersebut telah menunjukkan bahwa banyak pejabat negara yang bertanggung jawab atas eksekusi tidak melakukan kewajibannya karena memiliki alasan yang layak. Seperti yang dipaparkan, sebagian besar dari perkara yang tidak dapat diimplementasikan itu menyangkut sengketa pertanahan di mana PTUN mengabaikan persoalan hukum perdata yang ada didalam perkara-perkara tersebut – terkadang putusan yang dikeluarkan oleh PTUN bahkan bertentangan dengan putusan pengadilan negeri. Bagaimanapun juga, saya meragukan bahwa penerapan sistem baru tentang denda harian (uang paksa dalam hal tidak dilaksanakannya putusan) yang dikumpulkan oleh juru sita akan memperbaiki situasi tersebut.

Gambaran ini menunjukkan bahwa tugas pertama bagi para perancang lembaga peradilan yang baru dalam suatu bidang hukum yang khusus adalah: memberikan perhatian serius dalam hal pengharmonisasian kompetensi antara lembaga yang baru dengan lembaga yang sudah ada. Dalam melakukan proses ini mereka juga harus menyadari kondisi-kondisi praktis yang dihadapi oleh para hakim. Membatasi kompetensi menjadi terlalu sempit (termasuk membatasi kompetensi untuk melakukan uji material), dan terlalu sedikitnya jumlah perkara yang ditangani, akan menyebabkan hakim menjadi rentan untuk melakukan *shopping forums*. Tidak cukupnya gaji

para hakim, penyebaran korupsi, dan kurangnya kontrol hierarkis akan memperkuat proses *shopping forums* dan akhirnya menyebabkan situasi di mana pengadilan-pengadilan justru mempersulit persoalan daripada memecahkannya.

Ini memunculkan pertanyaan apakah sebaiknya kita kembali kepada unifikasi dari sistem peradilan dengan menghilangkan PTUN. Akan tetapi, terlepas dari semua hasil pengamatan yang kurang baik mengenai kinerja PTUN, sesungguhnya PTUN telah menghasilkan prestasi-prestasi penting. Fungsi mereka sebagai sebuah simbol perlawanan atas kekuasaan negara tidak boleh diremehkan dan keberadaan PTUN telah mendorong banyak pejabat dan lembaga negara untuk menjalankan tugasnya dengan lebih hati-hati. Selain itu, rekam jejak PTUN dalam kasus-kasus di lingkup kompetensinya tidaklah buruk. Sebelum kita memutuskan untuk menghilangkan sebuah lembaga peradilan seperti PTUN, maka kita perlu melakukan kajian atas perkara-perkara yang jelas-jelas berada dalam lingkup kompetensinya.

Oleh karena itu, usulan yang paling tepat tampaknya adalah mencabut kompetensi PTUN dalam perkara di bidang pertanahan, dan di saat yang bersamaan memperluas kompetensi PTUN dengan keputusan yang bersifat umum dan kompetensi penuh untuk menetapkan ganti rugi. Jika perubahan-perubahan tersebut tidak juga memberikan perbaikan, maka sebaiknya PTUN disatukan kembali dengan lembaga-lembaga peradilan lainnya. Namun, hal itu sepertinya tidak akan terjadi dalam waktu dekat. Prediksi saya, kita akan melihat didirikannya lembaga peradilan khusus yang lain, yaitu Peradilan Pertanahan yang akan menangani tidak hanya aspek hukum perdata namun juga aspek tata usaha negara dalam sengketa pertanahan. Lembaga ini mungkin akan dilebur dengan PTUN.

