

KELINDAN ANTARA 'HAK NEGATIF' DENGAN 'HAK POSITIF' DALAM DISKURSUS HAK ASASI MANUSIA

Mirza Satria Buana
Fakultas Hukum, Universitas Lambung Mangkurat
email: mirza.buana@ulm.ac.id

disampaikan 19/08/2022 – di-review 11/09/2022 – diterima 17/06/2023
DOI: 10.25123/vej.v9i1.6042

Abstract

This paper examines the conceptual dichotomy between 'negative right' and 'positive right' in the current discourse of human rights. The dichotomy has been embedded due to the historical description of generations of human rights, encompassing the civil and political rights that have liberalism influences, to the economic, social, and cultural rights that have socialist influences, and the last generation of rights being the collective and solidarity rights. This paper analyses the dichotomy from the standpoint of the right to development, with some pivotal approaches, including conceptual, case law, and comparative constitutional law approaches. It concludes that the dichotomy can only be used in a teaching and pedagogical setting of human rights, but the dichotomy cannot sustain the test in theoretical-conceptual and practical analyses.

Keywords:

'negative right'; 'positive right'; human rights; right to development; comparative constitutional law;

Abstrak

Tulisan ini melakukan telaah konseptual terhadap dikotomi antara 'hak negatif' dan 'hak positif' dalam diskursus hak asasi manusia (HAM). Pendikotomian tersebut berawal pada deskripsi generasi HAM dari hak sipil dan politik yang bernuansa liberalisme, sedangkan hak ekonomi, sosial dan budaya yang bernuansa sosialisme, sampai pada generasi ketiga yang berorientasi pada gerakan solidaritas atas pembangunan. Tulisan ini menganalisis pendikotomian kedua konsep HAM tersebut dengan menggunakan optik hak atas pembangunan, dengan pendekatan konseptual hukum, yurisprudensi, dan perbandingan hukum. Penemuan dalam tulisan ini menunjukkan bahwa dikotomi tersebut tetap dapat digunakan dalam proses pedagogi/pengajaran HAM, namun dalam perspektif teoritik-konseptual dan praktek ketatanegaraan tidaklah dapat dipertahankan lagi.

Kata kunci:

hak negatif; hak positif; hak asasi manusia; hak atas pembangunan; perbandingan hukum tata negara;

Pendahuluan

Dalam konteks negara pasca-otoritarian seperti Indonesia, eksistensi dan efektifitas instrumen hukum Hak Asasi Manusia (HAM) merupakan salah satu syarat substantif reformasi hukum dan politik.¹ Dalam perspektif legalis-positivis, norma-norma HAM telah termaktub dalam norma-norma konstitusi, dan beberapa

¹ Azmi Sharom, et al, *An Introduction to Human Rights in Southeast Asia, Volume 1, SEAHNRN, Bangkok, 2016.* hlm., 14.

kovenan dan konvensi HAM telah juga diratifikasi menjadi hukum nasional Indonesia. Namun ikhtiar reformasi hukum yang berkeadilan dan berkemanusiaan tidaklah cukup dengan semata melakukan transplantasi hukum.² Setidaknya ada dua ikhtiar lanjutan dalam proses transplantasi hukum, yaitu resepsi kedalam perundang-undangan (*legal-reception*), yang telah dilakukan secara formil di atas, dan yang tidak kalah penting adalah resepsi norma-norma ke dalam masyarakat (*sociological-reception*) yang dilakukan baik secara represif lewat penegakan aturan maupun lewat pendekatan persuasif lewat pengajaran dan diskusi.³

Pasca reformasi tahun 1998, proses amandemen Undang-Undang Dasar (UUD 1945) dan ratifikasi kovenan-kovenan HAM Internasional pada tahun 2005, konsepsi HAM kerap dimaknai secara dikotomis.⁴ Produk HAM Internasional dianggap sebagai entitas norma hukum yang dikotomis antara Hak Sipil dan Politik, yang disebut sebagai ‘Hak Negatif’ karena respon pemerintah diharapkan sangat minim dalam interaksi kebebasan sipil dan politik. Sedangkan dalam Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, pemerintah malah dituntut aktif atau ‘positif’ dalam ikhtiar pemenuhan ‘Hak Positif’ tersebut. Kedua konsep HAM tersebut diatur dalam Kovenan ‘kembar’ yang terpisah: *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) dan *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR). Kedua Kovenan tersebut kemudian juga telah diratifikasi dalam dua undang-undang ratifikasi/pengesahan yang berbeda, yaitu: Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005.

Dikotomi di atas sejatinya juga berawal dari konsepsi teoritik HAM yang dibagi ke dalam 3 (tiga) generasi HAM, yang mana dikaitkan dengan sejarah dan slogan Revolusi Perancis (*liberté, égalité dan fraternité*).⁵ Konsep dikotomis tersebut juga dikaitkan dengan konsepsi HAM Internasional dalam fragmentasi

² Philip Eldridge, *Human Rights in Post-Suharto Era, The Brown Journal of World Affairs IX, no.1, 6-12, 2002*, hlm., 7.

³ Pierre Legrand, *Negative Comparative Law: A Strong Programme for Weak Thought, Oxford University Press, Oxford, 2019*, hlm., 27.

⁴ Eko Riyadi, et al, *Hukum Hak Asasi Manusia*, UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm., 7.

⁵ Spasimir Domaradzki, *Karel Vasak's Generations of Human Rights and the Contemporary Human Rights Discourse, Human Rights Review 20, no. 4, 41-68, 2019*.

geo-politik Perang Dingin antara Blok Barat dengan Blok Timur.⁶ Untuk keperluan analisis dalam tulisan ini, dua konsep awal yaitu *liberté* dan *egalité* yang akan lebih banyak dibahas.

Pada generasi pertama, konsep kebebasan (*liberty/liberté*) menjadi titik tekan. Konsep ini berdasar pada penghormatan negara/pemerintah kepada kedaulatan manusia/individual sebagai makhluk otonom, yang sejatinya harus bebas dari opresi, penjajah dan diskriminasi oleh penguasa. Konsep 'hak' tercipta untuk melindungi 'kebebasan' dari penguasa. Dengan kata lain, hak generasi pertama ini dianggap sebagai 'kebebasan dari' (*free from*), di mana warga negara memiliki hak dan kebebasan inheren untuk ranah sipil dan politik, dengan menyatakan pendapat dan bebas memberdayakan dirinya sendiri secara optimal.⁷ Dalam konteks ini, negara/pemerintah hanya memiliki peran pasif atau negatif, dengan hanya mengawasi dan melindungi warga negara dalam mengekspresikan dan melaksanakan hak dan kebebasannya. Hak sipil dan politik kemudian dianggap sebagai 'hak negatif'.

Generasi kedua berdimensi intervensionis karena negara dan pemerintah harus berperan aktif dalam mewujudkan kesejahteraan warga negara, baik secara ekonomi, sosial maupun budaya. Hak-hak warga negara tersebut kerap juga dianggap sebagai 'kewajiban mutlak' negara/pemerintah sebagai pemangku kewajiban. Hak ini menekankan pada 'hak untuk' atau '*right of*', di mana kemudian pemerintah harus berperan aktif dan positif dalam melakukan pemenuhan hak warga negara.⁸ Hak ekonomi, sosial dan budaya kemudian dianggap sebagai 'hak positif'.

