

## PENGARUH Kaidah BUKAN HUKUM DALAM PROSES PEMBENTUKAN Kaidah HUKUM

Oleh: Grace Juanita<sup>1</sup>

### ABSTRAK

Setiap manusia pada saat berinteraksi dengan manusia lainnya di dalam masyarakat dipengaruhi oleh kaidah yang merupakan pedoman perilaku. Kaidah memuat ketentuan tentang cara bagaimana manusia itu harus berperilaku di dalam masyarakat, dan kaidah yang mengatur perilaku manusia itu tidak homogen sehingga seringkali terjadi hubungan antar kaidah yang satu dengan yang lainnya, dimana satu perilaku diatur oleh dua kaidah atau lebih. Hukum sebagai salah satu kaidah sosial tumbuh berkembang dan bekerja di masyarakat bersama-sama dengan kaidah lain sehingga hukum tidak dapat dilihat sebagai sesuatu yang otonom. Hal yang akan dibahas ialah berkaitan dengan proses pembentukan kaidah hukum dan implikasinya terhadap bekerjanya kaidah hukum tersebut. Sebagai ilustrasi akan digunakan permasalahan yang muncul pada tahap formulasi Rancangan Undang-Undang Anti Pornografi dan Pornoaksi dan implementasi Peraturan Daerah Kota Tangerang tentang Pelarangan Pelacuran.

**Kata Kunci :** Kaidah Hukum, Kaidah Bukan Kaidah Hukum, Pembentukan Hukum

### A. PENDAHULUAN

Sebagai makhluk hidup, manusia itu secara sekaligus me miliki dua aspek yang tidak dapat dipisahkan satu dari yang lain nya. Aspek yang satu ialah sebagai manusia individual, dan aspek lainnya adalah manusia sebagai makhluk sosial di dalam anggota masyarakat atau ke bersamaan dengan manusia-manusia individual lainnya. Manusia sebagai individu dan manusia sebagai makhluk sosial dapat dibedakan, tetapi tidak dapat dipisahkan. Sebagai makhluk individu, manusia me miliki raga, rasa dan rasio yang menggerakkan manusia untuk melakukan perilaku-perilaku dalam rangka mempertahankan diri dan me ningkatkan kualitas hidupnya.

Perilaku tersebut dilakukan dalam hubungan dengan manusia lain dalam masyarakat, sehingga secara sekaligus manusia memiliki aspek sosialitas (rukun). Aristoteles mengatakan bahwa manusia ialah *zoon politikon*.

Hans Kelsen pernah menjelas kan bahwa yang dimaksud dengan "*zoon politikon*" ialah "*man is a social and political being*", artinya manusia itu adalah makhluk sosial yang berarti makhluk yang dikodrat kan hidup dalam kebersamaan dengan sesamanya dalam ma syarakat, dan makhluk yang terbawa oleh kodrat sebagai makhluk sosial itu selalu ber organisasi.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Dosen Fakultas Hukum UNPAR Bandung, untuk matakuliah Pengantar Ilmu Hukum.

<sup>2</sup> Tim Dosen PIH FH UNPAR, Diktat Kuliah, 1995, halaman 13-15.

Hidup dalam kebersamaan itu selalu berarti adanya hubungan antara manusia yang satu dengan yang lainnya, yang sering kali kita kenal dengan istilah relasi sosial.

Relasi sosial ini tentunya kemudian berlanjut dengan terjadinya interaksi sosial antara individu yang satu dengan individu yang lainnya di dalam kehidupan bermasyarakat.

Masyarakat yang di dalamnya terdiri dari berbagai macam individu yang berbeda dengan keunikannya masing-masing, tentunya sangat berpotensi untuk memunculkan konflik sosial yang terjadi akibat hubungan antar individu tersebut. Oleh karena itu masyarakat memerlukan keterlibatan, perlindungan dan juga kepastian berkenaan dengan perilaku sesamanya dalam hubungan dengan kepentingan dirinya.

Masyarakat dan ketertibannya merupakan dua hal yang berhubungan sangat erat. Ketertiban dalam masyarakat diciptakan bersama-sama oleh berbagai lembaga secara bersama-sama. Hukum bukanlah satu-satunya lembaga yang menciptakan ketertiban dalam masyarakat.<sup>3</sup>

Kehidupan dalam masyarakat yang sedikit banyak berjalan dengan tertib dan teratur ini didukung oleh adanya suatu tatanan. Karena adanya tatanan inilah kehidupan masyarakat menjadi tertib.