## Daftar pustaka

- Ali, C. (ed.) (1978), *Yurisprudensi Indonesia tentang Perbuatan Melanggar Hukum oleh Penguasa (Onrechtmatige Overheidsdaad): Tahun 1950 s.d Tahun 1977*. Bandung: Binacipta.
- Bedner, A.W. (2001a), *Administrative Courts in Indonesia: A Socio-Legal Study*. The Hague: Kluwer Law International.
- Bedner, A.W. (2001b), 'De Indonesische Bestuursrechtspraak: Een Windmolen tussen de Sawah's?', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 6 : 149–56.
- Bourchier, D. (1999), 'Magic Memos, Collusion and Judges with Attitudes: Notes on the Politics of Law in Contemporary Indonesia', dalam K. Jayasurya (ed.), *Law, Capitalism and Power in Asia: The Rule of Law and Legal Institutions*. London: Routledge.
- Cammack, M. (2009) 'The Indonesian Human Rights Court', dalam Harding, A. and P. Nicholson, *New Courts in Asia*. Oxford: Hart Publishing.
- Fachrudin, I. (2004), *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*. Bandung: P.T. Alumni.
- Hamidi J. (1999), 'Penerapan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan Yang Layak (AAUPPL) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia'. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Hendrianto (2009) "Institutional Choice and The New Indonesian Constitutional Court." dalam Harding, A. and P. Nicholson, *New Courts in Asia*. Oxford: Hart Publishing.
- Indroharto (1993), *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Buku I: Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- Indroharto (1993), *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Buku II: Beracara di Pengadilan Tata Usaha Negara*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- Lev, D.S. (1978), 'Judicial Authority and the Struggle for an Indonesian Rechtsstaat', *Law & Society Review* 12 (13): 37–71.
- Linnan, D. K. (2009) 'Reading the Tea Leaves in the Indonesian Commercial Court: A Cautionary Tale, But for Whom?' dalam Harding, A. and P. Nicholson, *New Courts in Asia*. Oxford: Hart Publishing.
- Lotulung, P. (1996), 'Development of the Administrative Jurisdiction on Tax Cases in Indonesia', *Indonesian Law and Administration Review* 1: 28-31.
- Pompe, S. (2005), *The Indonesian Supreme Court: A Study of Institutional Collapse*. Ithaca: Cornell Southeast Asia Program.
- Tahyar, B. (2009) 'The Politics of Indonesia's Anti-Corruption Court.' dalam Harding, A. and P. Nicholson, *New Courts in Asia*. Oxford: Hart Publishing.
- Wijoyo, S. (2004), 'AMDAL Dalam Gugatan Hukum: Studi Kasus Gugatan Terhadap AMDAL Reklamasi Pantura Jakarta', makalah dipresentasikan dalam seminar yang diselenggarakan oleh LP3ES, Jakarta, 27 Januari.



# INDEKS

## A

- Aalders, M.V.C. 190, 205  
Abel, R. 89, 91, 98, 112  
adat-recht 30  
Adatrechtbundels 35, 36, 42, 155  
Afrika Selatan 42, 138, 141  
akses terhadap keadilan ix, xii, 71, 81–94,  
96–98, 100–102, 104–106, 108, 111,  
243, 244  
Algemene Rechtsleer 12. *Lihat juga* Al-  
gemene Rechtswetenschappen  
Algemene Rechtswetenschappen 12  
Alternative Dispute Settlement 12  
Amerika 3, 4, 48, 117, 118, 126, 129, 130,  
135, 138, 141, 161, 181, 196  
analisis wacana 5  
Anglo Saxon 46  
Anti Discrimination Law 12  
Antropologi Hukum 1, 4, 14, 17, 157, 243  
Aristoteles 48, 55, 58, 69  
Asia Selatan 7  
Asia Timur 35  
Aubert, V. 189, 190, 191, 200, 205

## B

- badan yudikatif 76  
bahasa Arab 22  
Bali iv, 37  
Banakar, R. 6  
Bandung 219, 222, 226, 227, 230, 231, 232,  
234, 236, 240  
Bank Dunia 66, 84, 98, 119, 145  
bantuan hukum x, 62, 75, 82, 83, 93, 97,  
99, 144, 178  
Batam 158, 169  
Batavia 10, 21, 22, 32, 35, 42, 116. *Lihat  
juga* Jakarta  
Baud, J.C. 20  
Bedner, A.W. ix–xii, 45, 81, 85, 90, 107,  
112, 123, 144, 148, 149, 200, 209,  
211, 212, 215–218, 220–222, 224,  
228, 229, 233, 240, 243  
Belanda v  
Benda-Beckmann F. von viii, 2, 7, 17, 18,  
160, 161, 163–166, 169, 170, 193,  
205  
Benda-Beckmann K. von viii, 2, 17, 18,  
84, 100, 122, 160, 161, 163–166, 169,  
170, 193, 205  
Berg, L.W.C. van 22, 25, 151, 152  
Bertling, C.T. 43

