

SUBJEK HUKUM MENURUT HANS KELSEN DAN TEORI TRADISIONAL: ANTARA MANIPULASI DAN FIKSI

E. Fernando M. Manullang

Fakultas Hukum Universitas Indonesia

nando@ui.ac.id

Received 01-08-2019; Revised 26-03-2021; Accepted 26-03-2021

<https://doi.org/10.25216/jbp.10.1.2021.139-154>

Abstrak

Konsep subjek hukum adalah salahkonsep inti dalam hukum. Dalam teori tradisional, konsep ini hanya dimaknai hanya berkaitan dengan hak dan kewajiban belaka. Sementara Hans Kelsen melihat bahwa ada persoalan kuasa dalam hak dan kewajiban. Namun, kuasa ini bukanlah kuasa terutama dalam konsep subjek hukum, karena menurut teori tradisional, ada kuasa di baliknya yang menentukan sesuatu itu adalah subjek hukum yang memiliki kuasa hak atau tidak. Relasi antarkuasa ini berpotensi tidak adil, dan bahkan berpotensi menjadi jahat, karena secara potensial ada manipulasi berbaur fiksi atas nama keyakinan agama atau pandangan sosial tertentu, sehingga si penguasa ini dapat menentukan sesuatu itu adalah subjek hukum yang memiliki kuasa atau tidak. Jikalau tidak memiliki kuasa, maka sanksi akan disiapkan untuk menghukum perilaku yang dianggap menyimpang.

Abstract

The concept of legal subject is one of the core concepts in law. In traditional theory, this concept is only interpreted in its relation to the rights and obligations. While Hans Kelsen sees that such concept is related to power in rights and obligations. However, this power is not the supreme power in the concept of legal subjects, because according to traditional theory, there is another power behind it which determines the existence of a legal subject whether it has power or not. This power relation is potentially unfair, and even vicious, because there is plausible manipulation mixed with fiction in the name of a religious belief or a social view, hence such power can determine whether a legal subject has power or not. If it has no

power, then sanctions will be defined to punish certain behavior that is considered socially improper.

Kata kunci: kuasa, subjek hukum, hak, kewajiban, power, legal subject, rights, obligation

Pendahuluan

Berbicara mengenai konsep dasar hukum, ada satu konsep dasar yang menjadi tema sentral dari seluruh konsep hukum, yakni subjek hukum.¹ Konsep ini menjadi tema sentral karena pada dasarnya, hukum itu mengenai hubungan antar individu.² Memang, hukum tidak melulu mengatur soal subjeknya belaka, karena dilihat dari ruang lingkup berlakunya, bukan semata-mata konsep dasar. Selain subjek hukum, menurut Logemann, 3 elemen lainnya, yakni hubungan, waktu dan hal.³ Pendapat Logemann tadi justru semakin menegaskan betapa pentingnya gagasan mengenai subjek hukum, karena ia sekaligus menjadi konsep dasar dan elemen dalam ruang lingkup berlakunya hukum.

Para ahli hukum, tatkala membahas gagasan seputar subjek hukum, selalu mengaitkannya dengan hak dan kewajiban belaka. Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta misalnya. Mereka berdua mengatakan bahwa subjek hukum adalah pemegang atau pengembalian hak dan kewajiban.⁴ Sedikit berbeda dengan Kusumaatmadja dan Sidharta, E. Utrecht dan Moh. Saleh Djindang menyatakan subjek hukum itu pendukung hak.⁵ Dengan perspektif yang

¹ Perihal konsep dasar hukum, Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta menyebutkan ada konsep dasar hukum di luar subjek hukum, yakni (1) obyek hukum, (2) peristiwa hukum, (3) hak, kewajiban dan kewenangan, (4) kecakapan melakukan perbuatan hukum. Perihal ini dapat dilihat dalam Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum* (Bandung: Penerbit Alumni, 2000), hal. 74 *et seqq.* Dengan istilah berbeda, namun maksud yang sama, disebut oleh Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka menyatakan ada beberapa pengertian-pengertian dasar sistem hukum, di luar subjek hukum, yakni; (1) masyarakat hukum, (2) peranan dalam hukum, (3) peristiwa hukum, (4) hubungan hukum, dan (6) obyek hukum. Perihal ini dapat dilihat dalam Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Sendi-Sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993), hal. 39-44.

² Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum* (Bandung: Penerbit Alumni, 1986), hal. 22 *et seqq.*

³ *Ibid.*, hal. 113-114.

⁴ Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum*, hal. 80.

⁵ E. Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, *Pengantar dalam Hukum Indonesia* (Jakarta: Penerbit Sinar Harapan, 1989), hal. 264.

juga sedikit berbeda, Satjipto Rahardjo menjelaskan orang, bukan subjek hukum, sebagai pembawa hak, sehingga tanpa hak, tidak akan ada kewajiban dan seterusnya.⁶ Sementara, L. J. van Apeldoorn, mengatakan bahwa segala sesuatu yang memiliki kewenangan hukum, itu dianggap subjek hukum.⁷ Selain itu, Sudikno Mertokusumo mengatakan kalau subjek hukum adalah segala sesuatu yang dapat memperoleh hak dan kewajiban.⁸ Ini selaras dengan apa yang dibayangkan oleh Kelsen. Hanya saja, Kelsen menegaskan bahwa antara subjek hukum dengan hak dan kewajibannya adalah suatu entitas yang tak terpisahkan dengan norma hukumnya.⁹

Yang menarik, relasi subjek hukum dengan hak dan kewajibannya, di mata Hans Kelsen, itu semua berdasarkan teori tradisional. Sekali lagi, teori tradisional tentang subjek hukum. Menurut Kelsen, hak tidak dapat dipahami semata-mata sebagai hak, karena hak adalah kuasa dalam hukum (*legal power*) untuk melaksanakan kewajiban hukum. Dengan demikian, di dalam hak, ada kuasa, dan kuasa itu berguna untuk menjalankan kewajiban hukum.¹⁰

Yang menjadi pertanyaan di sini, apabila kuasa itu dimaksudkan untuk menjalankan kewajiban-kewajiban hukum, apakah dengan demikian, setiap kuasa di dalam hak itu bertujuan baik? Pertanyaan konyol ini diberikan karena, secara moral, dalam pandangan Kantian, setiap kewajiban itu mengandung kesadaran etis yang baik.¹¹ Dan apakah itu artinya kewajiban hukum yang berasal dari kuasa di dalam hak, akan memberikan beban kewajiban hukum yang sekualitas dengan kewajiban dalam pandangan Kant? Katakanlah, pertanyaan konyol itu dibantah dengan dasar Kant memang tak melihat hukum itu sekualitas dengan moral, karena kewajiban moral itu tak menuntut syarat, dilaksanakan dengan ikhlas. Hal ini sangat berbeda dengan hukum yang

⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hal. 66.

⁷ L. J. van Apeldoorn, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht, atau Pengantar Ilmu Hukum, terj.* Oetarid Sadino (Jakarta: Pradnya Paramita, 1986), hal. 203.

⁸ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar* (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1999), hal. 67.

⁹ Hans Kelsen, *General Theory of State and Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1949), hal. 93.

¹⁰ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley: University of California Press, 1967), hal. 168 *et seqq.* Perspektif Kelsen itu diamini juga oleh Utrecht dan Djindang. Bagi mereka, karena subjek hukum itu pendukung hak, maka subjek hukum itu memiliki kekuasaan untuk mendukungnya. Lihat dalam E. Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, hal. 264.

¹¹ S. P. Lili Tjahjadi, *Hukum Moral: Ajaran Immanuel Kant tentang Etika dan Imperatif Kategoris* (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1991), hal. 50-55.

memberikan syarat, karena di dalam hukum orang bisa melaksanakan kewajibannya karena takut akan sanksinya.¹² Lantas apakah bisa dikatakan kuasa di dalam pelaksanaan kewajiban itu akan tetap berpotensi baik, mengingat norma hukum itu berkisar hal yang seharusnya?¹³

Sayangnya, hampir tak ada penjelasan yang baik perihal pertanyaan-pertanyaan di atas, jika kita kembali memeriksa literatur-literatur hukum di atas, selain yang Kelsen berikan. Oleh sebab itu, tulisan ini akan mengurai ide Kelsen mengenai subjek hukum, dan merefleksikannya secara kritis, apakah konsep subjek hukum menurut Kelsen dan teori tradisional berpotensi adil atau jahat, dengan asumsi kewajiban dianggap sebagai bagian dari hal yang seharusnya dalam pandangan normatif-yuridis.