Tuntutan cara berperilaku dalam hubungan antara yang satu dengan yang lainnya tersebut terbentuk melalui proses objektivasi, berkembang dan kemudian memperoleh kekuatan obyektif.

Artinya tuntutan cara berperilaku itu memiliki daya berlaku secara umum, berlaku bagi setiap orang yang berada dalam situasi sosial yang sama, sehingga semua orang yang berada dalam situasi sosial yang sama dituntut untuk berperilaku dengan cara tertentu itu. Tuntutan berperilaku dengan cara tertentu yang mempunyai kekuatan berlaku secara obyektif itu disebut kaidah atau norma.<sup>4</sup>

Dengan demikian keberadaan kaidah atau norma merupakan sesuatu yang *inheren* pada saat manusia berinteraksi dengan manusia lain dalam masyarakat. Kaidah atau norma itu selalu berisi atau memuat ketentuan tentang keharusan berperilaku dengan cara tertentu. Isi dari kaidah itu adalah berupa ketentuan tentang perilaku apa dan atau bagaimana yang boleh, yang tidak boleh, dan yang harus dijalankan oleh manusia di dalam pergaulan hidup dengan sesamanya. Kaidah-kaidah yang mengatur sikap dan perilaku manusia, pada hakikatnya untuk menjaga keseimbangan dan kepastian kepentingan dalam kehidupan bermasyarakat.<sup>5</sup>

Kaidah atau norma ternyata tidak homogen, artinya terdapat beberapa jenis kaidah atau norma yang memberikan pedoman perilaku tersebut. Prof Soediman membedakan menjadi 2 jenis, yaitu kaidah sosial dan bukan kaidah sosial. Kaidah sosial adalah kaidah yang terbentuk melalui proses interaksi manusia dalam masyarakat, yang termasuk kaidah sosial ini adalah kaidah ke sopanan, kaidah ke susilaan, kaidah kebiasaan, dan kaidah hukum. Sedangkan kaidah agama

3 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, halaman 13.

4 L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993, halaman 5.

5 Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004, halaman 42.

bukan merupakan kaidah sosial karena terbentuknya melalui proses pewahyuan dan bersifat transenden.

Dari kenyataan bahwa perilaku manusia dalam masyarakat dipedomani oleh lebih dari satu jenis norma atau kaidah maka selalu terbuka kemungkinan terjadi hubungan antar kaidah atau antar norma, artinya suatu perilaku diatur oleh dua kaidah atau lebih. Dengan demikian maka dapat terjadi hubungan yang saling menguatkan dan hubungan yang saling melemahkan antar kaidah.

Hukum sebagai salah satu kaidah sosial tumbuh, berkembang, dan bekerja di masyarakat bersama-sama dengan kaidah lain sehingga hukum tidak dapat dilihat sebagai sesuatu yang otonom dalam arti tidak mempengaruhi dan tidak mendapat pengaruh dari masyarakat dan kaidah-kaidah sosial lain.

Dalam tulisan ini penulis akan menganalisis hubungan antar kaidah hukum dan kaidah sosial lainnya, khususnya dalam proses pembentukan kaidah hukum dan implikasinya terhadap bekerjanya kaidah hukum tersebut. Sebagai ilustrasi penulis akan menggunakan permasalahan yang muncul pada tahap formulasi Rancangan Undang-Undang Anti Pornografi dan Pornoaksi (selanjutnya disebut : RUU APP) dan implementasi Peraturan Daerah Kota Tangerang tentang Pelarangan Pelacuran (selanjutnya disebut : Perda Anti-Pelacuran). Pemahaman terhadap permasalahan ini sangat penting khususnya untuk Indonesia karena masyarakatnya yang sangat plural.