- biro hukum 184, 229  
Black, D.J. 80, 101, 112, 207  
Boeke, J. 37, 44  
Bogota 155, 159  
Bourdieu, P. 88, 96, 97, 112  
Brand, J. van den 27  
Bugis 2, 166  
bumiputera 19, 23–27, 34, 38–43, 115  
BUMN 216  
Buyskes, A.A. 22  
Buyung Nasution, A. 134

## C

- Cappelletti, M. 84, 112  
carok 2, 166  
Carothers, T. 1, 47, 53, 78, 79, 106, 112  
Center for Migration Law 13  
Center for State and Law 13  
Cina 13, 32, 56, 70, 117, 118, 123, 124,  
126, 136, 138–140, 143, 144, 158,  
185, 186, 188, 202  
Comparative Legal Cultures 12  
Cotterrell, R. 10, 11  
cultural studies 5

## D

- Damsté, H.T. 42  
Dayak 37  
De Jong, J.de 42  
Delden, C.H. van 26, 27  
Delft 21, 244  
Deli 26, 27  
demokrasi 50, 52, 54, 58, 62–66, 69, 107,  
133, 134, 159, 161, 171, 181, 182,  
187, 192  
Den Haag 32, 36, 152, 155, 206, 208  
De Soto, H. 135  
Deventer, C.Th. van 27, 38, 156, 205, 206  
Dewan Perwakilan Rakyat xiii, 176

## E

- Engelbrecht, W.A. 22  
era Reformasi 161  
Eropa v, 3, 19, 32, 40, 118, 119, 126, 129,  
134, 142, 146, 160, 173, 196, 199

## F

- Fachruddin, I. 219, 230, 234–237, 240  
Falk Moore, S. 164, 174, 189, 192, 205  
Fallon, R. 46



## Indeks

- Faundez, J. 51, 66, 78, 119, 129, 145, 146, 150, 171, 197, 205  
Felstiner, W. 89, 91, 98, 112  
filsafat hukum 11, 158  
fragmentasi hukum 178
- G**
- Garth, B. 84, 85, 112, 195, 197, 205  
Gender dan Hukum 15  
Genn, H. 84  
globalisasi 13, 138, 157–159, 161–165, 167, 168  
glokalisasi 158, 159, 163, 167, 168  
glokalisasi hukum 163, 168  
Gondokoesoemo 38  
Good Governance 146, 152, 153, 154, 155, 205, 207  
Graaff, S. de 39  
Griffiths, A. 7, 17, 18, 157, 169, 170, 189, 192, 206
- H**
- Haar, B. ter 37, 42  
Habermas, J. 62  
hak asasi manusia 7, 49, 50, 53, 54, 63, 65–69, 71, 72, 85, 86, 91, 97, 105, 127, 131, 134, 159–162, 166, 171, 174, 176, 188  
Hay, D. 70, 78  
Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië 33, 36. *Lihat juga* Hukum Adat Hindia Belanda  
Heutsz, J.B. van 34  
hibrida hukum 162  
Hindia Belanda 19–22, 25–29, 31–36, 38–40, 42, 44, 57, 61, 115–117  
Hindu 32, 35, 37, 118  
History of Law 12  
Holleman, J.F. 39, 40, 42, 116, 117, 151, 166  
Holmes, S. 49  
Hukum Adat Hindia Belanda 31, 33, 116, 117  
hukum administrasi 30, 42, 58, 115, 128, 136, 140, 147, 194  
hukum administrasi negara 147  
hukum alam 58, 62, 64  
hukum bisnis 12  
Hukum dan Masyarakat 11, 14, 15, 157  
hukum internasional 12, 29, 30, 116, 118, 120, 142, 148, 158, 160–162, 167, 168, 176  
hukum Islam 21, 22, 25–27, 31, 76, 120, 132  
hukum kolonial 22, 23, 29, 38, 39, 41, 176, 202  
hukum lingkungan 5, 147  
hukum nasional 86, 116, 119, 125–127, 131, 132, 148, 161, 176, 188, 192, 194  
hukum negara x, 2, 4, 84, 88, 90, 98, 100, 118, 119, 125, 157, 163, 166, 167, 171, 176, 178, 188, 193  
hukum positif 64, 143  
hukum sosialis 176  
hukum tanah 147, 244
- I**
- Idema, H.A. 42  
Idenburg, A.W.F. 38  
Ihromi, T.O. viii, 10, 14, 17  
independensi peradilan 69, 70, 73, 209  
India 34, 71, 78, 115, 127, 132, 135, 136, 138, 139, 143, 151, 154, 188  
Indische rechtswetenschap 21, 22  
Indonesia iv–xii, 1, 3, 7, 9–15, 17, 27, 31, 33, 35, 37–40, 43, 45, 46, 48, 62, 78, 84, 87, 99, 100, 112–115, 121, 123, 124, 128, 132, 134, 136, 137, 140, 144, 149–157, 159–162, 169, 188, 206, 209, 211–214, 218, 220, 227, 232, 233, 238, 240, 243, 244  
Indroharto 216, 221–223, 227, 240  
Inggris 3, 7, 19, 23, 25, 31, 45, 48, 61, 81, 84, 115, 123, 133, 171, 209  
inlander 116. *Lihat juga* bumiputra  
Institute for Sociology of Law 13  
instrumen hukum 15, 48, 81, 106, 160, 161, 162  
Islam 21, 22, 25–27, 31, 33, 35, 76, 118, 119, 120, 128, 132, 141, 144, 149, 150, 153, 157, 186
- J**
- Jakarta iv, 1, 17, 18, 45, 62, 113, 114, 134, 149, 157, 159, 214, 215, 217–219, 228, 230–232, 240  
Jawa 27, 37, 57, 214, 237  
Jepang 42, 61, 118, 138, 158  
Jerman 42, 48, 58, 221, 243  
Jurisprudensi Feminis 9  
Justice, Safety and Security 12  
Juynboll, T.W. 42
- K**
- Kanada 162  
Katolik 33  
keadilan gender 5  
kebebasan pers 66, 124, 144  
kelompok elite 132, 135  
kemandirian yudisial 122, 215  
kepastian hukum yang nyata ix, x, 90, 103, 122

