

BAB II TINJAUAN TEORI

A. Universalisme (*universalism*) dan Relativisme Budaya (*cultural relativism*)

1. Universalisme (*universalism*)

Secara filosofis, universalisme hadir melalui alur pikir beberapa filsuf Yunani Klasik seperti Socrates dan Aristoteles. Socrates adalah seorang filsuf yang selalu berusaha mencari kebenaran universal.²⁸ Sedangkan Aristoteles, dalam suatu karyanya *Nicomachean Ethics* secara detail menguraikan suatu argumentasi yang mendukung keberadaan ketertiban moral yang bersifat alamiah.²⁹

Secara sederhana dapat dipahami bahwa kedua filsuf tersebut mengasumsikan akan adanya keberadaan suatu nilai moral universal. Universalisme moral bermaksud meletakkan keberadaan kebenaran moral yang bersifat lintas budaya dan lintas sejarah dapat diidentifikasi secara rasional. Dalam perkembangannya, pandangan akan adanya keberadaan suatu nilai moral universal ini mendapat dukungan dari Jhon Locke, salah seorang filsuf abad 17 dan berkembang ke arah pandangan hak kodrati.

Dalam dua karangan, *The First Treatise of Government* dan *The Second Treatise of Government* Locke mengajukan pandangannya. Dalam karangan pertama, Locke menolak kedudukan Raja sebagai sesuatu yang bersifat illahiah karena menurutnya tidak terdapat alasan logis dan teologis untuk mendukung

²⁸ Eko Riyadi, *Hukum Hak Asasi Manusia* (perspektif internasional, regional dan nasional), PT. RajaGrafindo Persada, Depok, 2018, hlm. 32

²⁹ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, cet. III, Pusham UII, Yogyakarta, 2015, hlm. 19

hal tersebut. Dalam buku kedua barulah Locke menyatakan bahwa manusia merupakan makhluk yang terlahir dengan hak-hak kodrati.

Menurut Stanley, abad 17 dan 18 merupakan permulaan awal berkembangnya pandangan tentang hak kodrati. Pada awal perkembangannya hak kodrati tersebut berwatak religius dengan asumsi bahwa “setiap manusia sama dihadapan tuhan”. Namun dalam perkembangannya, watak religius tersebut hilang atau beralih sekuler tatkala berubah menjadi pandangan hak asasi manusia, dengan asumsi bahwa “setiap manusia sama dihadapan hukum”.

Secara sosiologis, universalisme hak asasi manusia erat kaitannya dengan sistem negara abad ke-25 dimana setiap orang terbelenggu oleh otoritas negara dan tidak ada satupun kelompok yang terbebas dari otoritas ini.³⁰ Dalam keadaan demikian, lalu muncullah dorongan akan perlindungan dan penghormatan terhadap privasi dan individu dari gangguan masyarakat, keluarga dan terutama negara.

Universalisme HAM merupakan pernyataan dan tuntutan terhadap pengakuan bahwa hak-hak manusia yang asasi adalah bagian kodrati yang inheren pada setiap pribadi manusia, tak peduli apapun warna kulitnya, jenis kelaminnya, usia, latar belakang kultural, agama atau spiritualitasnya. Dengan kata lain, paham HAM universal bermaksud melampaui semua batasan primordialisme.³¹

³⁰ Eko Riyadi, *Op.Cit*, 2018, hlm. 34

³¹ Soetandyo wignjosubroto, dalam Adnan B Nasution, *Ham dan Demokrasi (Arus Pemikiran Konstitusionalisme)*, Kata Penerbit, Jakarta, 2007, hlm. xiv

Berkaitan dengan hal tersebut, Rhoda E. Howard, seorang pendukung paham universalisme menyatakan bahwa hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki manusia karena ia adalah manusia. Setiap manusia memiliki hak asasi yang tidak boleh diingkari dan dicabut kecuali dengan keputusan hukum yang adil. Konsepsi hak asasi manusia menganggap bahwa perbedaan ras, jenis kelamin, gender, dan agama tidak lagi relevan secara politik dan hukum serta menuntut adanya perlakuan yang sama bagi semua orang.³²

Menurut universalisme, hak asasi manusia haruslah sama di semua tempat. Sebab hak asasi manusia merupakan hak yang dimiliki manusia karena ia adalah manusia. Tiap-tiap manusia memiliki hak asasi. Kendatipun demikian universalisme pada dasarnya memungkinkan hak-hak universal itu dipengaruhi secara kebudayaan bentuk-bentuk implementasinya, seperti hak atas peradilan yang *fair*. Hak ini tidak menuntut keharusan untuk mengikuti salah satu model peradilan yang ada, namun negara berwenang menggunakan mekanisme sesuai sistem hukum yang berlaku di negaranya dengan patokan bahwa hak atas peradilan yang *fair* dapat terpenuhi.³³

2. Relativisme Budaya (*Cultural Relativism*)

Secara filosofis, relativisme budaya merupakan paham yang berangkat dari ide umum yang menyatakan bahwa karakter moral bersifat relatif. Dalam kaitannya dengan hak asasi manusia, relativisme budaya muncul menjelang berakhirnya perang dingin sebagai antitesa terhadap klaim universal dari