Berdasarkan tujuan di atas, tulisan ini akan dibagi ke dalam dua bagian, sebelum diakhiri dengan penutup, yakni; *pertama*, perihal perumusan subjek hukum menurut Hans Kelsen dan teori tradisional. Bagaimana keduanya memandang subjek hukum? Apakah itu suatu konsep yang dirumuskan berdasarkan realitas yang ada, atautkah itu adalah semata-mata dihasilkan dari pertimbangan rasional belaka? Lalu, *kedua*, persoalan kuasa dalam konsep subjek hukum menurut Hans Kelsen. Adakah persoalan kritis di balik gagasan Kelsen mengenai ini? Lalu, apakah teori tradisional memiliki pandangan yang berbeda soal kuasa berkaitan dengan subjek hukum? Lalu apakah ada krisis pula di balik gagasan kuasanya teori tradisional?

Pembahasan

A. Konsep Subjek Hukum: Suatu Konstruksi Fiktif

Kelsen mengatakan ide tradisional tentang subjek hukum itu membebaskan masyarakat hukum sebagai pihak yang berfungsi dalam membuat dan menerapkan hukum. Oleh karena itu, menurut Kelsen, subjek yang mengemban kuasa semacam itu ada dalam diri, yang ia sebut sebagai; organ hukum.¹⁴ Organ hukum adalah gagasan fiktif mengenai masyarakat, dalam arti, masyarakat ini tidak merujuk pada kenyataan sosiologis, namun merujuk pada tata normatif. Tata normatif itu bukan

¹² *Ibid.*, hal. 47-50.

¹³ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, hal. 22-31.

¹⁴ Hans Kelsen, *Pure Theoy of Law*, hal. 169.

individu atau kumpulan individu (masyarakat), yang mengatur perilaku tiap-tiap individu.¹⁵ Oleh karena itu, setiap individu itu bisa sekaligus sebagai organ hukum karena ia yang membuat dan menerapkan hukum, dan juga menjadi subjek hukum karena dia pula yang akan menjadi pihak yang mematuhi atau malah melanggar hukum.¹⁶

Di sini dapat dilihat, teori tradisional dan Hans Kelsen sama-sama berpendapat bahwa sumber asal kuasa itu berasal dari masyarakat. Namun, Kelsen berbeda dengan teori tradisional dalam memaknai masyarakat. Bagi Kelsen, masyarakat di sini adalah bersifat fiktif. Akibatnya, Kelsen menganggap konsep subjek hukum ini pun bertendensi fiktif. Mengapa? Ini karena tak mungkin dibenarkan seorang individu membuat hak untuk dirinya sendiri, walau di tiap-tiap individu ada otonomi, termasuk di ranah hukum perdata sekalipun. Sebab, jika diandaikan ada hak yang dimiliki oleh seorang individu, itu artinya ada kewajiban pihak lain. Dengan demikian, hak bisa dimiliki oleh seseorang berdasarkan aturan-aturan yang objektif sifatnya, seperti undang-undang, bukan karena kehendak si subjek hukum itu sendiri.¹⁷

Penjelasan yang lebih sederhananya, adanya subjek hukum dengan hak-haknya itu semata-mata ditentukan oleh hukum positif, bukan karena subjek hukum itu secara nyata dianggap ada. Oleh karena itulah, Kelsen menganggap subjek hukum ini adalah sesuatu yang fiktif sifatnya. Subjek hukum yang fiktif itu ditentukan ada oleh organ (komunitas) yang juga dianggap fiktif oleh Kelsen.

Lalu, apakah dengan demikian, teori tradisional lebih rasional menjelaskan perihal ini? Menurut Kelsen, penjelasan soal subjek hukum dengan hak dan kewajibannya menurut teori tradisional, itu hanya melahirkan antagonisme belaka. Menurut teori itu, suatu kewajiban itu muncul setelah hak diadakan. Hak melekat secara subjektif di dalam diri individu, karena pada dasarnya setiap individu itu menginginkan kebebasan, sementara kewajiban itu diadakan oleh hukum positif, dan ini malah menuntut setiap orang senantiasa terikat.¹⁸

Mengingat teori tradisional melihat kewajiban itu lahir berkat adanya hak, maka teori tradisional melihat tiadanya totalitas dalam hubungan hak dan kewajiban. Hal inilah yang ditolak oleh Kelsen.