## B. Proses Pembentukan Hukum.

*Ubi societas ibi ius*, demikian bunyi sebuah adagium hukum. Adagium tersebut artinya bahwa setiap masyarakat pasti memiliki kaidah hukum sebagai pedoman perilaku dalam proses interaksi antar anggota masyarakat. Sebagai kaidah sosial, kaidah hukum merupakan hasil interaksi sosial masyarakat tersebut sehingga corak suatu tata hukum akan sangat dipengaruhi latar belakang lingkungan, tingkat peradaban, sejarah, dan nilai-nilai yang dianut masyarakat tersebut.<sup>6</sup> Masyarakat dengan sistem sosial sederhana cukup diatur dengan tata hukum yang sederhana, sebaliknya masyarakat dengan sistem sosial yang kompleks juga memerlukan tata hukum yang lebih kompleks. C.F. von Savigny, seorang tokoh aliran sejarah mengemukakan bahwa hukum itu tidak dibuat melainkan tumbuh sendiri di dalam masyarakat karena hukum merupakan pencerminan dari jiwa bangsa.<sup>7</sup> Ini berarti suatu tata hukum harus berlandaskan pada keyakinan masyarakat secara umum yang mewujudkan kesadaran hukum masyarakat. Dengan kata lain, hukum tidak memiliki daya berlaku secara umum, karena setiap bangsa pada setiap waktu memerlukan hukumnya sendiri.

Sejalan dengan pandangan aliran sejarah tersebut, fungsi hukum adalah mengekspresikan kesadaran hukum masyarakat. Hukum harus menjaga nilai-nilai yang diyakini oleh masyarakatnya.

Dengan demikian setiap lembaga pembentuk hukum harus berfungsi sebagai juru bicara atau penyambung

<sup>6</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1980, halaman 32.

<sup>7</sup> Tim Dosen FH Unpar, *op.cit*, halaman 44.

lidah dari kesadaran hukum tersebut. Yang dimaksud dengan pembentuk hukum tersebut meliputi semua lembaga yang menjalankan fungsi *law making process* yaitu legislatif, eksekutif, dan pengadilan. Konsekuensi logis dari pandangan demikian adalah hukum lebih berfungsi sebagai sarana menjaga ketertib an dan pola-pola hubungan sosial yang sudah relatif ajeg (*law as tool for social control*).<sup>8</sup> Penganut aliran sejarah meyakini bahwa kesadaran hukum harus di manifestasikan dalam kaidah-kaidah hukum yang di buat, karena kalau tidak justru akan mewujudkan keberadaannya melalui cara-cara di luar hukum.

Demonstrasi yang dilakukan untuk memprotes substansi suatu (rancangan) perundang-undangan, kebijakan pemerintah, atau putusan pengadilan terjadi karena proses pembentukan hukum tersebut tidak mengakomodasi kesadaran hukum masyarakat.

Permasalahan yang segera mengemuka adalah tentang bagaimana menentukan substansi kesadaran hukum masyarakat yang harus dimanifestasikan dalam kaidah hukum yang akan dibuat. Persoalan tersebut akan menjadi semakin rumit pada masyarakat yang plural seperti Indonesia.

Secara teoritis dapat dikatakan bahwa yang harus di gunakan adalah kesadaran hukum umum, bukan kesadaran hukum *elite*, kelompok dominan mau pun penguasa. Proses pembuatan hukum adalah proses politik, sehingga perwujudan ke

sadaran hukum masyarakat/ umum ke dalam kaidah hukum mengandaikan adanya suatu proses politik yang demokratis.<sup>9</sup>

Apabila demokrasi kemudian di reduksi sedemikian rupa sehingga kelompok mayoritas (baca : suara terbanyak) menjadi memiliki posisi dominan dalam pembentukan kaidah, maka menurut penulis diperlukan pengamanan agar proses pembentukan hukum tidak menjadi proses dominasi oleh kelompok mayoritas terhadap kelompok minoritas. Pengamanan tersebut adalah bahwa kaidah hukum yang dibentuk harus mengacu pada prinsip-prinsip moralitas umum (*general principles of morality*)<sup>10</sup> dan kecenderungan-kecenderungan yang berlaku pada masyarakat beradab, misalnya penghormatan Hak Asasi Manusia, anti diskriminasi, penghormatan pluralisme dan *civil society*.

Dengan memperhatikan kenyataan bahwa masyarakat telah berkembang sangat kompleks sehingga pengorganisasiannya pun menjadi sangat kompleks maka tidak mungkin kaidah hukum dibentuk berdasarkan kesepakatan langsung semua anggota masyarakat.

Demokrasi dan sistem politik dengan sistem perwakilan merupakan hal yang tidak bisa di hindari. Dalam sistem ke-masyarakatan demikian kaidah hukum yang dibentuk juga akan sangat dipengaruhi oleh nilai-nilai kesadaran hukum yang dirumuskan oleh kelompok *elite* dan kelompok dominan. Apa yang di anggap baik,

<sup>8</sup> Satjpto Raharjo, *loc.cit.* halaman 77.

<sup>9</sup> Daniel S Lev, *Hukum dan Politik* di Indonesia, LP3ES, Jakarta, 1990, halaman 34.