³² Rhoda E. Howard, *Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya* (terjemahan), PT. Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2000, hlm 1

³³ Eko Riyadi, *Op.Cit*, 2018, hlm. 33

gagasan hak asasi manusia internasional.³⁴ Menurut Jack Donnelly, gagasan tentang relativisme budaya mendalilkan bahwa kebudayaan merupakan satu-satunya sumber keabsahan hak atau kaidah moral.³⁵

Relativisme budaya merupakan suatu pandangan yang menolak konsepsi universalis dengan asumsi bahwa universalisme merupakan dominasi budaya barat. Menurut relativisme budaya, hak asasi manusia harus disesuaikan dengan konteks kebudayaan masing-masing masyarakat. Pandangan bahwa konsep hak asasi manusia harus disesuaikan dengan konteks kebudayaan ini diusung oleh negara berkembang, negara islam dan negara dunia ketiga pada dasawarsa 1990-an.³⁶

Aktor yang dikenal memelopori pandangan relativisme budaya ialah Lee Kwan Yew (Singapura) dan Mahathir Muhammad (Malaysia). Lee Kwan Yew menyatakan dalam sebuah ceramahnya di Jepang bahwa “di Asia Tenggara yang dicari itu tidak begitu berkaitan dengan demokrasi, melainkan dengan pemerintahan yang bertanggungjawab, yakni satu kepemimpinan yang transparan dan tidak korup”. Menurut Lee, yang terlebih dahulu dicari oleh bangsa-bangsa di Asia adalah pembangunan ekonomi yang ditopang dengan kepemimpinan yang kuat, bukan memberikan kebebasan dan hak asasi manusia.³⁷

³⁴ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Op.Cit*, 2015, hlm. 20

³⁵ Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2003, hlm. 89-93

³⁶ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Op.Cit*, 2015, hlm. 20

³⁷ *Ibid.*, hlm. 21

Dengan maksud yang hampir sama, Mahathir Mohammad menyatakan bahwa “saat kemiskinan dan tidak tersedianya pangan yang memadai masih merajalela, dan kebutuhan-kebutuhan dasar rakyat tidak terjamin, maka prioritas mesti diberikan kepada pembangunan ekonomi”.³⁸ Atas dasar ini Mahathir menolak pemaksaan standar-standar hak asasi manusia dari satu negara ke negara lain. Singkatnya, oleh kedua aktor Asia ini, ide hak asasi manusia tidak urgen bagi bangsa Asia.

Lebih lanjut para pemimpin dan cendekiawan negara-negara di kawasan Lembah Pasifik Barat, mengajukan klaim tentang “nilai-nilai Asia” (Asian Values). Menurut mereka *Asian Values* lebih relevan untuk kemajuan dikawasan ini, ketimbang “nilai-nilai Barat” seperti hak asasi manusia dan demokrasi.³⁹ Klaim terhadap nilai-nilai Asia ini tampak ingin menegaskan ke dunia (khususnya barat) bahwa Asia punya nilai dan budayanya sendiri dalam mengatur kehidupan (sosial dan politik).

Demikianlah terlihat bahwa oleh relativisme budaya, hak asasi manusia dan aturan moralitas harus disandikan sesuai dan tergantung pada konteks budaya. Atau dengan kata lain relativisme budaya menyatakan bahwa gagasan tentang hak dan aturan moral harus dibuat secara berbeda-beda karena akar dari budaya juga berbeda-beda.

Menurut pandangan relativis, tidak ada ide hak asasi manusia lintas budaya yang dapat disepakati dan tidak ada budaya yang dibolehkan untuk

³⁸ Mahathir Mohammad, “Keynote Address”, dalam laporan “International Conference Rethinking Human Rights”, yang diselenggarakan oleh JUST, Kuala Lumpur, 1994

³⁹ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Op.Cit*, 2015, hlm. 21

dipaksakan dipahami dan dipraktekkan oleh negara lain. Lebih lanjut mereka menyatakan bahwa perlindungan dan instrumentalisasi hak asasi manusia adalah bentuk arogansi atau penjajahan budaya dari bangsa barat.⁴⁰ Menurut pandangan ini, universalisme akan merusak keragaman budaya dan membentuk hegemonisasi budaya menuju satu dunia modern.⁴¹

Rhoda E. Howard mengidentifikasi terdapat lima kelompok yang menentang doktrin universalisme, antara lain kelompok kapitalisme radikal, tradisionalisme, konservatisme reaksioner, kolektivisme kiri, dan status radical.⁴² Dari lima kelompok penentang universalisme, terdapat tiga diantaranya yang mendasari penentangannya dengan mengedepankan budaya. Ketiga kelompok tersebut ialah tradisionalis, kolektivis kiri, dan status radical.⁴³

Menurut Howard, Tradisionalis menolak hak asasi manusia terutama karena mereka takut hak tersebut akan merusak praktek budaya-budaya mereka. Golongan kolektivis kiri berpendapat bahwa hak asasi manusia individual terlalu memusatkan perhatian pada hak individu dengan mengorbankan masyarakat dan budaya mereka di Dunia Ketiga. Golongan status radical menolak budaya rasionalis, kompetitif, dan individualis, yang menurut mereka dipaksakan oleh hak asasi manusia pada anggota-anggota kelompok-kelompok status yang budayanya dilaksanakan dengan baik dalam lingkungan yang lebih santun, berempati, kooperatif, dan berorientasi kolektif.⁴⁴

