

## KEPASTIAN HUKUM DAN RASA KEADILAN MASYARAKAT MENUJU INDONESIA BARU<sup>\*)</sup>

Oleh: Muh. Guntur

### Abstrak

Salah satu tantangan di bidang hukum dewasa ini adalah mewujudkan keadilan dan kepastian hukum secara agregat dan simultan. Namun di negeri ini, tantangan tersebut hampir pasti tidak dapat dipenuhi. Para penegak hukum lebih cenderung mengutamakan kepastian hukum daripada mewujudkan rasa keadilan masyarakat. Lihat saja kasus-kasus KKN yang melibatkan mantan penguasa Orde Baru tidak dapat diproses atau dinyatakan bebas karena hukum yang digunakan adalah hukum positif yang telah di-*setup* untuk melindungi kepentingan rezim di masa lalu.

Bebasnya para penjahat Orde Baru tersebut memberi sinyal bahwa hukum positif kita kurang mencerminkan rasa keadilan. Sementara itu, ada hukum yang cukup mencerminkan rasa keadilan masyarakat tapi tidak dapat digunakan karena hambatan struktural yang masih memomorduakan. Hukum itu adalah kaidah-kaidah yang diintrodusir dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Kaidah-kaidah lokal yang bisa dicoba untuk diangkat kepermukaan hukum nasional. Ia tidak harus menjadi hukum positif, tetapi nilai-nilai hukum yang terkandung di dalamnya yang lebih memberi rasa keadilan masyarakat, minimal dipertimbangkan oleh penegak hukum dalam menjatuhkan putusannya. Namun bagaimana caranya? Inilah yang perlu dipikirkan bersama dalam kerangka pembangunan hukum yang berkeadilan.

Dalam hubungan ini, ada sebuah konsep yang sudah mengglobal yang dapat menjembatani antara hukum positif dengan jaminan rasa keadilan masyarakat. Konsep itu, yang oleh Kritz (1995) disebut sebagai "keadilan transisional" (*transitional justice*). Konsep keadilan transisional selain cocok diterapkan di negara yang mengalami setumpuk persoalan hukum dan krisis multi dimensi seperti yang terjadi pada bangsa kita. Konsep ini, jika disinerjikan dengan konsep hukum responsif model Nonet dan Selznick (1978), maka niscaya kepercayaan masyarakat pada hukum positif lambat laun akan pulih karena telah di-*adjustment* dengan rasa keadilan yang tinggi.

Oleh karena itu, perlu kesamaan persepsi dalam memandang keterpurukan hukum di satu pihak dan upaya mewujudkan ekspektasi masyarakat akan keadilan di lain pihak. Kesamaan persepsi ini penting dilakukan agar nantinya dalam menerapkan konsep keadilan transisional dan hukum responsif tidak menimbulkan efek samping yang tentunya tidak kita inginkan bersama dalam memasuki Indonesia Baru.

### A. Pendahuluan

Tepat kiranya Panitia Simposium mengambil tema seputar persoalan bangsa menuju "Indonesia Baru". Dengan tema tersebut, kita diingatkan untuk senantiasa mengupayakan pentingnya menata Indonesia kedepan yang lebih baik. Sebetulnya, kata Indonesia Baru tidak terletak pada sisi peristilahan yang menggunakan embel-embel "baru", melainkan

---

<sup>\*)</sup> Dipresentasikan dalam Simposium Internasional Jurnal Antropologi Indonesia ke-2 pada Tanggal 18 – 21 Juli 2001 di Padang.

lebih pada sisi *spirit* untuk tetap mengupayakan penyelesaian persoalan bangsa yang sedang carut-marut diterpa berbagai krisis.

Indonesia Baru adalah sebuah impian atau keinginan besar dimana penduduk negeri hidup rukun, damai, dan sejahtera. Sebagai sebuah impian, tentu saja munculnya tidak serta merta, melainkan merupakan proses yang sangat panjang yang telah dirintis oleh anak bangsa sejak dahulu kala. Ketika bangsa ini tertindas oleh kolonial Belanda, kita mengimpikan sebuah kemerdekaan. Impian itu menjadi kenyataan ketika kita bersatu padu mewujudkan kemerdekaan bangsa ini dari penindasan penjajah.

Pasang surut bangsa ini ternyata tidak sampai di situ saja. Kita akhirnya mengimpikan lagi adanya orde pemerintahan yang baru, setelah sekian lama kita melewati pergolongan politik antar sesama anak bangsa dalam upaya membangun negeri ini. Orde pemerintahan itu akhirnya disebut Orde Baru yang berkuasa selama kurang-lebih 32 tahun.

Apa yang kita impikan dengan lahirnya Orde Baru 35 tahun silam ternyata tidak menjadi kenyataan. Kita menikmati euforia, gegap-gempita kemenangan Orde Baru setelah tumbangnya (baca: pembubaran) Partai Komunis Indonesia (PKI). Partai yang nyaris membawa bangsa ini pada konflik horisontal yang berkepanjangan.

Selama 32 tahun rezim Soeharto dengan Orde Baru-nya berupaya menarik simpati rakyat dengan pembangunan fisik. Memang kita tidak dapat menutup mata adanya perubahan positif di bidang pembangunan sarana dan prasarana fisik, akan tetapi pembangunan fisik yang tidak seimbang dengan lamanya kekuasaan berada di tangan Orde Baru ternyata tidak membuat rakyat sejahtera melainkan menumbuhkan jurang atau disparitas antara yang kaya dan yang miskin semakin lebar. Ketiimpangan ekonomi semakin menjadi-jadi. Keadilan sosial (*social justice*) sebagaimana diamanatkan dalam UUD 1945 semakin tidak dapat digapai. Pendek kata, rezim Soeharto dengan Orde Baru-nya telah gagal

mengemban amanah rakyat yang dipercayakan selama beberapa periode kekuasaannya.

Hukum yang seyogianya merupakan alat dan tujuan dalam bermasyarakat, berbangsa dan bernegara ternyata dilumpuhkan oleh kekuasaan yang represif. Akibatnya, hukum yang lahir adalah hukum represif. Hukum yang mengabdikan kepada kepentingan penguasa. Dalam kondisi demikian, hukum tidak bisa lagi diharapkan berbuat banyak untuk mewujudkan masyarakat adil dan makmur.

Hukum di tangan orang-orang bijak akan menghasilkan keadilan, kepatutan dan kepastian hukum. Sebaliknya, hukum di tangan kaum otoritarian akan menghasilkan malapetaka bagi bangsa yang bersangkutan. Namun disadari, menentukan orang-orang yang berwatak bijak bukan sesuatu yang mudah. Siapa nyana Soeharto di tahun 66 yang dinilai baik sebagai pahlawan, akhirnya menggunakan hukum sebagai alat untuk mempertahankan kekuasaannya.

Setelah masa Orde Baru lewat dan digantikan era reformasi yang mengedepankan supremasi hukum dan demokrasi, maka muncul kembali harapan atau impian masyarakat akan keadilan, kepatutan dan kepastian hukum. Dukungan rakyat kepada pemerintah di bawah kepemimpinan Presiden Abdulrahman Wahid (Gus Dur) sangat luas. Bahkan terpilihnya Gus Dur sebagai Presiden RI dinilai oleh banyak kalangan sebagai pemilihan presiden terdemokratis sepanjang sejarah demokrasi di Indonesia.

Sangat disayangkan, dukungan rakyat yang demikian luas tidak digunakan secara signifikan untuk membangun kembali sendi-sendi ekonomi yang telah porak-poranda setelah dihantam badai krisis ekonomi yang berkepanjangan. Gus Dur dengan percaya diri yang demikian tinggi melakukan manuver-manuver politik untuk menyisihkan lawan-lawan politik yang telah berpartisipasi menghantar Gus Dur ketampuk pimpinan orang nomor satu di negeri ini. Asumsi yang dipakai Gus Dur adalah bahwa meskipun partai politiknya (PKB) hanya memperoleh 5 persen

suara di parlemen (DPR) akan tetapi karena ia dipilih sebagai Presiden dalam negara yang menganut sistem pemerintahan presidential, maka apapun kebijakan yang dilakukan tidak akan mempengaruhi posisinya sebagai Presiden RI sampai habis masa jabatannya (hingga tahun 2004).

Asumsi yang demikian itu, dalam sudut pandang tertentu bisa dipahami. Akan tetapi, seyogianya Gus Dur tidak menafikan pandangan lain yang melihat bahwa negeri (konstitusi) kita juga mengandung unsur-unsur sistem pemerintahan parlementer, sehingga tidak mengherankan jika dikalangan ahli hukum tata negara menilai sistem pemerintahan kita adalah termasuk “kuasi presidensial”. Artinya, di samping menganut sistem pemerintahan presidensial yang ditandai dengan kepala negara dan kepala pemerintahan ada di tangan presiden, dan ciri-ciri presidensial lainnya. Tetapi juga menganut unsur-unsur yang menjadi ciri sistem pemerintahan parlementer, seperti adanya pertanggungjawaban presiden kepada MPR (parlemen *plus*). Oleh karena itu, ada kesepahaman di kalangan ahli hukum tata negara bahwa sistem pemerintah Indonesia adalah sistem pemerintahan menurut UUD 1945. Dengan kata lain, apapun orang menamakannya –sistem presidensial, parlementer atau campuran—tidak menjadi soal, yang penting UUD 1945 menentukan jati dirinya sendiri.