- Kitab Undang-Undang Hukum Dagang 20  
 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata 20  
 Kleinfeld, R. 46, 48, 51, 53, 54, 79  
 Koelie Ordonnantie 26  
 Kollewijn, R.D. 42, 117  
 Kolumbia 159  
 Koninklijke Akademie 21  
 konsepsi normatif 2, 8, 166  
 konsultan hukum 41, 129, 172, 182-185  
 kontrak sosial 128, 140  
 Korn, V.E. 37, 42, 117  
 korupsi berjamaah 2  
 Kristen 34, 157  
 Kusuma Atmadja 38
- L**
- landasan hukum 57, 58, 59, 116  
 Law and Culture' 12, 243  
 Law and Society 3, 12, 18, 78, 113, 151, 155, 169, 170, 207  
 Legalitas formal 55, 60, 62, 74, 107  
 Legal Systems Worldwide 12  
 Leiden iv, v, 11, 12, 13, 14, 18, 19, 21, 22, 24, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 78, 113, 115, 116, 117, 124, 131, 149, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 171, 206, 207, 243, 244  
 Lekkerkerker, J.T.C. 37  
 lembaga eksekutif 109, 110, 210  
 Lith, P.A. van der 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 30  
 Lockean 52  
 Logemann, J.H.A. 42, 117, 124, 125, 152  
 Lotulung, P. 220
- M**
- Madagaskar 33  
 Madura 2, 166  
 Mahkamah Agung 20, 38, 113, 211, 215-222, 224, 225, 230, 232, 233, 238, 244  
 Mahkamah Konstitusi 139, 141, 210  
 Makambombu, S. 88, 96  
 Malang 14  
 Mallinckrodt, J. 37  
 Marden, O. 83, 113  
 mazhab Leiden 24, 41  
 Merry, S.E. 6, 7, 17, 18, 66, 78, 79, 122, 160, 169  
 Mesir 118, 124, 134, 139  
 Metajuridica 12. *Lihat juga* Algemene Rechtswetenschappen  
 Meyer Ranneft, J.W. 42  
 Migration law 12
- Minerva 28  
 Montesquieu 69, 70  
 Multatuli 27  
 Muslim bumiputera 34
- N**
- Nederburgh, C.B. 27, 43  
 negara berkembang vi, ix, x, xii, 1, 2, 71, 84, 117-121, 123, 124, 125-138, 142, 143-148, 166, 171-176, 178, 181-184, 186-199, 202-204  
 Nehru, J. 128  
 New York 19, 78-80, 83, 112, 113, 149-152, 154, 156, 169, 207  
 Nolst Trenité, J.C. 41, 43
- O**
- Ombudsman 18, 72, 143, 151  
 Oppenheim, J. 29, 34  
 Orde Baru 140, 212, 213, 214, 230, 237  
 Ossenbruggen, F.D.E. van 31, 42  
 Otto, J.M. ix-xii, 1, 2, 18, 19, 87, 90, 103, 113, 115, 119, 120, 126, 139, 143-146, 148, 153, 171, 174-177, 185, 191, 200, 202, 206, 207, 243
- P**
- Peerenboom, R. 46, 47, 48, 50, 52, 53, 56, 64, 76, 79  
 penelitian hukum vi, vii, 5, 9, 13, 16, 134  
 penemuan hukum 6  
 pengadilan negeri 100, 111, 211, 213, 215, 217-219, 227-229, 234-238  
 Pengadilan Tata Usaha Negara xiii, 100, 210-240  
 Pengadilan Tindak Pidana Korupsi 72, 210  
 pengelolaan negara 49  
 penyuluhan hukum 144  
 perbuatan melawan hukum 10  
 Perserikatan Bangsa-Bangsa 49, 72, 161  
 Philosophy of Law 12, 13  
 Plato 48, 55, 58, 69  
 pluralisme hukum x, 5, 7, 14, 90, 124, 127, 142, 143, 157, 158, 164-168, 189, 193, 200, 243  
 politik etis 27, 38  
 positivisme hukum 9, 10  
 primordialisme 204  
 Pound, R. 4  
 profesi hukum 61, 62  
 proses peradilan yang baik 64  
 Protestan 33  
 Pusat Kajian Wanita dan Gender 6  
 putusan hakim 4, 6, 60-62, 123, 167, 175, 233