Dikotomi antara kedua hak tersebut telah jamak diketahui oleh penggiat dan pengajar HAM. Artikel ini akan membahas permasalahan konseptual di atas di dalam dua rumusan masalah: (1) Bagaimana kelindan konseptual-normatif antara 'hak negatif' dan 'hak positif'? dan dalam perspektif hak atas pembangunan lewat

⁶ Id.

⁷ *Stephan P. Marks, Human Rights: A Brief Introduction, Harvard University Press, Harvard, 2016.* hlm., 45.

⁸ Id.

pendekatan perbandingan hukum tata negara, (2) apakah dikotomi antara 'hak negatif' dan 'hak positif' dapat pertahankan? Tulisan ini akan menganalisis pendikotomian kedua konsep HAM tersebut dengan menggunakan optik hak atas pembangunan, dengan pendekatan konseptual hukum, yurisprudensi dan perbandingan hukum. Pendekatan-pendekatan yang digunakan penting dalam menganalisis isu hukum di atas, terutama pendekatan perbandingan hukum yang sangat diperlukan dalam memperkuat basis epistemologi hukum dan HAM.⁹

Pembahasan dalam artikel ini akan dimulai dengan pemaparan norma-norma pengaturan dalam kovenan-kovenan HAM Internasional: ICCPR dan ICESCR. Pemaparan pengaturan dalam kovenan-kovenan tersebut adalah dalam teks asli (bahasa Inggris), bukan terjemahan dalam perundang-undangan pengesahan, hal ini dilakukan agar analisis konseptual dapat benar-benar memahami maksud orisinal dari pengaturan tersebut, dan menghindari mis-translasi dalam analisis. Pengungkapan makna teks harus dimulai dari teks orisinal yang berisikan tujuan orisinal (*original intent*) dari pengaturan dengan pembacaan yang bersifat tekstual-purposif (*purposive textualism*).¹⁰ Kemudian analisis doktrinal-normatif akan melakukan penelusuran dan analisis terhadap beberapa putusan-putusan hakim (*case law*) dari pengalaman ketatanegaraan Jerman yang telah 'meruntuhkan' sekat konseptual antara kedua hak-hak di atas. Diharapkan lewat penelusuran 'praktek baik' (*good practice*) tersebut, reformasi hukum yang berorientasi prospektif (*ius constituendum*) dapat diwujudkan yang mana merupakan tujuan utama dari perbandingan hukum.¹¹

Pembahasan

Analisis Tekstual-Purposif terhadap Norma HAM Internasional

Kelindan konseptual-filosofis antara kedua kovenan dapat langsung terlihat dalam teks Pembukaan dari kedua kovenan, dimana keduanya memiliki

⁹ Mary A Glendon, Paolo G. Carazzo dan Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions*, Thomson/West, Boston, 1982. hlm., 7.

¹⁰ Robert W. Bennett dan Lawrence B. Solum, *Constitutionalism Originalism: A Debate*, Cornell University Press, Cornet, 2011. hlm., ix.

¹¹ John C. Reitz, *How to do Comparative Law*, *The American Journal of Comparative Law* 46, no. 4, 617 – 636, 1998. hlm., 620.

'nafas filosofis' yang sama, yakni dari nilai-nilai filosofis *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR). Teks Pembukaan ICCPR dan ICESCR menekankan pada relasi ketergantungan (*inter-dependent*) dan keterkaitan (*inter-related*). Pembukaan ICCPR menyatakan: "... *civil and political freedom and freedom from fear and want can only be achieved if **conditions** are created whereby everyone may enjoy his civil and political rights, as well as his economic, social and cultural rights.*"¹² Sedangkan Pembukaan ICESCR juga mengutarakan hal yang sama: "... *the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if **conditions** are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights.*"¹³ Relasi antara kedua kovenan tersebut dapat dilihat dalam kata '**conditions**' atau kondisi-kondisi kondusif yang diciptakan oleh pemerintah guna memperkuat penghormatan, perlindungan dan pemenuhan HAM di masyarakat. Ikhtiar menciptakan 'kondisi-kondisi kondusif' tersebut memerlukan tindakan aktif-positif dari pemerintah, terlepas dari apakah hak-hak tersebut berdimensi sipil dan politik, maupun ekonomi, sosial dan budaya. Ini merupakan salah satu parameter dalam relasi tidak dapat dipisahkan dalam HAM.¹⁴

Kelindan normatif berikut terlihat dalam norma hak untuk menentukan nasib sendiri (*right of self-determination*) yang diatur dan kemudian ditekankan pentingnya oleh kedua kovenan tersebut. Kedua kovenan bahkan memiliki rumusan norma yang secara tekstual sama, sebagai berikut: "... *by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.*"¹⁵ Kedua kovenan juga memiliki norma yang sama dalam proses realisasi hak menentukan nasib sendiri, dengan menyatakan: "... *shall **promote** the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.*"¹⁶ Kata

¹² *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), Pembukaan.

¹³ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR), Pembukaan.

¹⁴ Victoria Hamilyn, *The Indivisibility of Human Rights: Economic, Social and Cultural Rights and the European Convention on Human Rights*, *Bracton Law Journal* 40, no.2, 2008. hlm., 13.

¹⁵ ICCPR, supra no. 12, Pasal 1. ICESCR, supra no. 13, Pasal 1.

¹⁶ Id.

kunci dalam norma tersebut adalah kata '*promote*' atau mempromosikan, dimana kata kerja (*verb*) tersebut bermakna keaktifan negara/pemerintah dalam mempromosikan hak untuk menentukan nasib sendiri baik dalam spektrum sipil dan politik, maupun ekonomi, sosial dan budaya.¹⁷

Sebagai perwujudan ikhtiar untuk menciptakan tertib masyarakat yang berorientasi pada nilai-nilai kemanusiaan, guna mencapai tujuan ideal 'memanusiakan manusia', kedua kovenan mengatur hak untuk tidak di diskriminasi (*right of non-discrimination*). Kedua kovenan menyatakan: "... *without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.*"¹⁸ ICCPR bahkan menekankan apabila ada kekosongan dan/atau kekaburan hukum yang dapat mengakibatkan tindakan diskriminasi, maka pemerintah harus melakukan langkah-langkah yang perlu ("*... undertakes to take the necessary steps*").¹⁹ Norma tersebut menggambarkan bahwa hak-hak yang berdimensi sipil dan politik, tetap memerlukan peran aktif-positif negara/pemerintah.²⁰

Norma-norma turunan dari norma dan prinsip penting dalam UDHR dapat terlihat dalam beberapa pengaturan lanjutan dalam ICCPR maupun ICESCR. Semisal dalam pengaturan terkait '*legal rights*' atau hak yang dimiliki seorang warga negara ketika berhadapan dengan sistem hukum (pidana) negara. Hak tersebut diatur oleh ICCPR, semisal terkait larangan melakukan penangkapan paksa (*arbitrary arrest*),²¹ kewajiban negara untuk menyediakan ruang tahanan yang layak bagi terpidana (*humane imprisonment*) dan memiliki mekanisme rehabilitasi ("*...treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation*"),²² dan kewajiban negara untuk memastikan

¹⁷ Gordon Brown, *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in Changing World, A Report by a Global Citizenship Commission, Geneva, 2006*. hlm., 71.

¹⁸ ICCPR, supra no. 12, Pasal 2 Ayat 1. ICESCR, supra no. 13, Pasal 2 Ayat 2.

¹⁹ Id., Pasal 2 Ayat 2.

²⁰ Brown, supra no. 17, hlm., 79.