<sup>10</sup> Komisi Hukum Nasional, *Reformasi Hukum di Indonesia – Hasil Studi Perkembangan Hukum*, Cyberconsult, Jakarta, 1999, halaman 39.

patut, adil dan oleh karenanya harus di rumuskan dalam kaidah hukum adalah apa yang dianggap baik, patut, dan adil oleh kelompok elite dan dominan.

Saat ini sebagian besar negara mengidentifikasi dirinya menganut sistem negara kesejahteraan dan negara hukum, sehingga pemerintah negara secara aktif turut campur dalam kehidupan masyarakat dengan menggunakan hukum sebagai sarana.<sup>11</sup> Artinya, hukum di guna kan secara sadar untuk mengarahkan perilaku anggota masyarakat menuju suatu keadaan yang dianggap baik oleh pemerintah. Dengan demikian corak suatu tata hukum akan sangat dipengaruhi oleh politik hukum. Dalam situasi ini hukum tidak lagi hanya berfungsi menjaga dan mem pertahankan pola pola hubungan yang ajeg dan tertib dalam masyarakat, akan tetapi hukum secara sadar di gunakan sebagai sarana untuk mengarahkan perilaku masyarakat (*law as tool for social engineering*).<sup>12</sup>

Kedua pendekatan dalam proses pembentukan hukum tersebut, yaitu hukum sebagai sarana kontrol sosial dan sarana rekayasa sosial, masing masing memiliki kelebihan dan kelemahan. Pendekatan kontrol sosial akan menghasil kan kaidah hukum yang relatif aspiratif dan cenderung ditaati secara suka rela karena sub stansinya sejalan dan men cerminkan kesadaran hukum masyarakat. Akan tetapi hukum akan berkembang dengan sangat lambat dibelakang perkembangan masyarakat nya. Sebaliknya pendekatan rekayasa sosial dapat menghasilkan kaidah hukum yang mengarahkan

perkembangan masyarakat kearah yang dianggap lebih baik, akan tetapi pentaat an terhadap kaidah hukum yang demikian akan sangat tergantung pada sanksi dan kekuasaan yang men dukungnya. Kelemahan lain dari pen dekatan rekayasa sosial adalah kemungkinan terjadinya manipu lasi dalam penentuan arah dan tujuan yang lebih baik yang hendak diwujudkan, menjadi arah dan tujuan yang baik menurut penguasa. Tata hukum Indonesia semasa Orde Baru merupakan contoh konkrit hal tersebut, sehingga hukum justru menjadi sarana untuk melakukan *kooptasi* oleh pe nguasa terhadap rakyat karena pendekatan rekayasa sosial dijalankan tanpa proses demokrasi yang menjadi pra syaratnya.

Berdasarkan uraian di atas Penulis berkeyakinan bahwa dua pendekatan tersebut harus digunakan secara bersama-sama secara seimbang, atau bahwa proses pembentukan hukum harus bergerak dalam koridor dua pendekatan tersebut. Artinya, proses pem bentukan hukum harus mem perhatikan dan merupakan manifestasi dari kesadaran hukum masyarakat sekaligus untuk mengarahkan masyarakat ke arah yang lebih baik sesuai dengan prinsip-prinsip moralitas umum dan kecenderungan masyarakat ber adab. Pendapat tersebut sejalan dengan konsep hukum responsif sebagaimana dikemukakan oleh Pillepe Nonet dan Philip Seznick, dimana hukum mampu mem pertahankan secara kuat hal-hal yang esensial bagi integritasnya dengan tetap memperhatikan atau memperhitungkan

<sup>11</sup> Frans Magnis Soeseno, *Etika Politik, Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Gramedia, Jakarta, 1987, halaman 169.

<sup>12</sup> Satjipto Rahardjo, *op.cit.*, halaman 72.

kekuatan-kekuatan baru dalam lingkungannya.<sup>13</sup>

Kesadaran hukum merupakan hal esensial dari hukum yang harus selalu mempengaruhi corak tata hukum, sementara perkembangan masyarakat merupakan realitas yang harus diberi tempat dalam hukum dengan mengarahkan masyarakat kedalam atau menuju perkembangan tersebut. Oleh karena itu dalam konsep hukum responsif tujuan yang hendak diwujudkan memiliki kedudukan yang sama pentingnya dengan nilai-nilai kesopanan, keadilan, dan etik.