Gus Dur dengan keyakinannya bahwa UUD 1945 menganut sistem pemerintahan persidensial tidak memupuk persahabatan yang permanen dengan mayoritas wakil rakyat yang ada di parlemen. Gus Dur malah memperlihatkan kesan bahwa ia hendak berkuasa sendiri. Ia tidak peduli terhadap suara-suara yang berkembang di parlemen. Baginya, DPR tidak lebih dari sebuah taman kanak-kanak. *The show must go on*, mungkin itulah kalimat yang tepat untuk menggambarkan sikap Gus Dur terhadap parlemen. Atas berbagai sikap yang tidak bersahabat dengan mayoritas anggota DPR, ditambah dengan kebijakan-kebijakan yang tidak signifikan bagi pemulihan ekonomi dan tuduhan KKN, akhirnya Gus Dur diberi

ultimatum untuk mempertanggungjawabkan kepresidenannya di hadapan Sidang Istimewa MPR 1 Agustus mendatang.

Apa yang bisa kita petik dari situasi di era reformasi ini adalah yang tampak dan dirasakan masyarakat justru ketidakadilan (*injustice*), ketidakpatutan, dan ketidakpastian hukum. Impian rakyat yang semula menaruh harapan besar di era reformasi akan terwujudnya Indonesia Baru, Indonesia yang bebas KKN, mengedepankan supremasi hukum dan demokrasi dengan tujuan menciptakan kedamaian, keadilan, dan kesejahteraan masyarakat ternyata tinggal harapan. Maksud hati kita meninggalkan Orde Baru menuju Indonesia Baru namun tampaknya kita justru kembali ke Orde Baru dalam nuansa yang berbeda. Bahkan beberapa pengamat politik mengatakan bahwa yang terjadi saat ini adalah Orde Baru jilid dua. Ada pula yang menggambarkan situasi saat ini sebagai era pembusukan hukum (*decayed of law*) babak ketiga.

Dalam kondisi hukum yang sedang carut-marut. Kepercayaan masyarakat terhadap pengadilan sangat rendah. Sekelompok orang dengan mudah melakukan main hakim sendiri (*eigenrichting*), apa masih mungkin mengharapkan keadilan sekaligus kepatutan dan kepastian hukum?

## **B. Masalah Kepastian Hukum**

Jika kita membaca berbagai literatur tentang fungsi hukum yang seyogianya dijalankan dalam suatu negara hukum, maka fenomena konkret di Indonesia saat ini menunjukkan betapa belum ada satupun di antara fungsi hukum tersebut yang berjalan secara memadai. Berikut ini saya mengutip konsep berbagai fungsi hukum yang dihimpun oleh Charles Sampford (1989: 110-111) dari berbagai pendapat para ahli hukum. Minimal ada sembilan fungsi yang seyogianya dijalankan oleh sebuah hukum yang baik, masing-masing :

1. *'Dispute resolution' - a function of courts and law firms.*
2. *'Reinforcement' or 'reinstitutionalization' (Bohannon,1968) of existing practices within the community by framing rules that equate to those practices and by providing the means for their 'facilitation' (Summers,1977,p.127) – a function of courts and legislatures.*
3. *'Change in existing practices' (Schur,1968, p.75)- by legislatures and, sometimes, courts.*
4. *'Guidance' or 'education' (Chambliss and Seidman, 1971, p.9)- again, by the legislature and courts.*
5. *'Regulation', the administrative control of various private institutions- by the bureaucracy.*
6. *'Participation by the state in social and economic affairs by the bureaucracy..*
7. *'Punishment' retribution or vengeance against perceived wrongdoers, reinforcement of existing social values—by courts and penal institutions.*
8. *'Maintaining social peace (or, more loosely, 'social order' or 'social control')- by police and penal institutions to the extent that they isolate some and deter some other potentially violent individuals.*
9. *'Legitimation' of existing social institution- supposedly achieved by courts.*

Di samping fungsi hukum sebagaimana yang telah di kemukakan di atas, dalam konteks yang lebih luas, fungsi hukum menurut Lee S. Weinberg dan Judith W. Weinberg (1980: 205 –261) dibedakan dalam tiga fungsi. *Pertama*, fungsi hukum untuk menyelesaikan sengketa. *Kedua*, fungsi hukum sebagai kontrol sosial. *Ketiga*, fungsi hukum sebagai sarana perubahan sosial.

Baik fungsi hukum yang dihimpun oleh Samford maupun fungsi hukum menurut Weinberg pada dasarnya memberikan keyakinan kepada kita bahwa hukum sebetulnya mampu mengatasi persoalan-persoalan

yang timbul dalam masyarakat, bagaimanapun peliknya persoalan yang dihadapi oleh masyarakat tersebut. Namun di samping itu, muncul kekhawatiran serupa bahwa penyelesaian hukum yang tidak mengandung nilai-nilai keadilan bisa membawa bencana bagi masyarakat.

Dalam hubungan ini, di tengah masyarakat seringkali dijumpai upaya pendikotomian antara kepastian hukum dan rasa keadilan masyarakat. Dikotomi antara kedua persoalan itu menjadi demikian problematik ketika orang tiba pada keputusan yang mana harus diwujudkan, apa kepastian hukum atau rasa keadilan masyarakat.

Sebetulnya, kedua hal tersebut tidak perlu dipertentangkan. Baik kepastian hukum maupun rasa keadilan masyarakat seyogianya harus diwujudkan secara simultan dalam setiap penyelesaian persoalan hukum. Kedua hal itu, ditambah dengan asas kepatutan –dalam konteks cita hukum—merupakan asas atau prinsip pokok bagi tegaknya suatu negara hukum.

Kepastian hukum adalah suatu keadaan dimana tidak terjadi kebingungan (*confusion*) masyarakat terhadap suatu aturan hukum, baik dalam hal pengaturan maupun dalam hal implementasi atau penegakan hukum.

Berdasarkan pengertian tersebut, maka pengaturan dan penegakan hukum dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dalam hal:

- (1) Terjadi ketidaksinkronan antara aturan hukum yang satu dengan aturan hukum yang lain.
- (2) Peraturan atau keputusan hukum yang dibuat oleh lembaga hukum (eksekutif, legislatif, atau yudikatif) tidak sesuai dengan aturan hukum yang berlaku (hukum positif).

### **1. Aturan Hukum Tidak Sinkron**

Ketidaksinkronan antara aturan hukum yang satu dengan aturan hukum yang lain dapat terjadi karena (1) aturan hukum tersebut saling bertentangan atau kontradiksi, (2) aturan hukum yang berlaku bersifat

tidak tegas atau *interpretable*, (3) aturan hukum yang dibuat bukan oleh penganan kewenangan yang sah.

### 1.1. Tidak sinkron karena kontradiksi

Dalam hal terjadi pertentangan (kontradiksi) antara aturan hukum yang satu dengan aturan hukum yang lain, atau dalam ilmu hukum disebut konflik norma, maka untuk menyelesaikannya harus dikaji dari sudut pandang teori hukum, khususnya teori tentang asas-asas penyelesaian konflik norma.

Dalam teori hukum, asas-asas penyelesaian konflik norma dikenal beberapa asas pokok, yaitu (1) aturan hukum yang lebih tinggi mengalahkan atau mengenyampingkan aturan hukum yang lebih rendah (*lex superior derogat legi inferiori*), (2) aturan hukum yang khusus mengenyampingkan aturan hukum yang bersifat umum (*lex specialis derogat legi generali*), (3) aturan hukum yang baru atau belakangan dibuat mengalahkan aturan hukum yang lama (*lex posterior derogat lex priori*). Selain ketiga asas tersebut, dalam teori hukum dikenal pula asas bahwa hukum tidak bisa berlaku surut (asas non-retroaktif).

Contoh kasus mengenai ketidakpastian hukum berkenaan dengan konflik norma adalah soal pemberhentian Presiden. Menurut Pasal 8 UUD 1945, seorang hanya dapat digantikan sebagai Presiden sebelum habis masa jabatannya jika sang Presiden (1) mangkat, (2) berhenti, atau (3) tidak dapat melakukan kewajibannya dalam masa jabatannya. Jika salah satu dari ketiga peristiwa itu terjadi, maka ia diganti oleh Wakil Presiden sampai habis waktunya.