²¹ ICCPR, supra no. 12, Pasal 9.

²² Id., Pasal 10 Ayat 3.

proses hukum di pengadilan dilakukan secara berkeadilan dan sesuai prosedur (“...*right to competent, unbiased and fair courts, before the courts and tribunals*”).²³

Aspek kewajiban negara dalam pasal-pasal di atas, sudah ditekankan terlebih dulu dalam norma yang menyatakan: (“... *competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State...*”).²⁴ Makna kata ‘*provided for by*’ adalah tindakan aktif-positif negara/pemerintah dalam menjalankan kewajiban HAM nya, lewat kebijakan konkrit menyediakan dan menjamin hadirnya sarana dan prasarana (termasuk rekrutmen aparat dan penegak hukum) dan sistem peradilan yang tidak korup, tidak bias, non-diskriminatif, bertanggung-jawab dan profesional dalam memberi ruang dan akses keadilan kepada masyarakat.²⁵

Beralih ke norma ICESCR, hak bekerja dan mendapatkan pekerjaan yang layak juga termasuk hak yang bersifat inter-dependensi. Secara normatif, ahli hukum dan HAM akan langsung mengutip norma dalam ICESCR terkait hak mendapat pekerjaan yang layak, yang menyatakan: “... *includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.*”²⁶ Karakter aktif-positif negara/pemerintah dalam menjalankan kewajibannya agar hak untuk bekerja dapat terealisasi secara penuh (*full realization*) lewat norma yang menyatakan:

“... *to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.*”²⁷

Namun sejatinya, ada aspek hak sipil dan politik dalam hak bekerja tersebut, untuk mendapatkan hak yang layak pegawai dan/atau buruh harus memiliki hak untuk berkumpul dan berserikat (*freedom of peaceful assembly and*

²³ Id., Pasal 14.

²⁴ Id., Pasal 2 Ayat 3 huruf b.

²⁵ Anthony R. Reeves, *Do Judges Have an Obligation to enforce the Law*, *Law and Philosophy* 29, no.2, 159 – 187, 2020. hlm., 162.

²⁶ ICESCR, supra no. 13, Pasal 6.

²⁷ Id., Pasal 8 Ayat 2.

association) guna memperkuat posisi tawar buruh/pekerja ketika mereka berhadapan *vis-à-vis* dengan pemerintah dan perusahaan, pemilik modal dan tuan tanah.²⁸ Oleh karena ICCPR juga mengatur terkait hak pegawai/buruh untuk mendirikan serikat buruh/pekerja (“... *the right to form and join trade unions for the protection of his interests*”) dan pekerja/buruh berhak untuk melakukan demonstrasi (*strike*).²⁹ Jaminan hak sipil dan politik dalam pengaturan ICCPR terkait spektrum hak bekerja bertujuan untuk meningkatkan posisi tawar politik kaum pekerja/buruh. Peningkatan posisi tawar lewat pergerakan serikat buruh dimaksudkan untuk menghindari praktek perbudakan moderen, sebagaimana dilarang dalam ICCPR, yang menyatakan: “ *No one shall be held in slavery; slavery and the slave-trade in all their forms shall be prohibited.*”³⁰ Dalam konteks ini, kiranya benar apa yang telah diutarakan oleh aktivis Hak Sipil Amerika Serikat, Martin Luther King Jr yang menyatakan: tidak akan pernah terwujud kesetaraan dan keadilan ekonomi, tanpa hadirnya hak sipil (kewarganegaraan) sebagai jalan perjuangan (“*there will be no (economic) equality, without civil rights*”).³¹

Deskripsi-analitik terakhir yang dipaparkan adalah dalam konteks kebebasan beragama yang berkelindan dengan nuansa kebebasan sipil untuk berkeyakinan, berpendapat dan berekspresi.³² Kebebasan beragama yang terbagi dalam dua konteks: *forum internum* dan *forum externum*, memiliki persinggungan kuat dengan aspek publik. Apabila kepercayaan/keyakinan di ekspresikan dalam ranah publik (*externum*) maka akan ada peran dan kewajiban negara/pemerintah dalam menjaga ketertiban dan ketentraman publik. Pemerintah lewat kebijakannya dapat melakukan ‘rekayasa sosial’ yang bersifat aktif-positif guna menjaga kohesi sosial di masyarakat majemuk, semisal dengan menjalankan program inklusi yang berorientasi pada terciptanya masyarakat yang inter-kultural sembari tetap menghormati hak-hak orang lain dan minoritas. Kebebasan sebagai ‘hak negatif’

²⁸ Colin Crouch, *The Politics of Industrial Relations*, Fontana, Chicago, 1979. hlm. 81.

²⁹ ICESCR, supra no.13, Pasal 21 dan 22.

³⁰ ICCPR, supra no.12, Pasal 8 Ayat 3 huruf (c) poin (i).

³¹ *Thomas Jackson, For Civil Rights to Human Rights: Martin Luther King Jr and the Struggle for Economic Justice, The University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2009.* hlm., 14.

³² ICCPR, supra no. 12, Pasal 18.

dapat dibatasi oleh negara/pemerintah lewat kebijakan-kebijakan afirmatif yang mempertimbangkan unsur-unsur proporsionalitas, tujuan yang adil (*legitimate aim*) dan selaras dengan nilai-nilai demokrasi.³³ Selain itu, ICESCR juga menyatakan norma pembatasan yang kurang lebih sama: “... *so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.*”³⁴

Lewat deskripsi-analitik di atas, dapat di ambil simpulan bahwa sebenarnya secara tekstual dan konseptual, kedua kovenan (ICCPR dan ICESCR) tidak pernah secara eksplisit memberi dikotomi antara keduanya, malah menekankan aspek saling kelindan dan tidak dapat dipisahkan antar kedua hak tersebut (*indivisibility of human rights*).³⁵ Argumentasi di atas, selaras dengan pendapat Gregory dan Giddings yang menolak dikotomi generasi HAM, dengan memberi alternatif kelompok HAM menjadi dua, yaitu (1) hak-hak substantif (*substantive rights*), yang terdiri penggabungan dari hak sipil dan politik dan hak ekonomi, sosial dan budaya. Hak-hak ini tidak mengenal pembagian ‘positif’ maupun ‘negatif’ dari kedua hak, namun menekankan dengan tegas bahwa pemerintah/negara adalah pemangku kewajiban mutlak dalam perlindungan dan pemenuhan hak warga negara. Hak kedua adalah (2) hak-hak prosedural (*procedural rights*), yang merupakan mekanisme lanjut oleh negara/pemerintah dalam mewujudkan hak-hak substantif di atas, semisal hak untuk mendapatkan pelayanan publik dan administrasi yang setara (*right to good and equal administration*), hak mengajukan keluhan, keberataan dan gugatan administratif (*right to complaint*) dan hak mendapatkan pemulihan hak (*right to remedy*).³⁶

Analisis tekstual-purposif sekaligus teoritik di atas, akan semakin dipertajam dengan analisis berdasar pada konsep hak atas pembangunan yang

³³ Id., Pasal 18 Ayat 3, dan Pasal 19 Ayat 3.

³⁴ Id., Pasal 4.

³⁵ Hamlyn, supra no. 14. hlm., 13.

³⁶ Roy Gregory dan Philips Giddings, *Citizenship, Rights and the EU Ombudsman*, dalam Richard Bellamy dan Alex Warleigh (eds), *Citizenship and Governance in the European Union*, Bloomsbury, Glasgow, 2001. hlm., 74.

dapat menggambarkan dengan jelas kelindan tidak terpisahkan antara 'hak negatif' dengan 'hak positif'.