⁴⁰ Eko Riyadi, *Op.Cit*, 2018, hlm. 33

⁴¹ Henry J. Steiner dan Philip Aston, *International Human Rights in Context, Law, Politics, Moral*, second edition, Oxford University Press, New York, 2000, Hlm. 367

⁴² Rhoda E. Howard, *Op.Cit*, 2000, hlm 3

⁴³ *Ibid.*, hlm 81

⁴⁴ *Ibid.*,

Secara sederhana, ketiga kelompok pandangan ini menolak atau keberatan atas konsepsi masyarakat barat modern tentang hak asasi manusia yang memberikan pengutamakan pada otonomi individu. Menurut ketiga pandangan ini, yang seharusnya dilakukan adalah otonomi budaya. Yang dimaksud dengan otonomi budaya adalah hak asasi manusia seharusnya dirumuskan oleh kelompok-kelompok atau kesatuan kolektif masing-masing dengan berpegangan pada norma-norma sosial kelompok tersebut.⁴⁵ Menurut Howard, dari pandangan otonomi budaya inilah yang kemudian melahirkan relativisme budaya.⁴⁶

Relativisme budaya merupakan strategi yang dipakai oleh beberapa pandangan komunitarian untuk mempertahankan cara hidup mereka yang ideal dari ancaman hak asasi manusia liberal. Norma yang mendasari relativisme budaya adalah nostalgia kesederhanaan masyarakat komunitarian yang telah hilang (+) ditambah dengan romantisasi kaum primitif secara umum.⁴⁷

Relativisme yang dibangun atas dasar atau pondasi demikian oleh Howard dinamakan sebagai absolutisme budaya. Absolutisme budaya menempatkan budaya sebagai nilai etis tertinggi. Budaya dijadikan lebih bernilai etis daripada sebagai prinsip keadilan universal.⁴⁸ Oleh karena itu, ketika budaya dijadikan sebagai nilai etis tertinggi maka hak asasi manusia tidak dapat didukung jika pelaksanaannya mengakibatkan perubahan dalam budaya itu sendiri.

⁴⁵ *Ibid.*, hlm 28-29

⁴⁶ *Ibid.*,

⁴⁷ *Ibid.*, hlm 81

⁴⁸ *Ibid.*, hlm 82

Secara tidak langsung relativisme budaya mengharuskan orang barat beranjak lebih jauh dari nilai-nilai dan prasangka-prasangkanya serta memandang budaya-budaya lain melalui sudut pandang penganutnya.⁴⁹ Dengan demikian relativisme budaya merupakan suatu metode analisis ilmiah sosial yang mempersepsi dan memaparkan gejala sosial dan budaya dari segi keberjarakan ilmiah atau idealnya, dari perspektif para penganut budaya yang bersangkutan.⁵⁰ Namun, kendati pun demikian relativisme budaya bukan semata-mata metode tapi juga suatu pendirian etis. Relativisme budaya memiliki suatu pendirian bahwa tak ada satu budaya atau adat istiadat apapun yang mendominasi budaya lain dalam pengertian moral.⁵¹

Menurut Howard, sampai ke titik ekstremanya relativisme budaya akan beralih menjadi absolutisme budaya yang nantinya akan membenarkan secara teoritis setiap praktek masyarakat pribumi dengan alasan praktek tersebut merupakan adat istiadat lokal. Serta diskusi-diskusi luar terkait pelanggaran hak asasi manusia oleh adat lokal akan dianggap tidak sah. Karena oleh absolutisme budaya, tidak seorangpun dari luar diperbolehkan menilai tentang institusi-institusi atau praktek-praktek sosial yang berbasis budaya.⁵²

Oleh Jack Donnelly, pandangan yang demikian yang menempatkan budaya sebagai satu-satunya sumber kesahihan hak moral atau kekuasaan dinamakannya sebagai kelompok relativisme budaya radikal.⁵³ Absolutisme

⁴⁹ *Ibid.*, hlm 83

⁵⁰ *Ibid.*, hlm 82

⁵¹ *Ibid.*, hlm 83

⁵² *Ibid.*,

⁵³ Jack Donnelly, *Op.Cit*, 2003, hlm. 109

budaya (Howard) dan atau relativisme budaya radikal (Donelly) berkembang dari relativisme budaya tapi tidak sama seperti relativisme budaya. Menurut Howard, Argumen-argumen relativisme budaya yang mengandung konsepsi bahwa budaya adalah nilai etis tertinggi sebenarnya merupakan konsepsi absolutisme budaya.⁵⁴

Terdapat tiga argumen absolutis menolak hak asasi manusia, diantaranya:⁵⁵

1. Absolutis yang mencampuradukkan prinsip dan praktek. Mereka menyatakan bahwa prinsip hak asasi manusia universal tidak bisa diterapkan, mengingat pada prakteknya tidak semua negara melindungi hak asasi manusia.
2. Absolutis prinsip, menyatakan bahwa hak asasi manusia universal tidak dapat dipertahankan karena sejatinya hak asasi manusia bukan suatu pandangan budaya universal.
3. Absolutis yang menyatakan bahwa universalisme tidak berdasar karena disampaikan secara tersirat, budaya-budaya pribumi menggantikan hak asasi manusia sebagai kebaikan sosial.