Di samping penggantian presiden sebagaimana disebutkan dalam Pasal 8 UUD 1945, masalah penggantian atau pemberhentian Presiden di tengah jalan juga diatur dalam Ketetapan MPR Nomor III/MPR/1978 tentang Kedudukan dan Hubungan Tata Kerja Lembaga Tinggi Negara dengan/atau Antarlembaga Tinggi Negara *juncto* Ketetapan MPR Nomor II/MPR/1999 dan Nomor II/MPR/2000 tentang Tata Tertib MPR. Dalam



Ketetapan MPR tersebut dimungkinkan penggantian atau pemberhentian Presiden di tengah jalan melalui Sidang Istimewa (SI) MPR. Dengan demikian, masalah pemberhentian Presiden di tengah jalan diatur dalam UUD 1945 dan Ketetapan MPR.

Ditinjau dari segi teori perundang-undangan, UUD 1945 sebagai sumber hukum tertinggi di Indonesia tidak memberikan atau mendelegasikan kewenangan kepada MPR untuk mengatur soal pemberhentian Presiden di tengah jalan. Apa yang diatur dalam UUD 1945 merupakan hukum konstitutif yang tidak bisa ditambah atau diubah melalui Ketetapan MPR atau peraturan perundang-undangan lainnya yang kedudukannya lebih rendah dari UUD 1945, kecuali materi muatan tersebut dituangkan lebih dahulu ke dalam UUD 1945 atau UUD 1945 mendelegasikan kepada peraturan perundang-undangan yang lain. Dengan demikian, berdasarkan asas "*lex superior derogat legi generali*", maka kaidah yang mengatur soal pemberhentian Presiden di tengah jalan yang tertuang dalam Ketetapan MPR Nomor III/MPR/1978 *juncto* Ketetapan MPR Nomor II/MPR/1999 dan Nomor II/MPR/2000 harus dikesampingkan alias dipandang tidak mengikat. Dalam bahasa hukum tata negara disebut aturan hukum yang inkonstitusional.

Contoh kasus lain yang berkenaan dengan konflik norma adalah soal penonaktifan Kepala Polri Jend. (Pol) Surojo Bimantoro. Kronologinya, Presiden Abdurrahman Wahid meminta Surojo Bimantoro untuk mengundurkan diri sebagai Kepala Polri. Namun, Surojo Bimantoro tidak bersedia mengundurkan diri karena ia tidak dalam posisi mengundurkan diri. Akhirnya Presiden pada bulan Juni 2001 mengeluarkan Keputusan Presiden (Keppres) Nomor 40/M/2001 tentang penonaktifan Surojo Bimantoro sebagai Kepala Polri dan Keppres Nomor 41/M/2001 tentang pengangkatan Komisaris Jenderal (Pol) Chaeruddin Ismail sebagai Wakil Kepala Polri dan dengan Keppres itu pula Wakapolri sebagai pelaksana tugas Kepala Kepolisian Republik Indonesia.

Masalahnya adalah, berdasarkan Pasal 7 ayat 3 Ketetapan MPR Nomor VII/MPR/2000 tentang Peran TNI dan Kepolisian Negara RI ditegaskan bahwa Kepala Polri diangkat dan diberhentikan oleh Presiden dengan persetujuan DPR. Dengan adanya ketentuan tersebut maka seharusnya, sebelum Presiden memberhentikan Surojo Bimantoro sebagai Kepala Polri, ia harus meminta persetujuan DPR. Jika DPR setuju maka pemberhentian Kapolri dapat dilakukan, sedang jika DPR tidak setuju maka keinginan Presiden untuk memberhentikan Kapolri tidak bisa dilakukan. Sebab, jika Presiden tetap “ngotot” hendak memberhentikan Kapolri tanpa persetujuan DPR maka Presiden dapat dituduh melanggar Ketetapan MPR yang mengatur tentang pengangkatan dan pemberhentian Kapolri. Dari sudut pandang ini, keberadaan Keppres Nomor 40/M/2001 dapat dinilai sebagai Keppres yang cacat yuridis.

Akan tetapi, masalahnya menjadi lebih rumit jika persoalan penonaktifan Surojo Bimantoro sebagai Kapolri dipandang bukan dalam kualifikasi pemberhentian sebagaimana dimaksud dalam Ketetapan MPR Nomor VII/MPR/2000, melainkan hanya membebastugaskan. Dalam hubungan ini, perlu diperjelas apakah akibat hukum penonaktifan itu sama atau tidak dengan pemberhentian. Jika sama akibat hukumnya, maka sebelum Presiden melakukan tindakan penonaktifan harus meminta persetujuan DPR. Sebaliknya, jika penonaktifan itu –akibat hukumnya— tidak sama dengan pemberhentian maka Presiden tidak perlu mengikuti ketentuan pemberhentian Kapolri sebagaimana yang tertuang dalam Ketetapan MPR Nomor VII/MPR/2000.

Untuk menjawab persoalan tersebut, ada dua cara yang dapat dilakukan. *Pertama*, melihat dasar hukum pembentukan Keppres Nomor 40/M/2001 itu, apakah dalam konsideran mengingat dicantumkan Ketetapan MPR Nomor VII/MPR/2000 atau tidak? Jika dicantumkan, maka jelas bahwa yang dimaksudkan dengan penonaktifan itu adalah sama dengan pemberhentian. Sebaliknya jika tidak dicantumkan, maka penonaktifan itu “bisa jadi” tidak sama dengan pemberhentian. Dikatakan

“bisa jadi” karena belum tentu penonaktifan itu tidak sama persis dengan pemberhentian. *Kedua*, harus dilihat apakah hak-hak Surojo Bimantoro sebagai Kapolri nonaktif berkurang atau tidak diperoleh lagi. Jika hak-hak sebagai Kapolri berkurang dengan adanya Keppres Nomor 40/M/2001 itu, maka penonaktifan itu dapat dikualifikasi sebagai pemberhentian atau pemberhentian sementara. Sebaliknya jika tidak hilang hak-hak Surojo Bimantoro sebagai Kapolri maka penonaktifan itu tidak termasuk kualifikasi pemberhentian. Dengan demikian, Jika penonaktifan itu sama dengan pemberhentian maka disini jelas Presiden telah melanggar Ketetapan MPR Nomor VII/MPR/2000 *juncto* Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia, dimana dalam Pasal 2b disebutkan bahwa peraturan atau keputusan yang lebih rendah kedudukannya tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Kaidah ini merupakan implementasi dari asas “*lex posterior derogat legi generali*”. Akan tetapi, jika penonaktifan itu tidak sama dengan pemberhentian maka Keppres Nomor 40/MPR/2001 dipandang sah menurut hukum.

Persoalan lain sehubungan dengan penonaktifan Kapolri adalah pengangkatan Chaeruddin Ismail sebagai Wakil Kepala Polri (Wakapolri) berdasarkan Keppres Nomor 41/M/2001. Masalahnya adalah, Jabatan Wakapolri dalam Markas Besar Polri menurut Pasal 5 Keppres Nomor 54 Tahun 2001 tidak ada atau telah dihapuskan, sehingga dengan pengangkatan Wakapolri baru seakan-akan Keppres Nomor 41/M/2001 hendak menghidupkan kembali jabatan Wakapolri.

Mengenai persoalan tersebut muncul dua pandangan. Pandangan pertama mengatakan bahwa tidak ada yang keliru atau bertentangan antara Keppres Nomor 54 Tahun 2001 dengan Keppres Nomor 41/M/2001 karena bukankah kedua kaidah tersebut diatur dalam wadah yang sama yakni Keputusan Presiden (Keppres). Baik Keppres Nomor 54 Tahun 2001 tertanggal 25 April 2001 tentang Organisasi dan Tata Kerja Kepolisian

Negara RI maupun Keppres Nomor 41/M/2001 tentang pengangkatan Wakapolri mempunyai kedudukan hukum yang sama sebagaimana diatur dalam Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan RI. Oleh karena mempunyai kedudukan hukum (hirarkhi) yang sama, berdasarkan asas "*lex posterior derogat lex priori*" maka Keppres Nomor 41/M/2001 yang harus didahulukan. Dengan demikian, keberadaan Wakapolri dalam struktur Kepolisian Negara RI harus diberi tempat sesuai dengan tujuan Keppres tersebut. Konsekuensi lainnya adalah, semua ketentuan yang sederajat atau yang lebih rendah dari Keppres Nomor 41/M/2001 harus menyesuaikan dengan keadaan yang ditetapkan dalam Keppres tersebut.

Pandangan kedua memandang bahwa keberadaan Keppres Nomor 41/M/2001 itu cacat yuridis, sebab Keppres tersebut bertentangan dengan Keppres Nomor 54 Tahun 2001 yang tidak mengenal jabatan Wakapolri. Keppres Nomor 54 bersifat pengaturan (*regeling*) sedang Keppres Nomor 41 bersifat penetapan (*bescikking*). Dalam teori perundang-undangan, aturan hukum yang bersifat penetapan (*beschikking*) tidak bisa mengenyampingkan aturan hukum yang bersifat pengaturan (*regeling*). Justru, aturan hukum yang bersifat penetapan harus merujuk atau menyesuaikan dengan aturan hukum yang bersifat pengaturan.