Analisis Teoritik: Hak atas Pembangunan – Kelindan Holistik antara 'Hak Negatif' dengan 'Hak Positif'

Sebenarnya telah jamak diketahui oleh penggiat isu HAM bahwa karakter HAM Internasional selain universalisme (*universalism*) adalah ketidakterpisahan atau tidak dapat dibagi (*indivisible*), tidak dapat dinafikan satu sama lain (*inalienable*) dan saling keterhubungan antara masing-masing hak (*inter-related among the rights*).³⁷ Lewat bangunan konseptual tersebut HAM Internasional menjadi sistem hukum yang komprehensif dan holistik.³⁸

Untuk memahami pembangunan sebagai konsep yang luas, hak atas pembangunan (*rights to development*) relevan sebagai 'pisau analisis' menjawab problematika pembangunan yang multi-perspektif. Lewat pemahaman atas hak atas pembangunan tergambar relasi antara negara/pemerintahan dengan warga negaranya, terkait hak dan kewajiban masing-masing yang bersifat timbal balik (*reciprocal*), selain itu memahami bahwa dalam pembangunan harus ada keadilan (*fairness*) dan kesetaraan (*equality*).³⁹ Guna memastikan praktek pembangunan berjalan taat norma HAM, maka hak atas pembangunan melingkupi tidak hanya hak-hak sosial, ekonomi dan budaya (Hak Positif), namun juga hak sipil dan politik (Hak Negatif).⁴⁰

Declaration of the Right to Development, memberi definisi hak atas pembangunan sebagai berikut: “*the right to development is an **inalienable** human right by virtue of which every human person and all people are entitled to participate*

³⁷ Theodor Meron, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Boston, 1989. hlm. 3.

³⁸ Rhonda Copelon, *The Indivisible Framework of International Human Rights: A Source of Social Justice in the U.S*, *New York City Law Review* 59, no.1, 122-134, 1998. hlm., 124.

³⁹ Upendra Acharya, *The Future of Human Development: The Right to Survive as a Fundamental Element of the Right to Development*, *Denver Journal of International Law and Policy* 42, no. 2, 345-372, 2014. hlm., 345. Peter Uvin, *From the Right to Development to the Right-based Approach*, *Development in Practice* 17, no. 2, 547-605, 2007. hlm., 600.

⁴⁰ Amartya Sen, *Human Rights and Development dalam B.A. Andreassen dan S.P. Marks (eds), Development as a Human Rights: Legal, Political and Economic Dimensions, a Nobel Symposium Book*, Harvard University Press, Cambridge, 2006. hlm., 5.

in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development..."⁴¹ Kemudian, *the United Nations Working Group on the Right to Development*, memberi karakteristik tentang hak atas pembangunan sebagai hak yang "... *multidimensional, integrated, dynamic and progressive. Its realization observes the full observance of economic, social, cultural, civil, and political rights.*"⁴²

Dapat disimpulkan bahwa dalam perspektif hak atas pembangunan, hak-hak sosial, ekonomi dan budaya (Hak Positif) dan hak sipil dan politik (Hak Negatif) tidak dapat dipisahkan, dimana HAM menjadi bagian aspek konstruktif dari pembangunan itu sendiri.⁴³ Selain itu, dari deskripsi dan definisi di atas jelas tergambar bahwa hak atas pembangunan berdimensi hak generasi ketiga, yaitu hak solidaritas (*fraternité*), dimana instrumen HAM harus dapat memastikan bahwa tidak ada satu atau beberapa golongan warga negara yang tertinggal dari proses pembangunan (*no one leave behind*). Norma HAM memastikan bahwa warga negara, terutama dari kalangan minoritas dan marginal dapat bertahan dalam proses pembangunan,⁴⁴ dimana pemerintah memiliki kewajiban sebagai pemangku kewajiban untuk memberi mekanisme perlindungan, pemenuhan dan pemulihan hak kepada masyarakat.⁴⁵

Guna memastikan warga negara dapat bertahan dalam proses pembangunan, hak atas pembangunan tidak hanya harus bersifat holistik, namun juga harus preskriptif, dimana warga negara harus mendapatkan hak-hak hukum (*legal rights*) mereka; instrumen hukum HAM yang dapat digunakan untuk melawan kebijakan pemerintah sekaligus memaksa pemerintah untuk mengeluarkan kebijakan-kebijakan yang berjangkar pada penghormatan terhadap nilai-nilai HAM.⁴⁶

⁴¹ *The Declaration of the Right to Development, G.A. Res. 41/128, U.N. Doc. A/RES/41/128, (Dec. 4, 1986), Pasal 1, para 1.*

⁴² *UNDP, Integrating Human Rights with Sustainable Development, UNDP Policy Document 2, New York, 1998. hlm., 3.*

⁴³ Uvin, supra no. 39, hlm., 601.

⁴⁴ Id., hlm. 607.

⁴⁵ Acharya, supra no. 39, hlm., 360.

⁴⁶ *Arjun Sengupta, Elements of a Theory of the Right to Development, dalam Basu K and Kanbur R (eds), Arguments for a Better World: Essay to Honour Amartya Sen, OUP, Oxford, 2009. hlm., 82.*

Dalam konteks penguatan ‘posisi tawar’ warga negara terhadap pemerintah tersebut, hak sipil dan politik menjadi penting sebagai ‘jaring pengaman’ dari pembangunan. Salah satu aspek terpenting dari hak politik adalah hak untuk berpartisipasi lewat lingkungan demokrasi yang kondusif, oleh karenanya hak politik selalu berkelindan dengan pemerintahan dan pengambilan kebijakan politik, yang mana akan berdampak luas pada semua aspek-aspek pembangunan.⁴⁷ Hak politik yang merupakan manifestasi dari demokrasi adalah pra-syarat pembangunan, guna menciptakan kondisi awal pembangunan di mana warga negara memiliki relasi yang setara dan berkeadilan dengan pemerintah.⁴⁸ Dapat disimpulkan bahwa tujuan pembangunan tidaklah semata pembangunan ekonomi, lewat akselerasi *gross domestic product* (GDP), namun yang lebih penting adalah pembangunan manusia (*human development*) lewat perlindungan hak kewarganegaraan (sipil) dan politik mereka.⁴⁹ Dalam contoh konkrit, hak warga negara untuk memilih dan dipilih, terlibat dalam pemerintahan dan partisipasi dalam setiap kebijakan politik secara langsung dan tidak langsung berdampak pada harkat dan hajat hidup warga negara dan kemampuan warga negara tersebut bertahan dalam proses pembangunan. Dengan memiliki dan dapat menggunakan mekanisme hak sipil dan politik tersebut, warga negara mengetahui hak-hak konstitusional mereka, tahu bagaimana menggunakannya dan dapat menuntut pemulihan hak atas kebijakan pemerintah yang merugikan hak-hak konstitusional mereka.

Banyak kalangan pemerhati HAM hanya fokus kepada aspek hak ekonomi, sosial dan budaya (hak positif) ketika berbicara tentang pembangunan, padahal pembangunan haruslah dimaknai secara holistik, dari ‘hulu ke hilir’. Kondisi pra-syarat pembangunan yang merupakan ‘hulu’ dari pembangunan adalah penguatan instrumen hak sipil dan politik (hak negatif). Karena ‘hak negatif’ menyediakan perlindungan dan penguatan hak-hak individu dan kolektif masyarakat dari relasi

⁴⁷ *United Nations, An Agenda for Development: Report of the Secretary-General, UNDP Policy Document 2, UNDP, New York, 1994.* hlm., 120.