¹⁵ *Ibid.*, hal. 150.

¹⁶ *Ibid.*, hal. 169.

¹⁷ *Ibid.*, hal. 170-171.

¹⁸ *Ibid.*, hal. 169-171.

Menurut Kelsen, teori murninya itu berniat untuk menghilangkan dualisme hak dan kewajiban. Caranya dengan menghilangkan konsep “orang” sebagai personifikasi norma-norma hukum yang kompleks, dalam arti, dengan cara mengurangi kewajiban dan hak-hak yang disediakan oleh hukum ke dalam norma-norma hukum yang memuat sanksi-sanksi.¹⁹ Dengan kata lain, Kelsen mengajukan suatu proposisi seperti ini: “mengalihkan hukum-hukum yang memuat hak ke aturan-aturan umum”. Atau lebih sederhananya lagi, Kelsen mengharapkan semua hak-hak yang dimiliki oleh subjek hukum itu diserahkan ke dalam aturan yang bersifat umum sifatnya. Akibatnya, tidak ada dualisme antara hak dan kewajiban yang dimiliki oleh subjek hukum. Ini karena menurutnya, hasrat subjektif seperti yang dikenal dalam teori tradisional itu memiliki intensi jahat atau tidak baik. Pendekatan yang diajukan Kelsen ini, bukan bermaksud untuk menghindari intensi jahat atau tidak baik itu, namun itu didorong oleh intensi objektif dan universalistis, yang bebas dari pengaruh politis maupun etis.²⁰

Pertanyaan lebih lanjut, apakah dengan demikian Kelsen berintensi baik, berbeda dengan teori tradisional? Ini mengingat teori tradisional membayangkan suatu kewajiban itu lahir karena adanya hak. Padahal hak itu bersifat bebas, sementara kewajiban itu bersifat mengikat. Jadi bagaimana mungkin dua hal yang bertentangan itu bisa eksis secara korespondensif atau kausalitas? Bagaimana mungkin, “si bebas” itu ada karena kemudian ada “si ikat”?

Terlepas dari pertanyaan apakah intensi Kelsen itu baik atau tidak, baik Kelsen dan teori tradisional memandang bahwa ada asumsi yang fiktif tatkala ia mengonstruksikan apa itu subjek hukum. Kelsen pun secara fiktif juga membayangkan ada totalitas hak dan kewajiban di dalam setiap hukum. Yang menarik, baik Kelsen atau teori tradisional, mereka berdua sama-sama memandang elemen kuasa dalam perumusan konsep subjek hukum. Kelsen tidak menyebutkan kuasa itu berasal dari mana, selain mengatakan subjek hukum diberi kuasa, berupa hak dan kewajiban. Sementara, teori tradisional mengatakan kuasa itu bersumber dari masyarakatnya. Di sini nampak ada 2 kuasa yang eksis, *pertama*, yang ada di dalam masyarakat, dan yang *kedua*, yang ada di dalam diri subjek hukum. Namun keduanya tak menjelaskan bagaimana karakter kedua kuasa tersebut.

¹⁹ *Ibid.*, hal. 191.

²⁰ *Ibid.*, hal. 191-192.

Adanya dua eksistensi kekuasaan seperti di atas, memberikan pertanyaan; apakah ada relasi di antara mereka? Jika tidak ada, setidaknya tidaknya di mata Kelsen, adakah refleksi kritis yang bisa diambil dari 2 eksistensi kekuasaan tersebut, dalam arti, apakah kedua kekuasaan itu diasumsikan baik-baik saja, atau malah berpotensi tidak adil atau jahat? Hal inilah yang akan direfleksikan secara kritis dalam bagian berikut ini.