Untuk mengatasi kontroversi penonaktifan Kapolri dan pengangkatan Wakapolri, maka perlu dilakukan *judicial review* (hak uji materi) oleh Mahkamah Agung terhadap kedua Keppres yang bermasalah tersebut. Saran sebagian pihak yang menghendaki agar kedua Keppres tersebut digugat di PTUN tampaknya tidak bermanfaat dan kemungkinan besar ditolak oleh PTUN. Penolakan PTUN karena sengketa yang diajukan oleh sesama pejabat tata usaha negara (dalam hal ini Presiden dan Kapolri) tidak termasuk wewenang PTUN. Selain itu, penonaktifan atau pemberhentian sementara bisa dikualifikasi sebagai keputusan yang belum final. Keputusan tata usaha negara yang belum

final tidak termasuk obyek sengketa tata usaha negara (Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara).

Seyogianya, persoalan pemberhentian Kapolri tidak menimbulkan kontroversi seandainya Gus Dur sedikit bersabar dalam mewujudkan keinginannya untuk mengganti Kapolri Surojo Bimantoro. Ketika Surojo Bimantoro tidak bersedia mengundurkan diri, Presiden seharusnya mengeluarkan keputusan tentang revisi Keppres Nomor 54 Tahun 2001 yang isinya mengadakan jabatan Wakapolri, seraya mengajukan surat kepada DPR untuk meminta persetujuan penggantian Kapolri. Setelah itu, Ia membebastugaskan Kapolri dari tugas-tugas khusus atau strategis dan mengangkat Wakapolri sebagai pelaksana tugas Kapolri. Dengan jalan tersebut, saya yakin tidak akan menimbulkan kontroversi yang dapat mengurangi kredibilitas kepresidenan Gus Dur yang saat ini tengah menghadapi serangan parlemen yang meminta Sidang Istimewa MPR.

## **1.2. Tidak sinkron karena tidak tegas (*interpretable*)**

Suatu peraturan perundang-undangan biasanya dibuat dengan memperhatikan kondisi masyarakat pada waktu itu, dan sejauh jangkauan daya absorpsi pembuat undang-undang terhadap kondisi yang akan datang. Sekiranya suatu peraturan perundang-undangan –katakanlah undang-undang—pada saat pembuatannya sesuai betul dengan kondisi zamannya, namun belum tentu sesuai dengan kondisi masyarakat yang akan datang. Tidak mengherankan jika banyak peraturan perundang-undangan secara substansial telah kadaluwarsa, sehingga dalam penerapannya seringkali menimbulkan interpretasi yang bermacam-macam.

Dalam teori hukum memang dikenal beberapa macam teknik interpretasi atau penafsiran hukum, antara lain; interpretasi gramatikal, interpretasi historikal, interpretasi logikal dan *a contrario*. Semua jenis interpretasi tersebut sudah sering dilakukan oleh praktisi hukum dan analis hukum. Namun yang belum dikembangkan adalah interpretasi filosofis dan

interpretasi substantif. Kedua interpretasi ini, seyogianya mendapat perhatian semua pihak, utamanya kalangan praktisi hukum, penegak hukum, dan analis hukum.

Kekurangpahaman terhadap kedua jenis interpretasi di atas, menyebabkan banyak kalangan yang melakukan interpretasi atau penafsiran hukum hanya untuk kepentingan sesaat. Hanya untuk memenagkan kepentingan hukumnya dengan mengorbankan kepentingan hukum itu sendiri.

Contoh kasus mengenai hal ini adalah soal pengangkatan Ketua Mahkamah Agung RI. Berdasarkan Undang-undang Mahkamah Agung, Presiden mengangkat Ketua dan Wakil Ketua MA. Pengangkatan Ketua dan Wakil Ketua MA oleh presiden dilakukan dengan jalan memilih salah satu dari dua orang calon Ketua dan Wakil Ketua yang diajukan oleh DPR. Namun yang terjadi adalah, Presiden –waktu itu—hanya mengangkat Wakil Ketua MA, sedangkan Ketua MA tidak diangkat dengan alasan kedua calon Ketua MA itu masih “berbau” Orde Baru dan sejumlah alasan-alasan penolakan lainnya.

Wacana yang berkembang waktu itu adalah bahwa Presiden berwenang mengangkat Ketua MA, dengan demikian –secara *a contrario*—Presiden berhak pula menolak untuk mengangkat calon Ketua MA yang disodorkan oleh DPR. Penafsiran yang demikian ini adalah interpretasi yang mengada-ada dan bisa menyesatkan. Ironisnya, Presiden pun tampaknya –secara tidak langsung—mengikuti model penafsiran yang mengada-ada itu.

Sebetulnya, soal pengangkatan Ketua MA dalam Undang-undang Mahkamah Agung itu sudah jelas, akan tetapi karena ditengarai adanya kepentingan politik yang terselubung sehingga penafsiran atau interpretasi yang tidak proporsional itu digunakan. Untunglah –meskipun agak terlambat—akhirnya Presiden mengikuti kehendak ketentuan hukum yang berlaku dalam hal mengangkat Ketua dan Wakil Ketua MA.

Kasus lain yang menarik sehubungan dengan aturan hukum yang *interpretable* ini adalah soal Maklumat Presiden tanggal 28 Mei 2001. Setelah sekian lama berhembus rumor bahwa Presiden akan mengeluarkan Dekrit untuk membubarkan parlemen, akhirnya yang keluar justru Maklumat yang isinya menugaskan kepada Menteri Koordinator Bidang Politik, Sosial dan Keamanan (Menkopolsoskam) untuk mengambil tindakan dan langkah khusus yang diperlukan, dengan mengkoordinasikan seluruh aparat keamanan secara fungsional, guna mengatasi krisis serta menegakkan hukum secepat-cepatnya.

Dari segi kepastian hukum, apakah Maklumat Presiden itu dalam struktur peraturan perundang-undangan kita memiliki tempat yang sah? atau Bagaimana sebetulnya status hukum Maklumat Presiden itu? Jika kita teliti bentuk-bentuk peraturan perundang-undangan yang pernah berlaku di tanah air, maka ditemukan bermacam-macam Maklumat, antara lain Maklumat Pemerintah, Maklumat Wakil Presiden, Maklumat Kepala Polisi Jakarta Raya, Maklumat Jaksa Agung, Maklumat Menteri Keuangan, dan pada tanggal 12 Februari 2001 diterbitkan Maklumat Lopa selaku Menteri Kehakiman dan HAM.

Ada sementara kalangan yang berpendapat bahwa Maklumat Presiden merupakan hukum negara darurat (*staatsnoodrecht*). Dalam kondisi negara darurat, apapun dapat dilakukan oleh Presiden demi menyelamatkan bangsa dan negara dari ancaman kehancuran. Namun pandangan ini lambat-laun di tinggalkan karena bisa mengundang seorang pemimpin yang otoriter. Artinya, seorang Presiden dapat menyimpang dari ketentuan undang-undang bahkan konstitusi sekalipun demi mempertahankan kekuasaannya dengan alasan negara dalam keadaan darurat.

Oleh karena itu, di beberapa negara masalah negara dalam keadaan darurat ditetapkan batas-batas obyektif dalam undang-undangnya. Di Indonesia, masalah negara dalam keadaan darurat memang belum mendapat pengaturan yang khusus. Yang ada saat ini

adalah peraturan soal negara dalam keadaan bahaya. Dasar hukum mengenai keadaan bahaya ini dapat dijumpai dalam Pasal 12 UUD 1945, dimana disebutkan bahwa Presiden menetapkan keadaan bahaya. Syarat-syarat dan akibat keadaan bahaya ditetapkan dengan Undang-undang. Hukum yang memuat syarat-syarat keadaan bahaya yang masih berlaku hingga kini adalah Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu) Nomor 23 Tahun 1959. Sedang masalah negara dalam keadaan darurat masih disandarkan pada teori dan doktrin hukum tata negara.

Dengan adanya Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan, maka jelas bahwa keberadaan Maklumat Presiden tidak termasuk sebagai salah satu sumber hukum yang berlaku di Indonesia. Dengan demikian kedudukan hukumnya tidak lebih sekedar memo atau nota dinas Presiden kepada bawahannya untuk melaksanakan tugas sebagaimana mestinya. Maklumat tersebut tidak mempunyai kekuatan mengikat keluar (berlaku umum) tapi hanya mengikat Menteri yang disertai tugas oleh Presiden. Hal yang sama juga berlaku terhadap Maklumat Lopa yang hanya berkedudukan sebagai pengumuman untuk diindahkan oleh para hakim.

### **1.3. Tidak sinkron karena dibuat oleh pejabat yang tidak berwenang**

Ketidakpastian hukum bisa terjadi karena aturan hukum yang ada dibuat diintervensi oleh instansi atau pejabat resmi tetapi yang bersangkutan tidak berwenang melakukannya.