Menurut Howard, golongan absolutis budaya tidak sepenuhnya menolak etika golongan universalis seperti yang mereka nyatakan. Golongan absolutis budaya sebenarnya menganut sebuah hukum etik universal, yakni:⁵⁶

⁵⁴ Rhoda E. Howard, *Op.cit*, 2000, hlm 82

⁵⁵ *Ibid.*, hlm 84-86

⁵⁶ Fernando R. Teson, *International Human Rights and Cultural Relativism*, Virginia Journal of International Law, Vol. 25, No. 4 (musim panas 1985), hlm. 888

- a. Tidak ada prinsip moral universal
- b. Orang harus bertindak sesuai dengan prinsip-prinsip kelompoknya sendiri
- c. Hukum etik adalah prinsip moral universal.

Di akhir paragraf ini saya ingin menegaskan kembali ciri dari universalisme dan relativisme budaya. Pada intinya universalisme mengindikasikan bahwa hak asasi manusia haruslah sama di semua tempat. Sedangkan relativisme budaya menegaskan bahwa semua atau beberapa hak dan aturan moral harus disandikan sesuai dan tergantung pada konteks kebudayaan.

B. State Law dan Living Law

1. State Law

State Law atau hukum negara berkembang dari filsafat hukum positivisme hukum. Positivisme hukum (aliran hukum positif) merupakan sebuah pandangan yang menyatakan bahwa perlu memisahkan secara tegas antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku dan hukum, yang seterusnya, antara *das Sein* dan *das Sollen*).⁵⁷ Oleh pandangan positivis, tiada hukum lain kecuali perintah penguasa.

Positivisme hukum dikenal terbagi menjadi dua aliran dengan kedua tokoh besarnya Jhon Austin dan Hans Kelsen. Jhon Austin dikenal dengan aliran hukum positif analitis (*Analytical Jurisprudence*) atau biasa disebut positivisme sosiologis, dan Hans Kelsen yang dikenal dengan aliran hukum murni (*reine*

⁵⁷ Sukarno Aburaera, Muhadar, Maskun, Filsafat Hukum (teori dan praktik), Kencana, Jakarta, 2013, hlm. 107

rechtslehre) atau biasa disebut positivisme yuridis. Berikut akan dijelaskan kedua aliran tersebut.

a. Aliran Positivisme Sosiologis

Aliran positivisme sosiologis ini dikenal sebagai aliran yang dikeluarkan oleh Jhon Austin. Menurut Austin, hukum adalah perintah dari penguasa negara. Lebih tegas Austin menyatakan bahwa hakikat hukum terletak pada unsur “perintah” itu. Oleh karena itu, hukum dipandang sebagai suatu sistem yang tetap, logis, dan tertutup. Dalam karyanya *The Province of Jurisprudence Determinal*, Austin menyatakan “A law is a command which obliges a persons... Laws and other commands are said to proceed from superiors, and to bind or oblige inferiors”.⁵⁸

Karena itu, Austin menyatakan bahwa untuk menentukan apa yang diperbolehkan dan apa yang dilarang hal tersebut menjadi wewenang pihak yang superior. Kekuasaan dari pihak superior itu akan memaksa orang lain untuk taat. Dengan bahasa lain, hukum merupakan perintah yang memaksa, yang dapat saja bijaksana, adil atau justru sebaliknya. Sebab, hukum diberlakukan dengan cara menakut-nakuti, dan mengarahkan tingkah laku orang lain ke arah yang diinginkannya.⁵⁹

Dalam pandangannya Austin membedakan hukum dalam dua jenis, yaitu :⁶⁰

⁵⁸ *Ibid.*, Hlm. 107-108

⁵⁹ Lysons, *Ethics and the Ride of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, hlm

⁶⁰ Sukarno Aburaera, Muhadar, Maskun, *Op.Cit*, hlm. 108

1. Hukum dari Tuhan untuk manusia (*The divine laws*); dan
2. Hukum yang dibuat oleh manusia.

Hukum yang dibuat oleh manusia menurut Austin dibedakan lagi menjadi dua kategori, yaitu: (1) hukum yang sebenarnya, dan (2) hukum yang tidak sebenarnya. Hukum yang sebenarnya (hukum positif) meliputi hukum yang dibentuk oleh penguasa dan hukum yang disusun oleh manusia secara individu untuk melaksanakan hak-hak yang diberikan kepadanya. Sedangkan hukum yang tidak sebenarnya adalah hukum yang tidak dibuat oleh penguasa, sehingga tidak memenuhi persyaratan sebagai hukum.