⁴⁸ Sen, supra no.40.

⁴⁹ Jackson, supra no. 31, hlm., 10.

dan kesempatan sosial-ekonomi yang timbang, perlindungan dari rasa takut/intimidasi, diskriminasi dan represi yang kerap dilakukan rejim pemerintah atas nama 'pembangunan'.⁵⁰ Hak negatif tidak harus diperlakukan secara 'pasif' oleh pemerintah, namun juga 'pro-aktif' sebagai instrumen perlindungan hak-hak dalam skema pembangunan berbasis HAM (*human rights-based development*). Contoh konkrit kebijakan proaktif pemerintah dalam hak sipil dan politik adalah membuat pengaturan-pengaturan teknis kepemiluan semisal dengan penataan Daerah Pemilihan (Dapil). Dapil harus selalu diperbaharui secara simultan karena menyangkut keseimbangan jumlah penduduk yang diwakili dan perwakilan wilayah. Apabila tidak diperbaharui maka akan timbul potensi *under-representation*, di mana anggota DPR terpilih mewakili penduduk dalam jumlah jauh lebih sedikit, dan *over-representation*, dimana ada satu anggota DPR terpilih mewakili jumlah penduduk yang sangat banyak. Dalam konteks hukum kepemiluan yang merupakan mekanisme pemenuhan hak sipil dan politik warga negara, kebijakan pemerintah/negara harus dijalankan secara proaktif.

Instrumen HAM sipil dan politik tersebut memastikan bahwa 'kue pembangunan' terdistribusi dengan adil, terutama memberi manfaat langsung kepada kaum termarjinal dan minoritas, dan memastikan proses pembangunan berjalan secara partisipatoris, akuntabel dan transparan, karena pembangunan adalah manifestasi perwujudan hak-hak publik warga negara.

Lewat deskripsi analitik diatas, jelaslah kiranya bahwa akan selalu ada ruang-ruang intervensi aktif-positif pemerintah dalam lingkup sipil dan politik, terutama apabila berkaitan dengan aspek keamanan, keselamatan publik dan hak atas pembangunan yang bernuansa hak solidaritas (*fraternité*). Sekat ruang sipil dan politik yang bersifat 'liberal' dapat dimasuki oleh kebijakan pemerintah apabila memang benar-benar diperlukan. Hal yang perlu ditekankan adalah bahwa kebijakan pembatasan HAM tersebut tidak boleh menjadi praktek pelanggaran terhadap HAM itu sendiri. Oleh karenanya, parameter-parameter dari kebijakan pembatasan HAM oleh pemerintah di mana kebijakan tersebut harus merupakan

⁵⁰ Id., hlm., 10.

produk hukum perundang-undangan, obyektif, proporsional dan terukur lewat tujuan yang sah.⁵¹ Negara/pemerintah juga harus menjelaskan kepada masyarakat sebagai pemilik kedaulatan bahwa pembatasan tersebut perlu, dan penting dalam konteks menjaga hak-hak yang lebih penting.

Menutup argumentasi pada bagian pertama ini, penulis ingin menjelaskan bahwa 'hak negatif' dan 'hak positif' sejatinya memiliki 'DNA' yang sama, yaitu hak asasi manusia yang berorientasi pada pemenuhan harkat dan martabat manusia sebagai manusia (*human dignity*). Perbedaan orientasi dan titik tekan tidaklah kemudian dapat menjadi 'sekat' untuk dapat memisahkan keduanya secara dikotomis, sebagaimana telah dijelaskan dalam prinsip-prinsip HAM Internasional bahwa norma-norma HAM tidak dapat dipisahkan satu sama lain, saling terkait, saling tergantung, dan selalu melibatkan tanggung-jawab negara.

Analisis berikut akan memperlihatkan bagaimana prinsip-prinsip HAM diatas diaplikasikan dalam kasus konkrit putusan hakim di Mahkamah Konstitusi (MK) Federal Jerman. Pengkajian putusan sebagai praktik baik dapat menjadi masukan konstruktif bagi pola pikir sarjana hukum dan penggiat HAM di Indonesia yang terbiasa berpikir kategoris-dikotomis (*categorical mindset*) dalam memandang instrumen-instrumen HAM. Putusan Lüth memperlihatkan bagaimana hakim-hakim konstitusi di MK Jerman mengkontruksi ulang relasi antara hak ekonomi-keperdataan warga negara dengan kepentingan dan hak-hak publik warga negara.

Analisis Putusan Lüth: Tanggung-jawab Negara dalam 'Hak Negatif'

Sebelum membahas lebih jauh terkait Putusan Lüth di Mahkamah Konstitusi Federal Jerman, penting kiranya menjelaskan terlebih dulu terkait pendekatan yang dipergunakan dalam analisis putusan tersebut. Artikel ini menggunakan pendekatan perbandingan hukum tata negara yang berorientasi pada aspek fungsionalis (*functionalism*), dimana obyek kajian dari analisis haruslah memiliki kesamaan fungsi, tujuan dan masalah yang sama. Sehingga diasumsikan akan ada

⁵¹ *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of Civil and Political Rights*, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf> terakhir diakses tanggal 23 Desember 2022.

kesamaan hasil dalam studi perbandingan tersebut atau *praesumptio similitudinis*.⁵²

Putusan Mahkamah Konstitusi Federal Jerman, terutama dalam kasus Lüth, memiliki 'fungsionalitas' atau relevansi dalam konteks ketatanegaraan dan HAM di Indonesia setidaknya dalam 3 (tiga) aspek penting. Pertama, kedua negara (Jerman dan Indonesia) adalah negara yang memiliki akar tradisi hukum yang sama yaitu *civil law (Romano-Germanic)* yang berorientasi tidak hanya pada aspek 'keadilan formal' namun juga 'keadilan substantif' bagi warga negara.⁵³ Namun kedua negara juga telah menerima pengaruh dari beberapa tradisi hukum lain, semisal *common law, Islamic law* dan konvensi ketatanegaraan lain. Kedua, untuk mengakomodir 'keadilan substantif' tersebut, kedua negara memiliki mekanisme yudisial yang sama, yaitu dengan mengadopsi model pengadilan konstitusi Kelsenian model dengan membagi (*bifurcated*) lembaga peradilan menjadi 2 (dua) cabang lembaga yudisial: Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung, walaupun tentu dengan beberapa perbedaan mekanisme dan prosedur. Ketiga, instrumen-instrumen hukum HAM telah kerap menjadi 'batu uji konstitusional' dalam sengketa konstitusional di kedua negara tersebut. Norma hukum HAM dianggap sebagai 'norma konstitusi' (*enforced constitutional norm*) yang imperatif dalam konteks perlindungan hak-hak konstitusional warga negara.⁵⁴

Analisis putusan Lüth akan dimulai dengan pemaparan fakta-fakta hukum atau kronologis singkat dari kasus tersebut.

⁵² Konrad Zweigert dan Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, diterjemahkan oleh Tony Weir, *Oxford University Press, Oxford, 1999*. hlm., 34.