Contoh kasus mengenai ini dapat dilihat dalam Surat Menteri Kehakiman dan HAM Nomor M.UM.01.06-27 tanggal 23 Februari 2001 tentang Kedudukan Keputusan Menteri dalam Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 yang ditujukan kepada seluruh departemen dan lembaga pemerintah nondepartemen. Isinya menegaskan bahwa kedudukan Keputusan Menteri berada diantara Keputusan Presiden dengan Peraturan Daerah. Dengan kata lain, kedudukan Keputusan Menteri



berada di bawah Keputusan Presiden tetapi di atas Peraturan Daerah. Dengan kedudukan itu, maka menurut Menteri Kehakiman dan HAM Baharuddin Lopa (ketika itu) setiap penerbitan Peraturan Daerah (Perda) harus memperhatikan Keputusan Menteri (Kepmen). Padahal menurut Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan, menegaskan bahwa hirarkhi peraturan perundang-undang di Indonesia (1) UUD 1945, (2) Ketetapan MPR, (3) Undang-Undang – UU, (4) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang – Perpu, (5) Peraturan Pemerintah – PP, (6) Keputusan Presiden – Keppres, (7) Peraturan Daerah – Perda. Selanjutnya ditegaskan bahwa peraturan atau keputusan MA, BPK, Menteri, Bank Indonesia, Badan, Lembaga, atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh pemerintah tidak boleh bertentangan dengan ketentuan yang termuat dalam tata urutan peraturan perundang-undangan tersebut.

Berdasarkan Ketetapan MPR tersebut jelas bahwa kedudukan Keputusan Menteri (Kepmen) berada di bawah Peraturan Daerah (Perda) atau sederajat dengan peraturan atau keputusan MA, BPK, BI, dan lembaga atau komisi yang dibentuk oleh pemerintah. Keinginan Menkeh dan HAM untuk menempatkan Kepmen di atas Perda jelas merupakan bentuk intervensi perundang-undangan yang dilakukan oleh lembaga atau instansi yang tidak berwenang melakukan perubahan hirarkhi peraturan perundang-undangan.

Jika keberadaan Surat Menkeh dan HAM mengakibatkan perubahan struktur peraturan perundang-undangan di lapangan (secara *de facto*), maka Surat Menkeh dan HAM itu tidak saja bertentangan dengan hukum positif tetapi juga menimbulkan ketidakpastian hukum. Alasan Menkeh dan HAM bahwa Kepmen lebih tinggi tingkatannya daripada Perda, karena Kepmen berlaku nasional sedang Perda berlaku lokal (daerah) tidak bisa diterima. Sebab, selain Perda yang berlaku lokal ada pula Undang-undang yang hanya berlaku lokal, seperti Undang-undang tentang Aceh Nangro Darussalam dan beberapa Undang-undang

tentang pembentukan provinsi baru. Keberlakuan secara nasional atau lokal (daerah) bukan faktor yang menentukan tinggi rendahnya tingkatan suatu peraturan atau keputusan tetapi sangat ditentukan oleh seberapa besar daya absorpsi aspirasi rakyat yang dituangkan ke dalam bentuk keputusan. Dan institusi yang bisa mengkleim sebagai penyalur aspirasi rakyat adalah Dewan Perwakilan Rakyat baik di pusat (DPR) maupun di daerah (DPRD). Oleh karena itu, tidak keliru kiranya MPR menetapkan kedudukan Perda berada di atas Kepmen. Bahkan kalau perlu kedudukan Perda di atas Keputusan Presiden (Keppres). Semangat yang terkandung dalam Perda sama dengan Undang-undang. Bedanya, Perda dibentuk oleh parlemen di daerah.

## **2. Aturan Hukum yang Bertentangan dengan Hukum Positif**

Di samping masalah ketidaksinkronan membawa iklim ketidakpastian hukum. Masalah pertentangan antara peraturan atau keputusan yang dibuat oleh lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif juga seringkali membawa iklim ketidakpastian hukum.

Ketidakpastian hukum dalam konteks ini dapat terjadi baik di lembaga eksekutif, legislatif, maupun yudikatif. Pada lembaga eksekutif, ketidakpastian hukum bisa terjadi karena wewenang pengaturan lebih lanjut atas sebuah Undang-undang misalnya, dibaut secara berlebihan sehingga melenceng dari konteks substansi yang dikehendaki oleh Undang-undang tersebut. Misalnya, Keppres atau Kepmen yang bertentangan dengan Undang-undang.

Pada lembaga legislatif, ketidakpastian hukum pun seringkali terjadi. Undang-undang yang merupakan produk legislatif tidak jarang bertentangan dengan Undang-undang yang lain. Bahkan sebuah Undang-undang kadangkala bertentangan dengan UUD 1945 dan/atau Ketetapan MPR. Ini bisa terjadi, baik secara langsung maupun tidak langsung. Pertentangan Undang-undang dengan Undang-undang lain atau dengan UUD 1945 atau Ketetapan MPR secara langsung karena norma atau

kaidah yang diatur dalam Undang-undang sebelumnya dianggap telah usang atau tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat. Sementara norma atau kaidah lama tersebut belum dicabut, sehingga menimbulkan kesan duplikasi atau tumpang tindih (*overlapping*) perundang-undangan. Sedangkan pertentangan secara tidak langsung dapat terjadi jika sebuah undang-undang mengatur suatu materi khusus, namun sebagian di antaranya menyangkut materi khusus pula yang terkait dengan undang-undang lain. Contohnya, Undang-undang tentang Susunan dan Kedudukan Anggota DPR. Dalam Undang-undang ini diatur mengenai hak-hak anggota DPR termasuk untuk membentuk Panitia Khusus (Pansus). Namun di pihak lain, ada Undang-undang yang mengatur khusus tentang panitia atau komisi yang dibentuk DPR harus didaftarkan dalam Berita Negara. Hal inilah yang menyebabkan Presiden Gus Dur menilai Pansus BULOGGate dan BrunaiGate illegal karena DPR lupa bahwa ada undang-undang khusus mengenai pansus yang masih berlaku, yang mengharuskan pendaftaran bagi setiap pembentukan pansus DPR, yang lalai diperhatikan DPR.

Pada lembaga yudikatif jauh lebih runyam. Sendi-sendi kepastian hukum di lembaga ini seringkali goyah karena berbagai intervensi pihak luar terhadap putusan MA. Contoh kasus mengenai ini adalah adanya “surat sakti” yang diterbitkan Ketua MA dulu. Putusan Mahkamah Agung atas sebuah kasus yang berlabel “*pro justicia*” bisa lumpuh di tengah jalan hanya karena diintervensi oleh surat Ketua MA. Bagi masyarakat yang dirugikan dengan surat-surat MA itu tentu saja tidak habis berpikir, bagaimana mungkin putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap bisa tidak dilaksanakan hanya karena keluar “surat sakti” Ketua MA yang membatalkan atau menunda eksekusi kasus tersebut. Lain halnya dengan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) yang pernah dibuat oleh Ketua MA pada tahun 1963. Ketua Mahkamah Agung R.I waktu itu, mampu mewujudkan rasa keadilan masyarakat dengan menjadikan tidak berlakunya lagi pasal-pasal dari undang-undang

yang dinilai tidak lagi sesuai dengan kebutuhan dan rasa keadilan masyarakatnya. Yang dimaksud di sini adalah S.E.M.A Nomor 3 Tahun 1963 yang menyatakan tidak berlakunya lagi beberapa pasal KUH.Perdata, di antaranya Pasal 108 dan 110 tentang ketidakcakapan istri untuk melakukan perbuatan hukum di bidang hukum harta kekayaan. Sekalipun secara hirarki perundang-undangannya kaum positivis sebuah S.E.M.A tidak mungkin menghapuskan suatu undang-undang, apalagi kitab undang-undang, tetapi di dalam kenyataannya S.E.M.A itulah yang diikuti dalam praktek peradilan.

Ini memperlihatkan bahwa sebetulnya hakim dapat mewujudkan rasa keadilan masyarakat jika hakim tersebut memiliki nurani dan komitmen untuk menegakkan keadilan di tengah masyarakat, meskipun aturan hukum yang berlaku pada waktu itu tidak cukup mendukung upaya penegakan keadilan (*justice enforcement*).

Menurut Achmad Ali (Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makassar), sejarah konsep kepastian hukum tidak lepas dari sejarah panjang positivisme hukum (*legal positivism*). Pemikiran positivisme hukum lahir bersama dengan kelahiran negara modern pada akhir abad ke-18. Sebelum kelahiran “legal positivism” ini, masyarakat masih menggunakan hukum yang dinamakan “*interactional law*” alias “*customary law*”. Sebaliknya, positivisme kental dengan ide pendokumenan dan pemformalan hukum dalam wujudnya sebagai “*the statutoriness of law*” atau jika meminjam istilah Roberto M, Unger, dinamakan “*bureaucratic law*”. Dalam ilmu hukum yang legalistik-positivistik, hukum sebagai pranata pengaturan yang mekanistik dan deterministik. Dengan kata lain, positivisme telah melakukan “penyederhanaan-penyederhanaan” yang agak berlebihan. Dalam pandangan positivisme, hukum adalah suatu keteraturan (Achmad Ali, 2000: 9).