## Indeks

### R

Raja Willem I 20  
rasa keadilan 4, 6, 24, 230  
Ratu Wilhelmina 27  
Raz, J. 53, 56, 79, 105, 113  
reformasi hukum 14, 15, 70, 71, 129, 172, 175, 176, 179, 191, 194, 195, 198  
regulasi-mandiri 57  
relasi kekuasaan 5, 7, 11, 164, 166, 167  
Revolusi Kebudayaan 56  
ROLAX 81, 82, 88, 91–94, 96, 104, 111  
ROLGOM 107, 108, 109, 111  
Romawi 60, 64  
Royen, J.W. van 37  
rule by exception 56  
rule by law 55, 56, 139  
rule by men 56  
rule of law v, ix, 46–48, 51, 53, 56, 60, 78–80, 113, 119, 122, 128, 139, 161, 173

### S

Samia Bano 7  
Sarat, A. 84, 89, 91, 98, 99, 112, 113  
Scheffer, T. 6  
Schmitt, C. 58, 80  
Scholten van Oud-Haarlem, C.J. 20 10, 20  
Scotia Fundy 162  
Semarang 14, 219, 230–232  
Seneviratne 6  
Singapura 60, 158, 159  
siri 2, 166  
sistem hukum vi–xi, 4, 7, 22, 24, 29, 38, 39, 41, 43, 46, 53, 57, 61, 62, 65, 66, 68, 82–86, 90, 91, 98, 104–106, 116, 118–125, 129, 130–132, 134–141, 145, 147, 157, 160, 165–168, 176, 187, 195, 196, 198, 243  
Skandinavia 72  
Smith, A. 189  
Snellen, I.T.M. 179, 186, 207  
Snouck Hurgronje, C. 30, 35, 42 socio-logical jurisprudence 3, 4, 5, 15  
Sociology of Law 12, 13  
Soeharto 140, 209, 212, 213  
Soekarno 128, 133, 209  
Soepomo, R. vii, 35, 38, 40, 45  
sosiologi hukum 3, 4, 5, 11, 15, 85, 124, 137, 138, 146, 157  
Spanjaard, J. 21  
Srilanka 33  
Sumatra 26, 27, 214  
Surabaya 214, 216, 219  
Suriname 34  
Suwarni Saljo 161

### T

Tamanaha, B. 46–53, 56, 63, 67, 76, 80, 105–107, 113, 125, 129, 130, 137, 143, 146, 155, 170, 172, 197, 198, 207  
Tanzania 123, 137, 141, 152, 156  
Teori Hukum Feminis 9. *Lihat juga* Jurisprudensi Feminis  
Thomas Aquinas vii, 3, 6, 47, 48, 53, 106  
Thompson, E.P. 50, 61, 70, 80  
Timur Asing 33  
Toewater, J.H. 22