Persoalannya adalah bahwa bagaimana mencari keseimbangan antar dua pendekatan tersebut, sementara kita mengetahui bahwa keterkaitan antara perilaku-perilaku yang hendak diatur oleh kaidah hukum dengan kesadaran hukum dan faktor keyakinan masyarakat tidak sama besarnya. Prinsipnya penulis berpendapat bahwa tidak dapat ditetapkan satu rumus keseimbangan yang berlaku untuk setiap waktu di setiap masyarakat dan setiap bidang yang akan diatur oleh hukum. Jadi, keseimbangan tersebut bersifat kasuistis yang harus ditentukan secara kontekstual dalam setiap proses pembentukan kaidah hukum. Secara umum dapat dikatakan bahwa untuk bidang-bidang yang tidak secara erat berhimpitan dengan keyakinan dan kesadaran hukum masyarakat seperti perbankan, pasar modal dan sebagainya maka keseimbangan tersebut dapat mendekati idealitas sehingga pendekatan rekayasa sosial dapat lebih dikedepankan.

Sebaliknya untuk bidang-bidang yang berhimpitan atau bahkan tumpang tindih dengan keyakinan dan kesadaran hukum masyarakat seperti perkawinan, adopsi, pewarisan dan sebagainya maka keseimbangan tersebut harus mendekati realitas sehingga pendekatan kontrol sosial harus lebih dikependakan.

### **C. Kaidah Sosial bukan Kaidah Hukum dan Proses Pembentukan Hukum**

Pada masa sekarang perundang-undangan merupakan sarana atau wadah yang paling banyak digunakan untuk merumuskan kaidah atau norma hukum karena dibanding dengan sumber hukum lainnya karena perundang-undangan memiliki beberapa kelebihan yaitu lebih menjamin kepastian perumusan, lebih bersifat instrumental dan antisipatif.

Meskipun sumber-sumber hukum lain seperti yurisprudensi, kebiasaan, traktat, dan doktrin tetap berperan penting akan tetapi harus diakui bahwa perundang-undangan memiliki peran yang paling menonjol sebagai wadah perumusan kaidah hukum.

Di Indonesia kita dapat melihat fenomena pembentukan hukum melalui perundang-undangan berlangsung secara terus-menerus bahkan sampai tahap yang mencengangkan. Bidang-bidang kehidupan yang dahulu tidak kita bayangkan akan diatur oleh kaidah hukum ternyata sekarang telah menjadi wilayah kerja kaidah hukum. Satjipto<sup>14</sup> menggambarkan fenomena tersebut dengan mengatakan bahwa

<sup>13</sup> Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif: Pilihan di Masa Transisi (terjemahan)*, Huma dan Ford Foundation, Jakarta, 2003, halaman 60.

<sup>14</sup> Satjipto Rahardjo, *op.cit.*, halaman 107.

pembentukan hukum melalui perundang-undangan telah merubah peta ketertiban masyarakat bahkan merubah peta kemasyarakatan itu sendiri.

Secara tegas di ingatkan bahwa semangat mem bentuk hukum melalui perundang-undangan yang terlampau agresif dapat menimbulkan situasi *over legislation*. Dari pandangan sosiologi hukum *over legislation* akan menyebabkan semakin sempitnya kebebasan dan turunnya penghargaan ter hadap hukum karena sebagian besar hukum tidak akan dapat di tegakkan oleh aparat yang terbatas dengan sumber daya yang juga terbatas. Sejalan dengan itu Muladi menge mukakan bahwa kecenderungan merumuskan sanksi pidana dalam setiap penyusunan perundang-undangan dapat me nyebabkan *over criminalization* yang pada akhirnya justru menjadi faktor kriminogen.<sup>15</sup>

Soetandyo<sup>16</sup> melihat bahwa saat ini ada kecenderungan pembentuk undang-undang hendak merumuskan aturan-aturan perilaku yang selama ini menjadi domain kaidah sosial bukan hukum menjadi kaidah hukum. Politik hukum demikian apabila dilakukan secara tidak selektif justru akan kontra produktif terhadap tujuan men ciptakan ke tertiban dengan menggunakan sarana hukum. Alasan yang di kemukakan adalah bahwa pembentukan kaidah hukum melalui per undang-undangan dengan perumusan perilaku yang harus relatif presisi seringkali tidak mampu menangkap esensi dan substansi kaidah sosial lain dengan nilai-nilai abstrak yang melatar

belakanginya. Disebut kontra produktif karena justru akan melemahkan kaidah sosial lain yang sebelumnya efektif mengarahkan perilaku tersebut, sementara kaidah hukum yang mengambil alih tidak mencakup semua aspek perilaku sebagaimana dalam kaidah sosial yang telah diambil alih.