John Austin (dalam karyanya: *The Province of Juisprudence Determined*, 1832) seorang eksponen utama dari positivisme, memandang bahwa :

*“ law as the command of the sovereign authority in a society. A command is the expression of a wish directed by the sovereign authority requiring a person or persons to do or refrain from doing a certain thing. The command is backed by a threat of evil to be imposed if the directive is not complied with “*

Jadi bagi Austin atau bagi kaum positivistic, hukum tidak lain dari perintah yang bersumber dari otoritas yang berdaulat di dalam masyarakat. Suatu perintah yang merupakan ungkapan dari keinginan yang diarahkan oleh otoritas yang berdaulat, yang mengharuskan orang atau orang-orang untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu hal. Perintah itu bersandar karena adanya ancaman keburukan, yang akan dipaksakan berlakunya jika perintah itu tidak ditaati. Keburukan yang mengancam bagi mereka yang tidak taat adalah berwujud sanksi yang berada di belakang setiap perintah itu. Suatu perintah, suatu kewajiban untuk menaati dan suatu sanksi, merupakan tiga unsur esensial hukum dalam pandangan positivisme. Satu-satunya hukum yang memiliki ketiga unsur tadi hanyalah “hukum positif”, dan oleh karena itu pula, bagi positivisme, tak ada hukum selain hukum positif, yaitu hukum yang didasarkan pada otoritas yang berdaulat. Bagi kaum penganut positivisme, hukum positif berbeda jika dibandingkan dengan asas-asas lain, misalnya asas-asas yang didasarkan pada moralitas, religi, kebiasaan, konvensi ataupun kesadaran warga masyarakat. Lebih ekstrem lagi, bagi penganut positivisme, *“a definition of law should exclude all rules that resemble law but are not in he nature of commands of the sovereign authority”* ( suatu definisi hukum harus melarang seluruh aturan yang mirip hukum, tetapi tidak bersifat perintah dari otoritas yang berdaulat).

Kita jangan pernah mengabaikan konteks politik yang mewarnai kehadiran negara modern sekitar 2 abad silam, yang saya maksudkan adalah faktor atmosfer politik liberalisme. Fokus pemikiran liberal adalah

pada kemerdekaan individu. Maka logis jika positivisme yang dalam sejarahnya lahir dalam atmosfer liberalisme, tidak dirancang untuk memikirkan dan memberikan keadilan yang luas bagi masyarakat. Sistem hukum, dalam paradigma positivisme, tidak diadakan untuk memberikan keadilan bagi masyarakat, melainkan sekadar melindungi kemerdekaan individu. Dan kemerdekaan individu itu senjata utamanya adalah "*kepastian hukum*". Paradigma positivisme berpandangan, demi kepastian, maka keadilan dan kemanfaatan boleh dikorbankan. Demikianlah dalam kenyataannya, sistem hukum yang lebih menonjolkan kemerdekaan individu itu ketimbang pencarian kebenaran dan keadilan, telah "memakan" banyak korban, baik di negara asalnya di Barat maupun di negara-negara yang menganut positivisme belakangan. Di Amerika Serikat contohnya, puluhan putusan pengadilan kemudian terbukti sebagai "putusan yang sesat", baik putusan-putusan pengadilan yang telah menghukum orang-orang yang sebenarnya tidak bersalah, maupun putusan-putusan pengadilan yang telah membebaskan orang-orang yang sebenarnya harus dipidana. Di Amerika Serikat, kasus-kasus itu dikenal sebagai "*famous trials*". Di antara "*famous trials*" itu adalah : Leopold and Loeb Trial (1924); Scopes "Monkey" Trial (1925); Rosenbergs Trial (1951); Amistad Trials (1839-1840); Bill Haywood Trial (1907); Salem Witchcraft Trials (1692); My Lai Courts Martial (1970); Scottsboro Trials (1931-1937); Dakota Conflicts Trials (1862); Mississippi Burning Trial (1967); Chicago Seven Conspiracy Trial (1969-1970); Johnson Impeachment Trial (1868); The Three Trials of Oscar Wilde (1895); Hauptmann "Lindbergh Kidnaping" Trial (1935); dan yang paling akhir dan paling terkenal adalah kasus *O.J. Simpson (1994-1995)*, seorang trilyuner berkulit hitam, yang dibebaskan oleh tim juri dari dakwaan melakukan pembunuhan terhadap mantan istrinya dan pacarnya. Sebagian besar rakyat Amerika percaya bahwa O.J. Simpsonlah pembunuh sebenarnya, meskipun karena faktor diskriminasi ras ( 8 di antara 12 juri adalah kulit hitam), akhirnya Simpson di "*verdict*" sebagai "*not guilty*". Fenomena yang "serupa tapi tak sama"

juga bermunculan di Indonesia, antara lain putusan bebas terhadap sejumlah “O.J.Simpson ala Indonesia”. (Achmad Ali, 2000: 11).

### **C. Masalah Rasa Keadilan Masyarakat**

Rasa keadilan masyarakat adalah suasana kebatinan masyarakat akan harapan terhadap nilai-nilai keadilan. Inti dari rasa keadilan masyarakat adalah ditegakkannya keadilan (*justice enforcement*) dalam setiap keputusan hukum, baik di lembaga legislatif, eksekutif maupun yudikatif.

Penegakan keadilan (*justice enforcement*) seharusnya paralel dengan penegakan hukum (*law enforcement*). Artinya, setiap upaya penegakan hukum seharusnya bermakna penegakan keadilan. Hukum dan keadilan seharusnya sama dan sebangun. Hukum dan keadilan dapat dibedakan tapi tidak dapat dipisahkan. Bagaikan sebuah coin mata uang yang memiliki dua sisi yang dapat dibedakan tapi tidak bisa dipisahkan. Begitulah seharusnya perumpamaan antara hukum dan keadilan.

Dalam literatur Inggris, istilah keadilan disebut “*justice*”. Selain berarti keadilan, kata “*justice*” juga berarti hukum atau hak. Pengertian yang sama juga dapat ditemukan dalam *The Encyclopedia of Americana* (1973: 263) yang mendefinisikan keadilan, sebagai berikut:

1. *The constant and perpetual disposition to render every man his due;*
2. *The end of civil society;*
3. *The right to obtain a hearing and decision by a court which is free of prejudice and improper influence;*
4. *All recognized equitable rights as well as technical legal right;*
5. *The dictate of right according to the consent of mankind generally;*
6. *Conformity with the principle of integrity, rectitude and just dealing.*

Aristoteles kemudian membedakan dua jenis keadilan, yaitu keadilan sebagai keutamaan umum, yang kemudian melahirkan konsep keadilan umum (*iustitia universalis*) dan keadilan sebagai keutamaan moral khusus, yang kemudian melahirkan konsep keadilan komutaif

(*iustitia commutativa*) dan keadilan distributif (*iustitia distributiva*). Keadilan sebagai keutamaan umum yaitu ketaatan atau kepatuhan terhadap hukum alam dan hukum positif (Lihat Theo Huijbers, 1982: 29).

Hukum dan keadilan seyogianya berada dalam satu “tarikan nafas”. Namun demikian, apabila orang menanyakan apakah “keadilan” itu?, maka akan timbul berbagai jawaban dan jawaban ini jarang sekali yang dapat memuaskan hati orang yang terlibat maupun para pemikir yang tidak terlibat. Berbagai jawaban itu juga menunjukkan bahwa sukar sekali diperoleh jawaban umum, dan apabila ditemukan jawaban atau definisi keadilan oleh suatu masyarakat maka akan terdapat semacam “bias”. Biasanya pengertian keadilan banyak dipengaruhi oleh lingkungan, seperti adat istiadat, susunan norma-norma dan ideologi dari masyarakat yang bersangkutan, sehingga dapatlah dinyatakan bahwa berbagai rumusan tentang keadilan hanya merupakan rumusan yang tentatif. Kesulitan tersebut, mendorong orang terutama kalangan positifis untuk mengambil jalan pintas, yakni menyerahkan perumusan tentang keadilan kepada pembuat undang-undang yang akan merumuskannya berdasarkan rasa keadilannya sendiri.

Harapan masyarakat agar semua aturan hukum mencerminkan keadilan adalah kondisi ideal yang diharapkan. Dalam kenyataannya, banyak aturan hukum yang tidak mencerminkan nilai-nilai keadilan, dalam konteks keadilan hukum hal itu dipandang sebagai deviasi dari yang seharusnya. Hukum harus mampu mewujudkan keadilan dalam masyarakat. Untuk itu hukum harus dibuat atau dirumuskan secara seadil-adilnya. Dalam konteks keadilan hukum ini pula maka adagium yang menyatakan bahwa hukum yang tidak adil dianggap bukan hukum (*lex injusta non est lex*) dapat dipahami, sebab bagaimana mungkin penegakan hukum bisa mewujudkan keadilan jika dalam aturan hukum itu sendiri berisi ketidakadilan. Oleh karena itu, masih diperlukan keadilan hukum untuk memastikan atau menegaskan bahwa di samping keadilan



komutatif dan distributif, maka keadilan hukum juga dapat diintrodusir guna menjamin keadilan dalam masyarakat.