Oleh Austin, hukum yang sebenarnya (hukum positif) memiliki empat unsur, yaitu :⁶¹

1. Perintah (command)
2. Sanksi (sanction)
3. Kewajiban (duty)
4. Kedaulatan (sovereignty)

Kaitannya dengan *living law* menurut Austin, suatu kebiasaan atau nilai-nilai yang hidup dalam suatu masyarakat akan diakui keberadaannya jika hal tersebut mendapat pengakuan oleh negara melalui hukum negara (hukum positif). Pengakuan melalui hukum negara (hukum positif) diartikan sebagai hukum yang dibuat oleh orang atau lembaga yang memiliki kedaulatan, dan pengakuan tersebut diberlakukan terhadap anggota-anggota masyarakat politik

⁶¹ *Ibid.*,

yang merdeka (*independent political society*), dan mengakui kedaulatan yang dimiliki orang atau lembaga-lembaga pembuat hukum yang bersangkutan.⁶² Atas dasar itulah Lili Rasjadi berpendapat bahwa ajaran Austin kurang/tidak memberikan ruang bagi hukum yang hidup dalam masyarakat.⁶³

b. Aliran Positivisme Yuridis

Aliran Positivisme Yuridis yang dikembangkan oleh Kelsen, menyatakan bahwa hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir yang nonyuridis, seperti unsur sosiologis, politis, historis, bahkan etis. Pandangan tersebutlah yang kemudian dikenal sebagai Teori Hukum Murni. Jadi, hukum merupakan suatu *Sollen* kategori (kategori keharusan/ideal), bukan *Seins* kategori (kategori faktual).⁶⁴

Menurut Kelsen, hukum adalah suatu keharusan yang mengatur tingkah laku manusia sebagai makhluk rasional. Dalam hal ini yang dipersoalkan oleh hukum bukanlah “bagaimana hukum itu seharusnya”, tetapi “apa hukumnya). Yang dipakai adalah hukum positif (*ius constitutum*), bukan yang dicita-citakan (*ius constituendum*).⁶⁵ Yang dimaksud dengan hal ini ialah bahwa setiap orang mentaati hukum karena memang seharusnya ia wajib untuk mentaatinya sebagai suatu kehendak negara.

⁶² Otje salman, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 2

⁶³ Lili rasjadi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakri, Bandung, 2001, hlm. 60

⁶⁴ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, University California Press, Berkely, 1978, hlm. 5-13

⁶⁵ Sukarno Aburaera, Muhadar, Maskun, *Op.Cit*, hlm. 109

Menurut Friedmann, Kelsen adalah seorang Neokantianis. Hal tersebutlah yang membedakannya dengan Austin yang notabene mendasarkan pikirannya pada utilitarianisme.⁶⁶ Pengilhaman pikiran Kant tentang pemisahan bentuk dan isi yang mendasari Kelsen untuk berpikiran bahwa hukum merupakan persoalan bentuk (*forma*), bukan (*materia*).⁶⁷ Karena itu, keadilan sebagai isi hukum berada diluar hukum. Suatu hukum dengan demikian dapat saja tidak adil, tetapi walaupun demikian ia tetaplah hukum karena hal tersebut dikeluarkan oleh penguasa.

2. Living Law

Istilah *living law* merupakan istilah yang pertama kali dikemukakan oleh Eugen Erlich sebagai lawan kata dari *state law* (hukum yang dibuat negara/hukum positif).⁶⁸ Selain Eugen Erlich, konsep mengenai *living law* juga dapat ditemukan dalam pemikiran Friedrich Karl von Savigny dengan teori *Volksgeist*-nya. Pemikiran Savigny tersebut merupakan bantahannya terhadap transplantasi hukum romawi dan kodifikasi Jerman menjadi hukum Prancis. Dalam teori tersebut, Savigny menyatakan bahwa hukum harus lahir dari keyakinan bangsa itu sendiri.⁶⁹ Berikut akan dijelaskan mengenai pikiran kedua tokoh tersebut.

⁶⁶ W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1990, hlm 169

⁶⁷ Sukarno Aburaera, Muhadar, Maskun, *Op.Cit*, hlm. 109

⁶⁸ Eugen erlich, *Fundamental Principles of The Sociology of Law*, Walter L. Moll Trans., 1936, hlm. 137

⁶⁹ Mathias Reimann, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, 1989, hlm. 95-98

a. Friedrich Karl von Savigny

Savigny merupakan salah satu tokoh yang terkenal dalam aliran mazhab sejarah. Mazhab sejarah sendiri merupakan aliran yang hadir selain akibat dari transplantasi hukum romawi dan kodifikasi Jerman menjadi hukum Prancis, juga hadir akibat semangat revolusi Prancis yang menentang wewenang tradisi dengan misi kosmopolitannya⁷⁰, dan akibat berkembang luasnya rasionalisme abad-18 yang didasarkan atas hukum alam, kekuatan akal, dan prinsip-prinsip dasar semuanya berperan pada disfat hukum, dengan terutama mengandalkan jalan pikiran deduktif tanpa memerhatikan fakta sejarah, kekhususan dan kondisi nasional.⁷¹

Sebagaimana kita ketahui bahwa abad-18 adalah abad rasionalisme. Rasionalisme mengajarkan universalisme dalam cara berfikir. Hal inilah yang menjadi salah satu penyebab munculnya mazhab sejarah, yang menentang universalisme. Menurut Paton, mazhab sejarah juga timbul sejalan dengan gerakan nasionalisme di Eropa. Jika sebelumnya para ahli hukum memfokuskan perhatiannya pada individu, penganut mazhab sejarah sudah mengarah pada bangsa, tepatnya jiwa dan bangsa (*Volkgeist*).⁷²