Saat ini media massa di Indonesia banyak menyoroti tentang polemik bahkan konflik yang timbul karena rencana pemberlakuan RUU APP dan penerapan Perda Anti-Pelacuran di Kota Tangerang. RUU APP men dapat protes keras dari sebagian masyarakat bukan karena masyarakat permisif terhadap pornografi dan pornoaksi juga bukan karena pornografi dan pornoaksi sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat, akan tetapi lebih karena perumusan kaidah hukum dalam RUU tersebut. Enam puluh dua (sekali lagi : enam puluh dua !!!) perbuatan yang dikategorikan sebagai pornografi dan pornoaksi dan diancam sanksi pidana dalam RUU APP tersebut sebagian terbesar sebenarnya merupa kan perilaku yang selama ini telah diatur dan menjadi domain kaidah kesopanan, kaidah ke susilaan, dan kaidah agama. Latar belakang pemikiran pembentukan RUU AAP sebagaimana dapat dibaca pada konsideran menimbang salah satunya adalah karena sampai saat ini belum ada perundang-undangan yang secara tegas mengatur definisi dan pemberi an sanksi terhadap pornografi dan pornoaksi untuk tujuan melestarikan tatanan kehidupan ma syarakat. Penulis tidak se tuju dan secara tegas menolak alasan tersebut dengan be berapa argumen sebagai berikut :

<sup>15</sup> Muladi, Makalah: *Kebijakan Kriminalisasi Praktik Bisnis Curang*, tanpa tahun, halaman 7.

<sup>16</sup> Soetandyo Wignyosoebroto, *Hukum : Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, HUMA, Jakarta, 2002, halaman 259.

- a. Alasan tersebut mencerminkan bahwa perumus RUU APP tersebut tidak paham tentang keberadaan berbagai jenis kaidah yang berlaku di masyarakat. Apabila suatu perilaku tidak diatur dalam perundang-undangan bukan berarti perilaku tersebut tidak diatur sama sekali karena ke mungkinan besar perilaku tersebut telah diatur oleh kaidah sosial lainnya;
- b. Upaya mengatur semua perilaku ke dalam kaidah hukum merupakan upaya yang tidak realistis dan tidak akan pernah berhasil, karena tidak setiap perilaku cocok diatur oleh kaidah hukum;
- c. Tujuan memberikan definisi secara tepat terhadap pornografi dan pornoaksi dalam rumusan perundang-undangan beresiko bersifat bias, sehingga justru dapat mereduksi makna pornografi dan pornoaksi dan sebaliknya dapat menjangkit perbuatan yang pada hakekatnya tidak ter masuk dalam pornografi dan pornoaksi;
- d. Tujuan melestarikan tatanan kehidupan masyarakat tidak hanya melulu menjadi tugas dari hukum, tapi juga tugas dari kaidah-kaidah bukan hukum. Fakta kerusuhan yang be berapa kali terjadi dalam proses menolak dan men dukung RUU APP tersebut justru menunjuk kan bahwa ketertiban tidak hanya merupakan hasil dari bekerjanya kaidah hukum, sebaliknya kaidah hukum justru dapat menimbulkan ketidak tertiban;
- e. Perumus RUU APP secara implisit beranggapan bahwa hanya kaidah hukum yang dapat mengatur secara tegas karena memiliki sanksi, padahal dalam kenyataannya semua

kaidah memiliki sifat normatif dan memiliki sanksi;

Permasalahan penerapan Perda Pelacuran Kota Tangerang adalah ilustrasi sejenis tapi dari tahap implementasi atau aplikasi. Dalam Pasal 4 Perda tersebut dirumuskan bahwa :

- (1) *Setiap orang yang sikap atau perilakunya mencurigakan se hingga menimbulkan suatu anggapan bahwa ia/mereka pe lacur dilarang berada di jalan-jalan umum, ... dst.*
- (2) *Siapapun dilarang bermesraan, berpelukan dan/atau be rciuman yang mengarah ke pada hubungan seksual, baik di tempat umum atau di tempat-tempat yang kelihatan oleh umum.*

Perumusan kaidah yang sangat luas dan tidak jelas tersebut dapat menjerat berbagai perilaku yang sebenarnya tidak dimaksud oleh perumusnya, se perti kasus seorang wanita ibu rumah tangga yang harus ber jalan kaki di jalan umum pada malam hari setelah pulang bekerja di pabrik. Kasus ini sekarang berlanjut menjadi gugatan terhadap walikota Tangerang di pengadilan.