Kasus buronnya Tommy Soeharto (meskipun nantinya mungkin akan tertangkap), membuktikan bahwa hukum, paling tidak “*law enforcement*” belum berfungsi sebagaimana yang diharapkan. Dalam kaitan dengan buronnya Tommy Soeharto, Majalah Time telah menobatkan kasus Tommy Soeharto sebagai skandal terburuk di dunia di tahun 2000. Lengkapnya, Majalah Time (December 18, 2000 Vol.156 No.24) di bawah judul “The Best (and worst) of 2000”, menulis:

*“ALL IN THE FAMILY. Indonesian millionaire playboy Tommy Suharto—son of ousted President Suharto—now has a new role: fugitive. Still in hiding to evade an 18-month prison sentence after a conviction on a \$11 million land scam, Tommy is the latest in a long line of fall guys for his disgraced father’s regime”.*

Majalah terkemuka di Indonesia, TEMPO (Edisi Inggris, November, 14-20, 2000) juga mengomentari buronnya Tommy Soeharto bahwa :

*“Indonesia’s legal system has once again shown its inability to bring about justice with regards to Hutomo ‘Tommy’ Mandala Putra. Regardless of this failure, society still needs a system of order. This is why a different type of legal system is beginning to emerge to fill the vacuum. Last week, posters containing the words ‘catch Tommy, dead or alive,’ were circulated in various cities in Indonesia . This dangerous trend illustrates the public desire to make its own laws, as a substitute to state laws, which are increasingly regarded as being incapable of bringing about justice”.*

Permohonan grasi sekaligus permohonan Peninjauan Kembali oleh pihak Tommy Soeharto, jelas menunjukkan adanya “kekacauan” di dalam sistem hukum kita. Bagaimana mungkin dapat dijawab dengan logika bahwa seseorang “bersalah” sekaligus “tidak bersalah”. Bukankah seseorang yang “minta ampun” (grasi) secara logis berarti mengaku bersalah, sebaliknya seseorang yang meminta “peninjauan kembali” secara logis berarti belum mengaku bersalah. Contoh ini lagi-lagi membuktikan betapa praktek hukum dalam kenyataannya sangat

ditentukan oleh posisi dari orang yang memberi arti terhadap peraturan hukum. Posisi pengacara Tommy Soeharto mewarnai upaya yang tidak logis itu.

Buruknya kondisi hukum kita di Indonesia, khususnya di bidang "law enforcement", telah sering diekspos di berbagai media massa dalam menanggapi berbagai fenomena yang berkaitan dengan penegakan hukum tadi. Berikut ini, beberapa di antaranya yang pernah dimuat oleh Kompas (edisi Inggris):

Dalam kaitannya dengan kinerja Mahkamah Agung Republik Indonesia, Kompas (Saturday, 11 March 2000) mengutip pernyataan Achmad Ali, antara lain:

*"Achmad Ali underlined that the Supreme Court post should be occupied by a highly intellectual person, he should be a man of integrity and own an outstanding track record, quick on the uptake of public aspirations, and able to come up with breakthroughs. With so many changes going on around us, it seems rather odd if a choice from mere career judges will be made, like the 24 names recommended by the Supreme Court..... Referring to the list proffered by the Supreme Court, Achmad Ali clearly observes that the highest institute has not come down from its ivory tower, that it is still isolated from the spirit of change and the growing aspirations of the community.... We hope to witness Gus Dur's adroitness in tricky situations like this, and show the highest institute that other people beside career judges are just as capable to lead the Supreme Court".*

Contoh kasus lain yang menarik sehubungan dengan masalah rasa keadilan masyarakat adalah soal tuntutan buruh untuk mengembalikan pemberlakuan Keputusan Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi Nomor 150 Tahun 2000. Kepmenakertrans tersebut antara lain berisi ketentuan bahwa jika pekerja mengundurkan diri secara sukarela maka pekerja tetap mendapat uang pesangon dan uang jasa. Ketentuan ini dinilai oleh kalangan pengusaha sebagai ketentuan yang memberatkan para pengusaha. Oleh karena itu, pengusaha menghendaki agar Kepmen tersebut direvisi. Pemerintah akhirnya merevisi Kepmenakertrans Nomor 150 Tahun 2000 dan menggantikannya ke dalam Kepmenakertrans

Nomor 78 Tahun 2001 kemudian direvisi lagi ke dalam Kepmen Nomor 111 Tahun 2001. Atas revisi Kepmen tersebut, buruh melakukan aksi demo memprotes perevisian Kepmen Nomor 150 Tahun 2001 dan menuntut untuk memberlakukan kembali Kepmen tersebut.

Jika seandainya pemerintah kondisi obyektif perburuhan di tanah air, maka pemerintah tidak gegabah mengubah Kepmen Nomor 150 Tahun 2000 meskipun pihak pengusaha mengancam untuk melakukan relokasi pabrik atau investasinya ke luar negeri. Pemerintah seyogyanya memahami bahwa untuk kondisi saat ini persoalan perburuhan merupakan persoalan yang tidak berdiri sendiri, melainkan terkait dengan masalah ketimpangan ekonomi, kesenjangan yang demikian lebar antara yang kaya dan yang miskin, kesenjangan antara pemodal dan pekerja. Dengan kata lain persoalan perburuhan jangan hanya dilihat dari perspektif hukum semata, tetapi harus dilihat dari perspektif keadilan. Dalam bahasa Charles Sampford (1989), ia menggunakan istilah "*social melee*" dan "*legal melee*", maka istilah "*melee*" diartikannya sebagai keadaan yang cair (*fluid*) atau fleksibel, sehingga tidak mempunyai format formal atau struktur yang pasti dan tidak kaku.

Membandingkan antara peraturan-peraturan hubungan kerja atau perjanjian kerja di negara-negara yang lebih maju sah-sah saja. Akan tetapi, persolannya bukan hanya terletak pada aspek konformitas antara kepentingan buruh dengan kepentingan pengusaha yang hendak diakomodir dalam sebuah Kepmen. Untuk saat ini, pemerintah harus berpihak kepada kepentingan buruh atau pekerja sembari memberikan pemahaman bahwa hal seperti ini tidak dibiarkan berlangsung lama. Pada waktunya, setelah semuanya bisa memahami kondisi masing-masing maka jalan *win-win solution* dapat diakomodir kembali.

Jalan yang sebaiknya ditempuh oleh pemerintah adalah mengembalikan keberlakuan Kepmen Nomor 150 Tahun 2000 dan menghapus Kepmen Nomor 78 dan 111 Tahun 2001. Jika itu tidak dilakukan maka Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) yang

mengalami tuntutan pemberlakuan Kepmen Nomor 150 Tahun 2000, mengeluarkan Peraturan Daerah (Perda) yang mengatur soal yang dituntut buruh sebagaimana yang dimuat dalam Kepmen Nomor 150 tahun 2000 itu. Perda saat ini tidak perlu memperhatikan Kepmen, sebab kesusukan Perda lebih tinggi tingkatannya daripada Kepmen (Lihat Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000).

Akan jauh lebih baik lagi jika pemerintah atau DPRD dan Organisasi Buruh duduk bersama untuk membahas kemungkinan jalan tengah yaitu bahwa pemberian pesangon dan uang jasa bagi buruh yang mengundurkan diri secara sukarela diberikan secara prosentase berdasarkan gaji buruh yang bersangkutan. Semakin besar gaji yang diperoleh pertahunnya, semakin kecil persentase uang pesangon dan uang jasa yang diperoleh. Sebaliknya semakin kecil gaji yang diperoleh pertahunnya, semakin besar persentase uang pesangon dan unag jasa yang diperoleh jika buruh atau pekerja tersebut mengundurkan diri dari tempat pekerjaannya secara sukarela. Dengan demikian buruh yang berpendapatan rendah saja yang dapat memperoleh uang pesangon dan uang jasa, sedang pekerja yang berpenghasilan tinggi, misalnya manajer tidak perlu diberikan uang pesangon atau uang jasa. Andaipun diberikan jumlah tidak banyak.

Penyelesaian yang lebih mengutamakan rasa keadilan masyarakat daripada sekedar mempertahankan sebuah kebijakan yang resisten dalam masyarakat harus ditempuh oleh pengemban kekuasaan publik. Hanya dengan cara demikian maka iklim kepastian hukum dan rasa keadilan masyarakat dapat terwujud secara simultan.

#### **D. Mengembangkan Sistem Hukum Responsif Menuju Indonesia Baru**

Dalam masyarakat transisi seperti yang dialami oleh bangsa Indonesia saat ini, perlu dilakukan pendekatan transisional, termasuk di bidang hukum. Pendekatan transisional ini tidak saja hendak mengingatkan seluruh komponen bangsa bahwa kita sedang berada

dalam fase suram kehidupan bangsa, tetapi juga sebagai prakondisi agar persoalan serupa tidak teulang lagi di masa yang akan datang. Dalam hubungan ini konsep keadilan transisional (*transitional justice*) model Neil J. Kritz menarik untuk diwacanakan.