⁵³ Dalam konteks Indonesia, 'keadilan substantif' dipandang sebagai idealitas yang masih perlu di ikhtiarkan. Namun putusan hakim dalam kasus Yosua dapat dianggap sebagai kemenangan gerakan masyarakat sipil atas hadirnya 'keadilan substantif'. Sulistyowati Irianto, Putusan Hakim di Antara Keadilan Hukum dan Keadilan Sosial, *Kompas*, 28 Februari 2023.

⁵⁴ Lihat beberapa Putusan Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan gugatan terkait hak ekonomi, sosial dan budaya masyarakat, semisal: Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 tentang Uji Materiil Undang-Undang Kelistrikan, Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 tentang Uji Materiil Undang-Undang Pendidikan Nasional, dan Putusan Nomor 011-012/PUU-III/2005 tentang Uji Materiil Undang-Undang APBN.

Fakta Hukum Kasus Lüth

Dalam konteks Jerman pra-Perang Dunia ke-II, yang masih terbelenggu dalam penguasaan rezim fasisme oleh Partai Nazi yang dikomandani oleh Adolf Hitler, promosi kekerasan oleh negara berbasis ras anti-sematik (Arab dan Yahudi) kerap terjadi. Propaganda anti-sematik dilakukan dalam lingkup media baik cetak maupun non-cetak (televisi). Salah satu aktor propaganda anti-sematik Partai Nazi adalah aktor sekaligus sutradara bernama Veit Harlan yang merupakan bawahan langsung dari Menteri Propaganda dari Kabinet Hitler, Joseph Goebbels. Dengan pembiayaan dari Partai Nazi, Veit Harlan menjadi produser film anti-sematik berjudul *Jud Suess*.⁵⁵ Film ini dianggap sebagai salah satu penyebab terjadinya genosida sistemik terhadap masyarakat Yahudi di Eropa Barat (*Holocaust*). Pasca berakhirnya Perang Dunia ke-II dengan kejatuhan Nazi di Jerman, Veit Harlan adalah salah satu 'kaki tangan' Nazi yang luput dari jeratan pidana Pengadilan Nuremberg karena dianggap melakukan proyek propaganda anti-semitik hanya sebagai suruhan dari Joseph Goebbels.⁵⁶

Namun pada tahun 1950, Veit Harlan kembali memancing kontroversi dengan menjadi produser sekaligus sutradara dalam film bernuansa anti-sematik berjudul 'Immortal Beloved'. Film tersebut kembali mengusik rasa aman dan damai masyarakat Jerman Barat pasca Perang Dunia ke-II, sekaligus menghambat program rekonsiliasi antara warga Jerman Barat dengan penduduk Yahudi dan imigran-imigran lain. Salah satu pegawai kota Hamburg bernama Erich Lüth melakukan proses terhadap penayangan film anti-sematik tersebut. Erich Lüth menyatakan bahwa film 'Immortal Beloved' adalah adaptasi langsung dari film *Jud Suess* pada masa fasisme Hitler.⁵⁷

Aksi protes dan boikot terhadap film tersebut dilakukan oleh Erich Lüth dan aktivis pro-integrasi Jerman Barat. Namun aksi tersebut mengundang aksi balasan oleh sebagai kalangan. Perusahaan distributor film 'Immortal Beloved' kemudian

⁵⁵ *Peter E Quint, A Return to Lüth, Roger William University Law Review 16, no. 1, 32-47, 2011. hlm., 45.*

⁵⁶ *Teitel, Ruti. Transitional Justice in New Era, Fordham International Law Journal 26, no.4, 3-21, 2002. hlm., 7.*

⁵⁷ *Putusan Pengadilan Mahkamah Konstitusi Federal Jerman, 7 BVferGE 198, 1958. hlm., 45.*

menggugat Lüth di pengadilan sipil atas dakwaan melakukan perbuatan yang mengancam progresifitas industri perfilman di Jerman Barat. Distributor film tersebut mendasarkan argumennya pada kedudukan perusahaan distributor film sebagai 'badan hukum privat' yang mana pendistribusian film tersebut merupakan manifestasi hak ekonomi perusahaan, sehingga tidak bisa diatur oleh hukum publik.⁵⁸

Pengadilan sipil mengabulkan gugatan oleh perusahaan distribusi film. Basis normatif dari putusan pengadilan sipil adalah pembacaan tekstual terhadap Pasal 826 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Jerman, yang menyatakan bahwa tindakan pendistribusian film tersebut merupakan ranah mutlak hukum keperdataan yang juga merupakan manifestasi hak ekonomi perusahaan perfilman, dan kegiatan tersebut dilakukan lewat mekanisme kontraktual antara Veit Harlan dengan perusahaan distributor, oleh karenanya merupakan kegiatan perekonomian warga negara yang berdimensi 'hak positif' dimana negara/pemerintah juga harus menghormati proses perekonomian tersebut secara adil dan bijaksana. Pengadilan sipil mengeluarkan surat perintah (*letter of injunction*) kepada Lüth untuk segera membatalkan aksi protes dan boikot film tersebut.

Erich Lüth tidak menerima putusan pengadilan sipil, dan lewat mekanisme *constitutional complaint* melakukan gugatan ke MK Jerman Barat. Mayoritas hakim-hakim di MK Jerman, dalam amar putusan mengabulkan gugatan Lüth, sekaligus menyatakan putusan pengadilan sipil inkonstitusional dan melepaskan Lüth dari segala dakwaan.

Analisis Pertimbangan Hakim dalam Putusan Lüth

Erich Lüth memakai perspektif hak untuk menyampaikan pendapat sebagai basis gugatan *constitutional complaint* di MK Jerman, dimana hakim-hakim MK bersepakat bahwa hak sipil dan politik Erich Lüth untuk melakukan protes dan boikot terhadap film yang berpotensi membawa kekacauan dan kekerasan rasial

⁵⁸ Id., hlm., 46.

di Jerman Barat adalah tindakan warga negara yang konstitusional. Dengan kata lain, putusan peradilan sipil yang mengeluarkan surat perintah (*letter of injunction*) kepada Lüth untuk segera membatalkan aksi protes dan boikot film tersebut haruslah dianggap inkonstitusional.⁵⁹

Putusan Lüth dianggap sebagai salah satu putusan penting bagi tumbuh kembangnya negara hukum dan penghormatan HAM di Eropa Barat dan terutama di negara-negara demokrasi lain sebagai bahan perbandingan hukum. Analisis terhadap pertimbangan hakim Mahkamah Konstitusi Federal Jerman setidaknya dapat dibagi dalam 3 (tiga) argumen penting.

Pertama, superioritas Hukum Konstitusi terhadap Hukum Keperdataan. Dalam pertimbangan hukum dinyatakan bahwa: "*Justices found that constitutional rights exercised a very great "influence" on cases of private law*".⁶⁰ Dalam konteks negara hukum konstitusional, setiap pranata hukum-hukum keperdataan, semisal hubungan kontraktual antara pihak-pihak berkepentingan dengan doktrin 'kebebasan berkontrak', yang juga manifestasi hak ekonomi, harus tetap memperhatikan norma-norma konstitusi, terutama hak-hak sipil dan politik yang memiliki efek publik, semisal hak menyatakan pendapat dalam proses perjanjian dan implementasi kontrak tersebut. Dengan kata lain, menyatakan, sebagai konsekuensi dari status konstitusi sebagai hukum tertinggi negara, maka hubungan hukum kontraktual dan implementasinya tidak boleh melanggar norma-norma konstitusi yang berdimensi publik ("*... the Court recognized the authority of constitutional law over the ordinary civil law*").⁶¹ Putusan penting ini juga mengkonfirmasi supremasi hukum konstitusi terhadap hukum keperdataan, sekaligus memperlihatkan bagaimana relasi antara hak sipil dan politik dengan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya.