Menurut penulis permasalahan yang muncul dari RUU APP dan Perda Anti Pelacuran Kota Tangerang tersebut sebenarnya dikarenakan perumusnya hen dak mengatur perilaku-perilaku yang menjadi kaidah lain seperti kaidah ke sopanan, ke susilaan, dan agama menjadi kaidah hukum. Padahal masing-masing kaidah yang berlaku di masyarakat memiliki porsinya ter sendiri di dalam mengatur peri laku manusia dalam interaksinya bersama masya rakat. Sehingga tidak mungkin semua

kaidah yang ada digantikan oleh kaidah hukum. Secara teoretis memang benar bahwa kaidah hukum harus mendapat dukungan kaidah lain, akan tetapi tidak berarti bahwa kaidah hukum dapat mengambil alih dan menggantikan peran kaidah lain.

Menurut penulis kebijakan demikian bahkan melebihi para penganut aliran legisme, karena mereka hendak mengganti semua kaidah lain dengan kaidah hukum dalam perundang-undangan, sementara aliran legisme hanya tidak mengakui kaidah di luar perundang-undangan sebagai kaidah hukum. Aliran legisme tidak pernah menggugat keberadaan dan peran kaidah-kaidah lain dalam menciptakan ketertiban masyarakat.

Permasalahan RUU APP dan Perda Pelacuran di atas hanya dua contoh yang dipilih sebagai ilustrasi. Dalam kenyataan permasalahan serupa saat ini men jadi persoalan yang sangat serius karena terjadi diberbagai bidang kehidupan dan diberbagai daerah di Indonesia.

Dalam beberapa waktu yang lalu di media massa diangkat berita tentang kerisauan sejumlah tokoh, termasuk anggota DPR,<sup>17</sup> terhadap maraknya perda yang bernuansa syariat Islam.

Kerisauan tersebut disebabkan karena perda-perda tersebut merumuskan substansi kaidah agama (Islam) menjadi kaidah hukum. Pihak yang mendukung perda-perda tersebut ber argumen tasi bahwa perda itu adalah hasil proses demokrasi dan dibuat sesuai prosedur, sehingga me miliki keabsahan secara politik dan

hukum. Sementara pihak yang tidak setuju berargumen bahwa perda-perda tersebut mengabaikan pluralisme, sehingga proses demokrasi yang menghasilkannya adalah proses demokrasi yang direduksi sebagai "demokrasi suara terbanyak" sehingga menjadi dominasi mayoritas terhadap minoritas.

Sebenarnya perlu kita sadari bahwa antara kaidah agama dengan kaidah hukum adalah merupakan sesuatu yang berbeda, sehingga kita tidak boleh mencampuradukan antara kaidah agama dengan kaidah hukum, terlebih lagi di dalam wilayah Negara kita Indonesia yang pluralistis, yang tidak hanya mengakui adanya satu agama tertentu saja di dalam menjalankan kehidupan berbangsa dan bernegara.

Kritik dan keberatan terhadap RUU APP dan Perda Anti-Pelacuran dari kacamata hukum sebagaimana penulis kemukakan di atas sepenuhnya berlaku juga untuk perda-perda yang bernuansa syariat Islam. Syafii Ma'arif,<sup>18</sup> mantan Ketua Muhamadiyah, secara lugas menyatakan bahwa : *"Perda-perda yang bernuansa syariat Islam tersebut tidak akan bertahan lama karena tidak akan bisa di-implementasikan. Fenomena itu terjadi karena adanya euforia, dan oleh karenanya hanya akan bersifat sementara"*.

Secara yuridis-normatif penyusunan RUU APP dan Perda Anti-Pelacuran di atas sebenarnya berlebihan dan tidak di perlukan. Sebenarnya dalam KUHP yang merupakan hukum pidana positif sudah ada rumusan pasal tentang delik susila yang dapat digunakan untuk menghukum beberapa

17 Harian Umum KOMPAS, tanggal 13 Juni 2006, halaman 6.

18 Harian Umum KOMPAS, tanggal 15 Juni 2006, halaman 4.

perbuatan yang dikualifikasi sebagai pornografi dan pornoaksi dalam RUU APP maupun perbuatan pidana dalam perda Anti-Pelacuran. Perbedaannya delik susila dalam KUHP dirumuskan secara umum sehingga penerapannya harus di tafsirkan oleh hakim sesuai dengan situasi konkrit dan perkembangan masyarakat.