Savigny dalam pandangannya menganalogikan timbulnya hukum dengan timbulnya bahasa suatu bangsa. Masing-masing bangsa memiliki ciri-ciri yang khusus dalam berbahasa, hukum pun demikian. Karena tidak ada

⁷⁰ Soerjono Soekanto, *Pengantar Sejarah Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1979, hlm. 26

⁷¹ Lili Rasjidi dan B. Arief Idharta, *Filsafat Hukum, Mazhab dan Refleksinya*, Remadja Karya, Bandung, 1989, hlm. 332

⁷² G. W Paton, *A Text-Book of Jurisprudence (edisi ke-2)*, Oxford University Press, London, 1951, hlm. 15

bahasa yang universal, tiada pula hukum yang universal.⁷³ Lebih lanjut Savigny menyatakan bahwa hukum timbul bukan karena perintah penguasa atau karena kebiasaan, tetapi karena perasaan keadilan yang terletak di dalam jiwa bangsa itu (*instiktif*).⁷⁴

Jiwa bangsa (*volkgeist*) itulah yang menjadi sumber hukum. Dalam suatu ungkapannya “*law is an expression of the common consciousness or spirit of people*”. Hukum tidak diuat, tetapi ia tumbuh dan berkembang bersama masyarakat (*Das Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem V Bolke*). Pendapat Savigny seperti bertolak belakang dengan pandangan positivisme hukum. Bahkan ia mengingatkan untuk membangun hukum, studi terhadap sejarah suatu bangsa mutlak perlu dilakukan.⁷⁵

b. Eugen Ehrlich

Berbeda dengan Savigny yang masuk kategori filsafat hukum mazhab sejarah, Eugen Ehrlich merupakan salah satu tokoh dari aliran sociological jurisprudence. Sociological jurisprudence merupakan suatu aliran filsafat hukum yang menyatakan bahwa hukum yang baik haruslah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat. Aliran ini memisahkan secara tegas antara hukum positif dan *living law*.⁷⁶

Sociological jurisprudence lahir dari proses dialektika antara positivisme hukum dan mazhab sejarah. Sebagaimana diketahui, positivisme hukum memandang tiada hukum selain perintah yang diberikan penguasa, dan

⁷³ Sukarno Aburaera, Muhadar, Maskun, *Op.Cit*, hlm. 119

⁷⁴ *Ibid.*,

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 120

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 124

sebaliknya mazhab sejarah menyatakan bahwa hukum timbul dan berkembang bersama dengan masyarakat. Aliran pertama mementingkan akal, sedangkan aliran kedua lebih mementingkan pengalaman, dan sociological jurisprudence lahir sebagai sintesa dengan menganggap kedua-duanya sama-sama penting.⁷⁷

Ehrlich sering dinyatakan sebagai pelopor lahirnya sociological jurisprudence. Dalam pandangannya, Ehrlich menyatakan ada perbedaan antara hukum positif disatu pihak dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (living law) di pihak lain. Menurut Ehrlich, hukum positif baru akan memiliki daya berlaku yang efektif apabila berisikan atau selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat tadi.⁷⁸

Dalam membuktikan kebenaran teorinya, Ehrlich menambahkan bahwa titik pusat perkembangan hukum tidak terletak pada undang-undang, putusan hakim, atau ilmu hukum, tetapi pada masyarakat itu sendiri. Dengan demikian, sumber dan bentuk hukum yang utama adalah kebiasaan.⁷⁹ Namun oleh Friedmann,⁸⁰ dalam karyanya Ehrlich justru meragukan kebiasaan sebagai sumber hukum dan bentuk hukum ketika bertemu masyarakat modern.

Selanjutnya, Ehrlich beranggapan bahwa hukum tunduk kepada kekuatan-kekuatan sosial tertentu. Hukum sendiri tidak akan mungkin efektif, oleh karena ketertiban dalam masyarakat didasarkan pada pengakuan sosial terhadap hukum, dan bukan karena penerapannya secara resmi oleh negara.

⁷⁷ *Ibid.*,

⁷⁸ Lili Rasjadi, *Filsafat Hukum, Apakah Hukum Itu?* (cet. Ke-4), Remadja Karya, Bandung, 1988, hlm. 55

⁷⁹ Sukarno Aburaera, Muhadar, Maskun, *Op.Cit*, hlm. 125

⁸⁰ W. Friedmann, *Op.Cit*, hlm. 104

Secara konsekuen Ehrlich beranggapan bahwa mereka yang berperan sebagai pihak yang mengembangkan sistem hukum harus mempunyai hubungan yang erat dengan nilai-nilai yang dianut dalam masyarakat yang bersangkutan. Kesadaran itu harus ada pada setiap anggota profesi hukum yang bertugas mengembangkan hukum yang hidup dan menentukan ruang lingkup positif dalam hubungannya dengan hukum yang hidup.⁸¹