Putusan Lüth menjadi sangat penting dalam ikhtiar untuk melakukan 'pembelajaran konstitusi' kepada warga negara dan pejabat publik, bahwa setiap

⁵⁹ Id., hlm., 47.

⁶⁰ Id., hlm., 77.

⁶¹ Niels Petersen, *The German Constitutional Court and Legislative Capture*, *International Journal of Constitutional Law* 12, no. 2, 60-75, 2014. hlm., 71.

pelaksanaan hak-hak ekonomi terutama yang dilakukan lewat mekanisme kontraktual haruslah memperhatikan hak-hak sipil dan politik. Lewat putusan Lüth jugalah sistem pendidikan hukum di Jerman dan Eropa Barat mulai meninggalkan sistem 'pengkotakan' dimana sarjana hukum perdata pun harus memahami seluk beluk hukum konstitusi. Hal yang sama juga telah dilakukan di lingkungan perusahaan dan pengadilan perdata. Hukum privat tidaklah lagi dimaknai 'murni' privat, terutama dalam konteks negara kesejahteraan.⁶² Perlu diingat dalam konteks ini, hukum publik lah yang mempengaruhi hukum privat/keperdataan, bukan sebaliknya.

Dengan kata lain, lewat putusan kasus Lüth, sekat imajiner antara hak ekonomi dengan hak sipil dan politik telah semakin longgar dan dinamis, terutama apabila ditemukan esensi kepentingan publik dan pertanggung-jawaban negara dalam kegiatan/hubungan hukum keperdataan, pemerintah/negara dapat melakukan intervensi/pembatasan secara proporsional dan terukur. Intervensi/pembatasan tersebut oleh Mahkamah Konstitusi Federal Jerman dikenal dengan sebutan doktrin *free democratic basic order* atau *freie demokratische Grundordnung*. Dalam doktrin ini dinyatakan bahwa norma konstitusi dapat mempengaruhi hukum privat Jerman secara 'horizontal' apabila diperlukan dalam suatu tatanan negara hukum yang demokratis.⁶³ Doktrin ini kemudian dielaborasi dalam konsep pembatasan HAM '*margin of appreciation*' di beberapa putusan-putusan penting di Eropa Barat dan di dalam *Siracusa Principles*.⁶⁴

Pertimbangan kedua adalah Hak Ekonomi ('Hak Positif') harus mempertimbangkan Hak Sipil dan Politik ('Hak Negatif'), dikarenakan hak-hak ekonomi harus mendapatkan afirmasi dari kepentingan-kepentingan publik yang mungkin tercederai oleh pelaksanaan hak-hak ekonomi tersebut. Lewat pertimbangan hukumnya, hakim-hakim menyatakan: " ... *the injunction against Lüth violated his constitutional rights of free expression ... Lüth's rights of free*

⁶² Id., hlm., 71.

⁶³ 7 BVferGE 198, 1958, supra no. 57, hlm., 78.

⁶⁴ Siracusa Principles, supra no. 51.

expression outweighed the countervailing (economic) interests of the film distributors."⁶⁵ Dalam pertimbangan hakim ini jelas terlihat perspektif progresif hakim yang mengelaborasi hubungan tidak terpisahkan (*inseparable connection*) antara hak ekonomi warga negara dengan hak menyatakan pendapat/berekspresi. Hakim menyatakan bahwa '*general law*' dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Jerman harus dibaca dalam konteks Jerman pasca Perang Dunia ke-II, sehingga harus mempertimbangkan suasana kebathinan demokratis pada saat itu.

Dengan kata lain, hubungan kontraktual/keperdataan antara perusahaan distributor film dengan Veit Harlan, haruslah 'dibatasi' oleh hak-hak konstitusional warga negara yang bersifat publik.⁶⁶ Norma hukum privat tidak dapat dan tidak boleh membatasi hak sipil warga negara, namun hak sipil dapat menjadi alasan pembatasan atau konsiderasi dari norma-norma hukum privat. Hak sipil dan politik warga negara digunakan sebagai 'mekanisme penyeimbang' dari kepentingan privat/keperdataan ("*... the values of speech prevailed in a general balancing of relevant interest*").⁶⁷

Pertimbangan hukum hakim menjadi menarik karena salah satu hakim mengutip pendapat Hakim Agung Amerika Serikat Cardoza tentang hak menyatakan pendapat sebagai '*the matrix*', atau pra-kondisi wajib dalam penghormatan HAM disuatu negara ("*.. the indispensable condition of nearly every other form of human rights*").⁶⁸ Lewat pertimbangan hakim tersebut dapat diambil kesimpulan bahwa baik secara normatif maupun praktik yudisial, relasi kelindan antara 'hak positif' dan 'hak negatif' adalah suatu keniscayaan, dimana hak sipil dan politik menjadi bahan pertimbangan utama dari hubungan hukum bidang ekonomi dan perniagaan.

Argumen ketiga menyatakan bahwa Hak Sipil dan Politik dapat dilaksanakan secara 'Positif/Aktif'. Argumen ini membongkar asumsi dan pemahaman awal dari konsep dan teori HAM yang menyatakan bahwa dalam hak

⁶⁵ 7 BVferGE 198, 1958, supra no. 57, hlm., 79.

⁶⁶ Dieter Grimm, *Constitutionalism: Past, Present and Future*, OUP, Oxford, 2016. hlm., 27.

⁶⁷ 7 BVferGE 198, 1958, supra no. 57, hlm., 81.

⁶⁸ Id., hlm., 81-82.

sipil dan politik, negara/pemerintah sebagai pemangku kewajiban hanya bersifat 'pasif' atau 'negatif'. Majelis hakim menyatakan tindakan progresif pemerintah Jerman Barat dalam melakukan proses rekonsiliasi Pasca Perang Dunia ke-II antara masyarakat Jerman ex-Nazi dengan kaum Yahudi dan imigran adalah konstitusional, bahkan dianjurkan untuk dilakukan secara masif.⁶⁹ Namun peran aktif negara/pemerintah dalam ranah hak sipil dan politik harus dilakukan dengan urgensi/alasan dan parameter yang jelas dan terukur. Sebelum putusan Lüth, hak sipil dan politik dilaksanakan secara 'vertikal' oleh negara dengan derajat yang 'negatif', namun pasca putusan Lüth, hak sipil dan politik juga dimaknai dalam relasi 'horizontal' antara warga negara dengan entitas privat, dimana negara berperan sebagai 'penyeimbang' antar keduanya.⁷⁰

Putusan Lüth memiliki dejabat afirmasi yang kuat terhadap proses rekonsiliasi dan promosi penghormatan HAM sampai di tingkat masyarakat. Putusan Lüth 'meniru' proyek afirmasi aktif pemerintah Amerika Serikat dalam menghapuskan diskriminasi rasial kulit hitam di sekolah-sekolah publik. Proyek afirmasi yang dicetuskan lewat putusan *Brown v. Board of Education* pada tahun 1954, dimana hak untuk tidak di diskriminasi (*right of non-discrimination*) yang merupakan bagian integral dari hak sipil dan politik, dilaksanakan secara aktif oleh pemerintah Federal sampai ke negara-negara bagian.⁷¹

Selain itu, Putusan Lüth merupakan salah satu putusan penting yang menekankan relasi tidak terpisahkan antara hukum konstitusi dan HAM, sebagai instrumen penjaga kedaulatan dan hak-hak warga negara dari tindak represif negara/pemerintah atau aktor non-negara (perusahaan atau badan hukum lain). Hukum konstitusi dan HAM adalah hukum yang tidak terpisahkan satu sama lain, dan menjaga 'moral-konstitusi' negara. Pranata hukum-hukum lain, semisal hukum privat haruslah tunduk kepada norma-norma konstitusi dan HAM.