### U

uji hukum 213, 223  
Undang-Undang Dasar 1945 45, 140  
UNDP 82, 85–87, 89, 91, 93, 101, 103, 113  
Uni Soviet 127, 133, 144  
Universitas Amsterdam 11, 12  
Universitas Brawijaya 14  
Universitas Diponegoro 14  
Universitas Erasmus-Rotterdam 11  
Universitas Indonesia (UI) 1, 6, 14, 15, 157, 170, 243  
Universitas Leiden iv, v, 11, 12, 13, 14, 19, 21, 22, 31, 35, 115, 117, 124, 157, 243, 244  
Universitas Radboud-Nijmegen 11  
Universitas Utrecht 11, 12, 40, 41

### V

Vel, J. iv, ix, xii, 81, 88, 93, 96, 107, 244  
Veth, P.J. 21, 22  
Vietnam 70  
Vollenhoven, C. van vii, 13, 14, 18, 19, 24, 26–28, 30–32, 34–45, 61, 78, 115–117, 125, 141, 144, 148–151, 153, 155–57, 193, 206, 243, 244

### W

Wahid, A. 141  
warga negara ix, x, 46, 48, 49, 54, 55, 59, 62–65, 68, 70, 72, 75, 85, 88, 105–109, 118, 138, 182, 186, 200, 213, 216, 222, 228, 229  
Watson, A. 146, 172, 195, 196, 198, 207  
Weber, M. 60, 122, 138, 151  
Wheeler, S. 3  
Wichers, Jhr. H.L. 20  
Wignjosoebroto, S. viii, 4, 18, 134, 156  
Wilken 31  
Witteveen 189, 191, 207

### Y

Yunani 32, 48, 52, 64, 244

# TENTANG PENULIS

**Jan Michiel Otto**, profesor ilmu hukum dalam bidang kajian *Law and Governance in Developing Countries* dan direktur Van Vollenhoven Institut, Fakultas Hukum Universitas Leiden. Ia menempuh pendidikan tinggi hukum di Universitas Leiden dan menulis disertasi tentang administrasi publik masyarakat pedesaan di Mesir. Sejak tahun 1983, ia telah melakukan studi-studi komparatif hukum, pemerintahan dan pembangunan di Asia, Afrika, dan Timur Tengah.

**Adriaan W. Bedner** adalah dosen tetap hukum Indonesia di Van Vollenhoven Institut, Fakultas Hukum Universitas Leiden. Dia mulai berfokus kepada sistem hukum Indonesia pada tahun 1992 dan penelitian doktoralnya membahas mengenai Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia. Ia terlibat dalam banyak penelitian sosio-legal Indonesia lainnya, terutama mengenai lingkungan, akses terhadap keadilan dan negara hukum. Dalam rangka kegiatan penelitian-penelitian tersebut, ia bekerja sama dengan banyak institusi di Indonesia, antara lain Universitas Indonesia, Universitas Parahyangan, Universitas Padjadjaran, ICEL, HUMA, etc. Ia juga menjabat di beberapa *steering boards* dalam program penelitian dan pendidikan mengenai sistem hukum Indonesia dan membimbing calon S3 dari Indonesia, Belanda, Australia dan Jerman. Selain mengajar mata kuliah 'Law and Governance in Indonesia' dan 'Law and Culture' di Universitas Leiden, ia juga terlibat dalam beberapa program pendidikan sosio-legal di Indonesia.

**Sulistyowati Irianto** adalah guru besar dalam bidang antropologi hukum di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (FHUI). Ia mendapatkan gelar magister dalam bidang antropologi hukum dari Universitas Leiden dan Universitas Indonesia pada tahun 1990, serta gelar doktor dalam bidang yang sama dari UI pada tahun 2000. Ia mengajar mata kuliah 'Antropologi Hukum' dan 'Perempuan dan Hukum' di FHUI. Saat ini menjabat sebagai Ketua Pusat Studi Wanita dan Jender dan anggota pengurus dari *the International Commission on Legal Pluralism* sejak tahun 2006. Ia banyak memberi perhatian pada kajian-kajian pluralisme hukum serta hukum dan kemasyarakatan. Ia telah melakukan banyak penelitian pada bidang-bidang tersebut dan karya penelitian terbarunya meliputi: 'Akses Keadilan dan Migrasi Global: Kisah Perempuan Indonesia Pekerja Domestik di Uni Emirat Arab' (2008-2011); *Negotiating and Contesting Inheritance Law: Socio-Legal Position of Indonesian Moslem Women* (2009-2012).