Pendapat Ehrlich mirip dengan Savigny, namun yang membedakan Ehrlich lebih senang menggunakan istilah kenyataan sosial daripada *volkgeist* sebagaimana yang digunakan Savigny. Menurut Ehrlich, kenyataan-kenyataan sosial yang normatif itu dapat menjadi normatif sebagai kenyataan hukum (*fact of law*) atau hukum yang hidup (*living law*), atau yang juga dinamakan Ehrlich sebagai *rechnormen*, melalui empat cara, yaitu kebiasaan (*Uebung*), kekuasaan efektif, milik efektif, dan pernyataan kehendan pribadi.⁸²

C. Konsep Kewajiban Negara dan Konsep Pelanggaran Hak Asasi Manusia

1. Teori Kewajiban Negara

Telah kita ketahui bersama, bahwa konsepsi hak asasi manusia merupakan salah satu konsep hukum modern yang secara tegas membedakan antara individu sebagai pemangku hak (rights holder) dan negara sebagai pemangku kewajiban (duty holder).⁸³ Bahkan dalam konteks hak asasi manusia negara merupakan subjek hukum utama. Yang dimaksud dengan negara sebagai

⁸¹ Soerjono Soekanto, *Op.Cit*, hlm. 20-21

⁸² Sukarno Aburaera, Muhadar, Maskun, *Op.Cit*, hlm. 126

⁸³ Eko Riyadi, *Op.Cit*, 2018, hlm. 66

subjek hukum utama ialah negara merupakan entitas utama yang bertanggungjawab melindungi, menegakkan, dan memajukan hak asasi manusia.⁸⁴

Penegasan konsepsi tersebut bertujuan untuk memudahkan pengidentifikasian pelanggaran hak asasi manusia yang dilakukan negara dan mempermudah rakyat atau warga negara dapat menggugat haknya. Penegasan tersebut juga bertujuan untuk memberi indikator sejauh mana negara harus melakukan prestasi atas pemberian kewenangan yang diserahkan oleh masyarakat melalui mekanisme politik.⁸⁵

Pembagian kategori atau pengkategorisasian seperti diatas didasarkan pada berbagai instrumen-instrumen hak asasi internasional yang ada. Seluruh instrumen-instrumen internasional yang berkaitan dengan hak asasi manusia selalu mengatur dua hal yaitu, *Pertama*, frasa “setiap orang berhak atas...” dan *Kedua*, frasa “negara-negara pihak harus atau wajib...”.⁸⁶ Pembagian kategori ini juga dapat didasarkan secara historik-logic. Kemunculan hak asasi manusia merupakan suatu pembelaan terhadap masyarakat atas tindakan sewenang-wenang negara. Hal tersebut terjadi dikarenakan tidak seimbangya posisi negara dengan masyarakat. Kondisi negara yang kuat, memiliki wewenang dan kekuasaan itulah yang menyebabkan diposisikannya negara sebagai pemangku kewajiban.

⁸⁴ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Op.Cit*, 2015, hlm. 53

⁸⁵ Eko Riyadi, *Loc.Cit*.

⁸⁶ *Ibid.*, hlm.68

Pada dasarnya, setiap kewajiban yang diberikan kepada negara tersebut akan selalu inheren terhadap wewenang yang dimiliki oleh negara itu.⁸⁷ Menurut Eko Riyadi, negara pada konteks ini dimaknai sebagai setiap orang yang diberi atribusi kewenangan untuk melakukan sesuatu dan atau tidak melakukan sesuatu atas nama negara⁸⁸. Poin penting pada pemaknaan ini ialah adanya kewenangan yang melekat pada dirinya.

Beberapa penjelasan diatas telah menegaskan bahwa negara merupakan pemangku kewajiban dalam konteks hak asasi manusia. Lalu selanjutnya, apa saja hal yang menjadi kewajiban negara sebagai pemangku kewajiban dalam konteks hak asasi manusia ?

Berdasarkan ‘teori status’ milik George Jellinek⁸⁹ yaitu status negatif (hak atas kebebasan dari campur tangan), status aktif (hak berpartisipasi dalam mekanisme demokrasi), dan status positif (hak-hak sosial yang mensyaratkan tindakan aktif negara) secara prinsip terdapat tiga kewajiban negara, yaitu kewajiban untuk memenuhi (*obligation to fulfill*), kewajiban untuk melindungi (*obligation to protect*), dan kewajiban untuk menghormati (*obligation to respect*). Ketiga kewajiban ini merupakan kewajiban generic, sedangkan kewajiban turunan dari kewajiban untuk memenuhi (*obligation to fulfill*) adalah

⁸⁷ *Ibid.*, hlm. 73

⁸⁸ *Ibid.*, hlm. 67

⁸⁹ Manfred Nowak, *Introduction to The International Human Rights Regime*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, hlm. 48

mempromosikan (to promote) dan memfasilitasi (to facilitate).⁹⁰ Berikut adalah penjelasan terhadap tiga kewajiban generic negara tersebut :⁹¹

1. Kewajiban untuk Memenuhi (Obligation to Fulfill)

Kewajiban untuk memenuhi hak asasi manusia mensyaratkan tindakan aktif negara atau dengan bahasa lain mengacu pada kewajiban negara untuk mengambil langkah legislatif, administratif, yudisial dan kebijakan praktis untuk memastikan hak-hak yang menjadi kewajibannya dapat terpenuhi hingga pencapaian maksimal. Kemudian, dalam konteks pemenuhan terhadap hak ekonomi, sosial dan budaya (ekosob), terdapat juga kewajiban untuk memastikan adanya realisasi bertahap maju (progressive realization) dan negara tidak dibolehkan mengambil kebijakan mundur (retrogressive) dalam pemenuhannya.