⁶⁹ Id., hlm., 82.

⁷⁰ Donald Kommers dan Russell Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham, 2012. hlm., 21.

⁷¹ Steven Calabresi, *The History and Growth of Judicial Review, Volume 2*, OUP, Oxford, 2021. hlm., 51.

Kesimpulan

Dari pemaparan deskriptif-analitik di atas, dapat disimpulkan bahwa kelindan normatif antara 'hak negatif' dan 'hak positif' terlihat jelas baik secara tekstual maupun politik-hukum. Kedua hak-hak tersebut sejatinya berjangkar pada 'DNA' yang sama. Dalam konteks aplikasi norma HAM, pemerintah/negara dapat berperan aktif/positif dalam konteks perlindungan dan penguatan hak-hak sipil dan politik apabila ditemukan urgensi kepentingan publik dan tanggung-jawab negara dalam melakukan 'penguatan demokrasi dan negara hukum', terutama dalam konteks pembangunan. Namun perlu dicatat bahwa peran aktif/positif negara atau pemerintah dalam hak-hak sipil dan politik harus dilakukan lewat cara-cara yang demokratis dan taat asas perundang-undangan. Dengan kata lain, kebijakan aktif/positif negara tidak dapat dilakukan secara semena-mena tanpa ukuran/parameter kebijakan yang jelas.

Putusan Lüth dapat memberi pembelajaran terhadap Indonesia dalam beberapa aspek-aspek penting. Pertama, hak publik seharusnya diletakkan sebagai 'batu uji' utama dalam kebijakan-kebijakan strategis negara. Hak-hak keperdataan dapat dibatasi apabila ada hak publik yang berdampak luas. Kedua, hak sipil dan politik diletakkan sebagai 'prasyarat' dari pemenuhan hak-hak lain, termasuk hak ekonomi, sosial dan budaya. Aspek-aspek tersebut masih kurang diperhatikan di Indonesia. Pada akhirnya, dikotomi antara 'Hak Negatif' dan 'Hak Positif' masih dapat dilakukan dalam konteks pembelajaran/pedagogi Hukum dan HAM terutama dalam penekanan historis pembentukan norma HAM Internasional pasca Perang Dunia ke-II, namun dalam konteks analitik dan praktik, dikotomi tersebut tidaklah dapat dipertahankan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Bennett, Robert W dan Lawrence B. Solum, Constitutionalism Originalism: A Debate, Cornell University Press, 2011.*
- Brown, Gordon, The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in Changing World, A Report by a Global Citizenship Commission, 2006.*

- Calabresi, Steven, *The History and Growth of Judicial Review, Volume 2*, OUP, Oxford, 2021.
- Glendon, Mary A, Paolo G. Carazzo dan Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions*, Thomson/West, Boston, 1982.
- Gregory, Roy dan Philips Giddings, *Citizenship, Rights and the EU Ombudsman*, dalam Richard Bellamy dan Alex Warleigh (eds), *Citizenship and Governance in the European Union*, Bloomsbury Academic, Glasgow, 2001.
- Grimm, Dieter, *Constitutionalism: Past, Present and Future*, OUP, Oxford, 2016.
- Jackson, Thomas, *For Civil Rights to Human Rights: Martin Luther King Jr and the Struggle for Economic Justice*, The University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2009.
- Kommers, Donald dan Miller, Russell, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham, 2012.
- Legrand, Pierre, *Negative Comparative Law: A Strong Programme for Weak Thought*, OUP, Oxford, 2019.
- Meron, Theodor, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Boston, 1989.
- Riyadi, Eko, et al, *Hukum Hak Asasi Manusia*, UII Press, Yogyakarta, 2005.
- Sen, Amartya, *Human Rights and Development dalam B.A. Andreassen dan S.P. Marks (eds), Development as a Human Rights: Legal, Political and Economic Dimensions, a Nobel Symposium Book*, Harvard University Press, Cambridge, 2006.
- Sengupta, Arjun, *Elements of a Theory of the Right to Development*, dalam Basu K and Kanbur R (eds), *Arguments for a Better World: Essay to Honour Amartya Sen*, OUP, Oxford, 2009.
- Sharom, Azmi et al, *An Introduction to Human Rights in Southeast Asia, Volume I*, SEAHRN, 2016.
- UNDP, *Integrating Human Rights with Sustainable Development*, UNDP Policy Document 2, New York, 1998.
- United Nations, *An Agenda for Development: Report of the Secretary-General*, UNDP Policy Document 2, UNDP, New York, 1994.
- Zweigert, Konrad dan Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, diterjemahkan oleh Tony Weir, Oxford University Press, Oxford, 1999.

Jurnal:

- Acharya, Upendra, *The Future of Human Development: The Right to Survive as a Fundamental Element of the Right to Development*, *Denver Journal of International Law and Policy* 42, 2014.
- Domaradzki, Spasimir, 'Karel Vasak's Generations of Human Rights and the Contemporary Human Rights Discourse', *Human Rights Review* 20, no. 4, 2019.
- Eldridge, Philip. *Human Rights in Post-Suharto Era*, *The Brown Journal of World Affairs* IX, no. 1, 2002.
- Hamlyn, Victoria. *The Indivisibility of Human Rights: Economic, Social and Cultural Rights and the European Convention on Human Rights*, *Bracton Law Journal* 40, no.1, 2008.

Petersen, Niels. The German Constitutional Court and Legislative Capture, International Journal of Constitutional Law 12, no.1, 2014.

Quint, Peter E, A Return to Lüth, Roger William University Law Review 16, no. 2, 2011.

Teitel, Ruti, Transitional Justice in New Era, Fordham International Law Journal 26, no. 4, 2002.

Uvin, Peter, From the Right to Development to the Right-based Approach, Development in Practice 17, no. 1, 2007.

Peraturan perundang-undangan:

Undang-Undang Dasar 1945 (Amandemen).

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Ratifikasi International Covenant on Economics, Social and Cultural Rights (ICESCR).

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

Deklarasi, Kovenan dan Konvensi Internasional:

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1976.

International Covenant on Economics, Social and Cultural Rights (ICESCR), 1976.

Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of Civil and Political Rights, 1985.

The Declaration of the Right to Development, G.A. Res. 41/128, U.N. Doc. A/RES/41/128, Dec. 4, 1986.

Putusan Pengadilan:

Putusan Pengadilan Mahkamah Konstitusi Federal Jerman, 7 BVferGE 198, 1958.

Putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat, *Brown v. Broad of Education*, 347 U.S. 483, 1954.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 tentang Uji Materiil Undang-Undang Kelistrikan.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 tentang Uji Materiil Undang-Undang Pendidikan Nasional.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 011-012/PUU-III/2005 tentang Uji Materil Undang-Undang APBN.

Surat Kabar:

Sulistyowati Irianto, Putusan Hakim di Antara Keadilan Hukum dan Keadilan Sosial, Kompas, 28 Februari 2023.