**Sebastian Pompe** telah bekerja selama bertahun-tahun di Van Vollenhoven Institut, Fakultas Hukum Universitas Leiden, di mana pada saat itu ia telah menghasilkan berbagai karya, salah satunya adalah disertasi doctoral mengenai Mahkamah Agung Indonesia. Saat ini, ia bekerja di *International Monetary Fund* sebagai konsultan reformasi peradilan di Yunani dan Portugal. Pada tahun 1998-2005 ia pernah melakukan konsultasi untuk lembaga yang sama untuk reformasi peradilan di Indonesia.

**Jacqueline Vel**, meraih gelar doktor dari Universitas Wageningen (antropologi hukum). Ia memiliki pengalaman panjang sebagai seorang peneliti sosio-legal tentang Indonesia, khususnya wilayah Sumba. Sejak 1 Januari 2010 ia bertugas sebagai koordinator program penelitian 'JARAK: The commoditization of an alternative biofuel crop in Indonesia', yang didanai oleh *the Royal Dutch Academy of Arts and Sciences* melalui program *the Scientific Programme Indonesia-Netherlands SPIN*). Kini ia terlibat dalam penelitian-penelitian tentang hukum tanah, akses terhadap keadilan dan aspek sosio-legal dari produksi biofuel di Indonesia. Bukunya tentang politik lokal dan demokratisasi di Indonesia bagian Timur berjudul 'Uma politics: An ethnography of democratization in West Sumba, 1986-2000' yang diterbitkan oleh KITLV Press pada tahun 2008. Pada tahun 2010, versi bahasa Indonesia dari disertasinya telah diterbitkan dengan judul 'Ekonomi Uma: Penerapan adat dalam dinamika ekonomi berbasis kekerabatan'.

**Julia Arnscheidt** melakukan penelitian tentang hukum dan kebijakan konservasi lingkungan di Indonesia dalam rangka studi doctoralnya di Van Vollenhoven Institut, Fakultas Hukum Universitas Leiden. Saat ini ia memiliki lembaga pelatihan profesional di Schiermonnikoog.

**Suzan Stoter** adalah dosen hukum tata negara dan tata usaha negara di Universitas Erasmus Rotterdam dan dosen hukum di Universitas Teknik Delft. Sebagai ahli hukum tata negara, ia kerap terlibat dalam pembuatan legislasi di Belanda sebagai konsultan dan peneliti hukum.



SERI UNSUR-UNSUR PENYUSUN  
BANGUNAN NEGARA HUKUM

Buku ini ditujukan untuk memperkuat ikhtiar pengembangan negara hukum (*rule of law*) Indonesia, membantu Indonesia mengembangkan tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*) dan memajukan pembangunan ekonomi (*economic development*) dan keadilan sosial (*social justice*).

Sejak awal proyek, dirancang serangkaian lokakarya yang mencakup bidang-bidang kajian hukum perburuhan, hukum pidana, hukum keperdataan, dan studi sosio-legal. Sebagai perwujudan rencana tersebut antara Januari 2010 dan Juli 2011, tigabelas lokakarya yang mencakup bidang-bidang kajian di atas diselenggarakan di sejumlah lokasi berbeda di Indonesia. Lokakarya demikian melibatkan pengajar-pengajar hukum terkemuka, baik dari Universitas Leiden dan Groningen maupun dari fakultas-fakultas hukum di Indonesia.

Peserta lokakarya adalah staf pengajar dari kurang lebih delapanpuluh fakultas hukum dari universitas-universitas di seluruh Indonesia.

Buku pegangan ini merupakan rangkaian "Seri Unsur-Unsur Penyusun Bangunan Negara Hukum" dan kumpulan tulisan dari para instruktur dari Belanda dan Indonesia serta mengakomodasi masukan-masukan berharga dari peserta lokakarya merupakan hasil konkret dari proyek tersebut.



ISBN 978-979-3770-75-4