2. Kewajiban untuk Melindungi (Obligation to Protect)

Kewajiban untuk melindungi hak asasi manusia juga mensyaratkan tindakan aktif dari negara, namun berbeda dengan apa yang dijelaskan pada dua di atas sebelumnya. Dalam konteks kewajiban untuk melindungi hak asasi manusia, negara memiliki kewajiban untuk memastikan tidak terjadinya pelanggaran hak asasi manusia oleh individu pribadi dan atau korporasi.

⁹⁰ Eko Riyadi, *Op.Cit*, 2018, hlm. 69

⁹¹ Manfred Nowak, *Op.Cit*, hlm. 48-51 (dalam Eko Riyadi, *Hukum Hak Asasi Manusia* (perspektif internasional, regional dan nasional), hlm. 69-71)

3. Kewajiban untuk Menghormati (Obligation to Respect)

Kewajiban untuk menghormati hak asasi manusia mengacu pada kewajiban negara untuk tidak melakukan campur tangan. Penyediaan peluang campur tangan tidak diperbolehkan menggunakan mekanisme limitasi atau klausul reservasi. Campur tangan yang tidak sah merupakan pelanggaran hak asasi manusia.

2. Konsep Pelanggaran Hak Asasi Manusia

Berdasarkan penjelasan mengenai konsep kewajiban negara di atas, maka pelanggaran hak asasi manusia hanya dapat diletakkan pada negara sebagai konsekuensi logis pilihan konsep aktor negara sebagai pemangku kewajiban. Sesuai dengan pembagian kewajiban negara di atas, derivasi dari pelanggaran hak asasi manusia terbagi menjadi dua, yaitu pelanggaran secara aktif (by commission), dan pelanggaran secara pasif atau pembiaran (by omission).⁹²

1. Pelanggaran hak asasi manusia secara aktif (human rights violation by commission)

Pelanggaran hak asasi manusia secara aktif terjadi ketika negara seharusnya diam dan tidak melakukan sesuatu dan hanya menghormati hak asasi manusia secara pasif tetapi justru negara aktif melakukan perbuatan. Tindakan aktif negara inilah yang dimaksud pelanggaran by commission.

⁹² Eko Riyadi, *Op.Cit*, 2018, hlm. 72-73

2. Pelanggaran hak asasi manusia secara pasif (human rights violation by ommission)

Pelanggaran hak asasi manusia secara pasif adalah pelanggaran yang terjadi ketika negara seharusnya secara aktif melakukan kewajibannya untuk memenuhi (fulfill) dan melindungi (protect) hak asasi manusia tetapi justru negara tidak melakukan kewajibannya tersebut. Ketika negara tidak melakukan kewajibannya itulah negara dianggap melakukan pembiaran sehingga terjadilah pelanggaran by ommission.

Lebih lanjut, dalam Deklarasi untuk Korban Kejahatan dan Penyalahgunaan Kekuasaan (Declaration for Victims of Crime and Abuse of Power), pelanggaran hak asasi manusia dikaitkan dengan adanya unsur penyalahgunaan kekuasaan. Didalam deklarasi tersebut dirumuskan dua bentuk pelanggaran yaitu *pertama*, pelanggaran adalah “pelanggaran hukum pidana yang berlaku di negara-negara anggota termasuk pelanggaran hukum yang menetapkan penyalahgunaan kekuasaan sebagai kejahatan”. Pada pemaknaan ini, yang dimaksud pelanggaran ialah perbuatan pidana dan kejahatan penyalahgunaan kekuasaan. *Kedua*, pelanggaran dimaknai sebagai “perbuatan atau kelalaian (yang dapat dipersalahkan pada negara) yang belum merupakan pelanggaran hukum pidana nasional tetapi merupakan kaidah yang diakui secara internasional dalam kaitannya dengan hak asasi manusia.”⁹³

⁹³ C. De Rover, *To Serve and To Protect, Acuan Universal Penegakan HAM*, Rajawali Press, Jakarta, 2000, hlm. 456

Menurut Eko Riyadi, pemaknaan kedua inilah yang kemudian digunakan untuk merumuskan pelanggaran hak asasi manusia secara aktif (act of commission) dan kelalaian negara memunculkan pelanggaran hak asasi manusia secara pasif (act of ommission). Secara sederhana menurut Eko Riyadi, pelanggaran hak asasi manusia dimaknai sebagai ketidakmauan (unwillingness) dan atau ketidakmampuan (unability) negara dalam melakukan tugasnya, yaitu menghormati, memenuhi, dan melindungi hak asasi manusia.⁹⁴



⁹⁴ Eko Riyadi, *Op.Cit*, 2018, hlm. 73