Pada saat menggunakan pasal-pasal tentang tindak pidana kesusilaan dalam KUHP hakim harus menafsirkannya dengan menggunakan ukuran kesusilaan yang berlaku dalam masyarakat. Dengan cara ini hubungan yang saling menguatkan antara kaidah hukum dan kesusilaan terjadi karena hukum menggunakan ukuran kaidah kesusilaan.

Penulis lebih menyetujui pendekatan yang dilakukan dalam KUHP tersebut dari pada yang dilakukan dalam RUU APP dan Perda Anti-Pelacuran merumuskan secara rinci kaidah-kaidah kesusilaan menjadi kaidah hukum.

#### D. KESIMPULAN

a. Hukum sebagaimana kaidah atau norma lain berisi pedoman berperilaku bagi anggota masyarakat dalam menghadapi situasi sosial tertentu. Kaidah hukum mengatur masyarakat ber sama-sama dengan bekerjanya kaidah-kaidah lain sehingga terbuka kemungkinan hubungan antar kaidah hukum dengan kaidah-kaidah lain.

Untuk mendukung efektifitas bekerjanya hukum hendaknya hubungan tersebut adalah hubungan yang bersifat saling menguatkan, dalam arti kaidah hukum mendapat dukungan kaidah lain. Akan tetapi ini tidak berarti bahwa kaidah hukum

dapat meng ambil alih dan meng gantikan kaidah-kaidah lain dengan merumuskan substansi kaidah lain menjadi kaidah hukum.

b. Proses pembentukan kaidah hukum harus mempertimbangkan dua hal yang akan mem pengaruhi corak tata hukum, yaitu faktor kesadaran hukum dan faktor politik hukum. Setiap proses pembentukan hukum harus berusaha mencari keseimbangan dalam tarik menarik antara dua faktor tersebut. Keseimbangan bersifat kasusitis dan faktual, tidak dapat ditetapkan secara sama untuk setiap bidang di setiap waktu dan tempat. Sejalan dengan itu proses pembentukan hukum harus secara bersama-sama dan sekaligus mempertimbangkan pendekatan kontrol sosial dan pendekatan rekayasa sosial. Secara ideal pada akhirnya proses pem bentukan hukum diharapkan dapat menciptakan tata hukum yang responsif.

c. Proses pembentukan hukum inheren dengan proses politik, sehingga penentuan kesadaran hukum umum dan perumusan tujuan yang akan dimanifestasikan dalam kaidah hukum/atau tata hukum seringkali adalah kesadaran dan tujuan menurut kelompok mayoritas dan kelompok dominan.

Agar hukum tidak menjadi sarana dominasi mayoritas terhadap minoritas maka proses pem bentukan kaidah hukum harus mem pertimbangkan *general principles of morality* dan ke cenderung yang berlaku pada masyarakat beradab.

DAFTAR PUSTAKA

- Bruggink J.J.H., Refleksi tentang Hukum, terjemahan oleh Arief Sidharta, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995.
- Daniel S Lev, Hukum dan Politik di Indonesia, LP3ES, Jakarta, 1990
- Frans Magnis Soeseno, Etika Politik, Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern, Gramedia, Jakarta, 1987.
- Komisi Hukum Nasional, Reformasi Hukum di Indonesia – Hasil Studi Perkembangan Hukum, Cyberconsult, Jakarta, 1999.
- L.J. van Apeldoorn, Pengantar Ilmu Hukum, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993.
- Marwan Mas, Pengantar Ilmu Hukum, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004.
- Muladi, Makalah: Kebijakan Kriminalisasi Praktik Bisnis Curang, tanpa tahun.
- Philleppe Nonet dan Philip Selznick, Hukum Responsif: Pilihan di Masa Transisi (terjemahan), Huma dan Ford Foundation, Jakarta, 2003.
- Satjipto Rahardjo, Hukum dan Masyarakat, Angkasa, Bandung, 1980.
- \_\_\_\_\_, Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- Soetandyo Wignyosoebroto, Hukum : Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya, HUMA, Jakarta, 2002.
- Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum: Suatu Pengantar, Liberty, Jogjakarta, 1995.
- Tim Dosen PIH FH UNPAR, Diktat Kuliah, 1995.