Menurut Kritz (1995), jaminan keadilan kepada seluruh rakyat harus diberikan, tidak terkecuali pada masa transisi. Namun, masa yang paling sulit dalam mengimplementasikan sebuah keadilan adalah pada masa transisi itu. Oleh karena itu, agar negara atau pemerintah tetap dapat menjamin keadilan bagi rakyatnya pada masa transisi sekalipun, maka rakyat diminta untuk tidak memaksakan kehendak dengan jalan menuntut keadilan sepenuhnya (*seratus persen*). Akan tetapi, keadilan pada masa transisi adalah keadilan yang dapat dirasakan oleh semua pihak meskipun tidak sepenuhnya, demi terciptanya suasana yang dapat memberi jaminan keadilan yang lebih baik atau sepenuhnya di masa mendatang.

Atas dasar pertimbangan itu, pendekatan keadilan transisional (*transitional justice*) model Kritz mendapat perhatian di beberapa negara guna diterapkan. Keadilan transisional merupakan sebuah pendekatan baru yang memungkinkan negara membuka jalan tengah dari dua ekstrim pendekatan yang ada. Bentuknya sangat beragam, tapi ciri utamanya adalah formal-legalistik sebagai dasar penindakan. Namun, ketentuan formal-lagalistiknya itu diformulasikan sedemikian rupa sehingga tidak berorientasi menghukum (*punishment-oriented*) seperti umumnya ketentuan hukum pidana, melainkan berupa pengakuan kesalahan dan meminta maaf kepada publik, kemudian menarik diri dari “panggung” politik negara tersebut.

Sementara itu menurut Nonet dan Selznick (1978), ada tiga tipe tatanan hukum yaitu hukum represif (*repressive law*), hukum otonom (*otonomius law*), dan hukum responsif (*responsive law*).

Hukum represif adalah hukum yang mengabdikan pada kekuasaan represif, yang memiliki kewenangan tanpa batas. Ciri-ciri hukum represif,

antara lain (1) hukum merupakan sub-ordiansi kekuasaan; (2) adanya preokupasi berlebihan dari para pejabat hukum; (3) lembaga pengawas independen terisolasi dari konteks sosialnya; (4) adanya rezim hukum ganda yang menginstitusionalisasi keadilan kelas; dan (5) perundang-undangan Pidana mencerminkan "*diminant mores*" yang sangat menonjolkan "*legal moralism*".

Hukum otonom adalah hukum mandiri yang mampu mengendalikan represi dan melindungi integritasnya sendiri. Ciri-ciri hukum otonom, antara lain (1) hukum terpisah dari politik dan adanya kewenangan kehakiman yang bebas; (2) tata hukum mengacu model aturan; (3) prosedur dipandang sebagai inti hukum; dan (4) loyalitas pada hukum mengharuskan kepatuhan semua pihak pada aturan hukum positif.

Hukum responsif adalah hukum sebagai sarana yang merespons seluruh kebutuhan dan aspirasi masyarakat. Oleh karena itu, hukum harus fungsional, pragmatik, bertujuan, dan rasional. Di sini, tujuan hukum menjadi alat uji bagi pelaksanaan hukum.

Tipe hukum yang terakhir inilah yang paling baik untuk dikembangkan di tanah air. Meskipun disadari bahwa tidak mudah mewujudkan tipe hukum demikian ini. Sangat utopis kiranya mengharapkan munculnya hukum-hukum responsif di tengah masih banyaknya hukum-hukum represif dan otonom. Namun hal itu bisa diatasi oleh para penegak hukum yang memahami betul esensi hukum responsif dan memiliki komitmen untuk menegakkan hukum dan keadilan.

Hukum responsif sebetulnya banyak bertebaran di tengah masyarakat namun belum dipoitifkan karena terhalang oleh kendala uniformitas. Di samping kaidah-kaidah hukum, cara-cara penyelesaian sengketa yang lebih damai, sejuk dan bisa diterima semua pihak merupakan bentuk-bentuk penyelesaian sengketa yang dapat diangkat sebagai model penyelesaian sengketa, yang menurut hemat kami sejalan dengan model keadilan transisional Kritz dan hukum responsif model Nonet dan Selznick.

Oleh karena itu, alangkah baiknya jika diupayakan untuk menggali lebih jauh lagi nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Selain sesuai dengan konsep keadilan transisional Kritz dan tipe hukum responsif Nonet dan Selznick juga lebih diterima oleh masyarakat yang bersangkutan dan jauh lebih damai.

Untuk menuju ke arah pengembangan sistem hukum responsif menuju Indonesia baru, maka diperlukan langkah awal sebagai berikut:

1. Mengamandemen lagi UUD 1945. Dalam amandemen itu, harus dicantumkan pasal yang berbunyi:
  - a. Setiap peraturan perundang-undangan yang berlaku harus mencerminkan nilai-nilai keadilan bagi seluruh rakyat.
  - b. Hakim dalam memutuskan perkara harus memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat.
2. Memasukkan Sumber Hukum dan Tata Urutan Perundang-undangan sebagaimana yang diatur dalam Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 ke dalam Batang Tubuh UUD 1945.
3. Melakukan pembersihan ke dalam tubuh lembaga-lembaga penegak hukum dengan jalan memutasi orang-orang yang menduduki jabatan strategis dalam pengambilan keputusan hukum, dan menggantikannya dengan orang-orang yang benar-benar bersih dan mempunyai komitmen yang jelas untuk menegakkan keadilan. Untuk itu, sebelum seseorang menduduki jabatan strategis di lembaga-lembaga penegak hukum harus dilakukan *fit and proper test*.
4. Membentuk peraturan perundang-undangan baru yang lebih adil dan responsif guna mengganti peraturan perundang-undangan yang represif dalam menunjang upaya penegakan hukum yang berkeadilan.
5. Menumbuh kembangkan lembaga-lembaga pengawas independen yang dibentuk oleh masyarakat guna memantau jalannya penegakan hukum di tanah air.

Akhirnya, keadilan sebagai konsepsi –seperti yang telah diuraikan di atas—adalah keadilan yang hanya berada dalam dunia “*sollen*”. Untuk

mewujudkan dalam dunia “*sein*” atau kenyataan, maka selain konsep-konsep keadilan itu harus dirumuskan ke dalam peraturan perundang-undangan dan kebijakan-kebijakan publik lainnya, juga harus ditumbuhkan komitmen dan konsistensi dalam merealisasikan dunia ide itu dalam kehidupan sehari-hari.®

### **Referensi:**

- Achmad Ali, 2000, *Hakikat Ilmu Hukum Dan Solusi Keluar Dari Keterpurukan Hukum Di Indonesia*, Catatan Hukum Akhir Tahun 2000 Memasuki Tahun 2001, Makassar.
- Austin, John, 2000, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lawbook Exchange, USA.
- Black, Donald, 1976, *The Behavior of Law*, Academic Press ,Inc, London.
- Huijbers, Theo, 1982, *Filsafat Hukum Dalam Lintas Sejarah*, Yayasan Kanisius, Yogyakarta.
- Kritz, Neil J., 1995, *Transitional Justice (How Emerging Democracies Recokn With Former Regimes) General Considerations*, United State Institute of Peace, Vol.1, New York.
- Nonet, Philipe dan Philip Selznick, 1978, *Law and Society In Transition Toward Responsive Law*, Harper & Row, New York.
- Sampford, Charles, 1989, *The Disorder of Law; A Critique of Legal Theory*, Basil Blackwell, Oxford.
- Teitel, Ruti G, 2000, *Transitional Justice*, Oxford University Press.
- Weinberg, Lee S. & Judith W. Weinberg, 1980, *Law and Society (An Interdisciplinary Intruduction)*, University Press of America, New York.

### **Bio Data Singkat Penulis**



N a m a : Muh. Guntur, S.H., M.H.  
Tempat/Tgl. Lahir : Makassar, 8 Januari 1965  
A g a m a : Islam  
Pekerjaan : Staf Pengajar Fakultas Hukum  
Universitas Hasanuddin (UNHAS) Makassar  
Pendidikan : Mahasiswa Program S3 Ilmu Hukum pada Program  
Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya.  
Alamat Rumah : Jl. Gubeng Airlangga III No. 42 A Surabaya, 60286  
E-mail : [guntur@law.com](mailto:guntur@law.com) atau [guntur@royal.net](mailto:guntur@royal.net)  
H-phone : 0818392101



**ANTROPOLOGI INDONESIA**

*Indonesian Journal of Cultural and Social Anthropology*

**KEPASTIAN HUKUM DAN RASA KEADILAN  
MASYARAKAT MENUJU INDONESIA BARU**

**OLEH:  
M. GUNTUR HAMZAH**

**SIMPOSIUM INTERNASIONAL  
JURNAL ANTROPOLOGI INDONESIA KE-2  
PADA TGL. 18-21 JULI 2001  
DI PADANG**