B. Konsep Subjek Hukum: antara Manipulasi dan Fiksi

Sebelum merefleksikan paragraf di atas, kita perlu kembali pada uraian di atas, perihal apa yang disebut sebagai subjek hukum itu adalah suatu usaha konstruktif belaka. Bahkan bisa dikatakan, usaha konstruksi itu agak sukar diterima secara rasional karena itu bisa bertendensi fiktif, dalam arti itu hanyalah bersifat artifisial.²¹ Sifat artifisial ini ditegaskan oleh Kelsen ketika ia menjelaskan apa itu pribadi alamiah sebagai bagian dari subjek hukum. Konstruksi artifisial itu nampak ketika orang per orang secara alamiah dikonstruksikan untuk menjadi pribadi hukum, yang secara nyata tidak ada, dan hanya mungkin ada karena alasan ilmiah dalam hukum,²² misalnya di dalam putusan hakim.

Ini artinya, suatu subjek hukum, sekali pun ia adalah orang-orang dalam arti hidup sebagai makhluk hidup, sesungguhnya dianggap ada karena ia dikonstruksikan ada. Oleh karenanya, konstruksi tersebut, untuk tidak dibilang fiktif, dikatakan oleh Kelsen, sebagai suatu hasil konstruksi yang artifisial sifatnya. Seperti telah diterangkan di atas, Kelsen kemudian menjelaskan siapa yang bisa mengonstruksikan subjek hukum, yakni organ hukum. Pemahaman seperti ini serupa dengan apa yang dibayangkan oleh teori tradisional, yakni masyarakat hukumlah yang bisa mengonstruksikan subjek hukum. Dengan demikian, kedua pandangan itu sama-sama kurang lebih melihat subjek hukum itu adalah entitas rekaan, dalam arti dibuat ada, minimal oleh masyarakatnya.

Persoalannya, sebagaimana telah dikemukakan di bagian sebelumnya, tatkala subjek hukum diterima sebagai konstruksi yang bersifat fiktif yang dibuat oleh masyarakatnya, refleksi kritis yang patut diajukan di sini adalah bagaimana eksistensi kuasa yang ada di dalam masyarakat dengan kuasa yang ada di dalam subjek hukum? Sekali lagi, mengapa ini patut untuk direfleksikan? Ini karena disebabkan oleh suatu prasangka kritis; masyarakat hukum, yang celaknya bersifat fiktif,

²¹ *Ibid.*, hal. 171-172.

²² *Ibid.*

memiliki kekuasaan untuk mengonstruksikan secara fiktif subjek hukum tersebut. Dalam ungkapan yang sarkas, si fiktif merumuskan fiksi. Bagaimana mungkin itu terjadi?

Pertanyaan-pertanyaan kritis di atas, itu diajukan atas dasar fenomena baru-baru ini dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP). Perilaku yang menurut sebagian pihak sebagai perilaku seksual yang menyimpang, seperti lesbianisme dan sejenis itu, diberikan sanksi pidana.²³ Padahal dalam pandangan Kelsenian, secara objektif, sanksi itu diadakan, karena tidak boleh ada hak dan kewajiban, yang secara totalitas, boleh diemban oleh seseorang, yang lesbian misalnya. Dengan kata lain, dalam pandangan teori tradisional, tiadanya hak bagi setiap pribadi alamiah, yang secara seksual dituduh menyimpang. Sebagai akibatnya, kewajiban pun ditanggalkan bagi setiap pribadi alamiah, yang secara seksual dianggap menyimpang pula oleh masyarakatnya.

Padahal di lain sisi, subjek hukum dalam pandangan Kelsen, berikut dengan hak dan kewajibannya, adalah suatu konstruksi yang bertendensi fiktif. Bagaimana misalnya seorang janin dikonstruksikan secara fiktif, sehingga dia dianggap subjek hukum,²⁴ dan oleh karena itu ia memiliki totalitas hak dan kewajiban, dan terhadap hal itu bisa dikenakan sanksi jika dianggap melawan hak-haknya? Bagaimana jika, diketahui kemudian, kalau si janin itu adalah hasil dari suatu hubungan dosa menurut agama tertentu? Apakah karena alasan itu, si janin bisa dinyatakan sebagai bukan subjek hukum? Selain itu, apa bedanya seorang janin yang dikonstruksikan secara fiktif menjadi bagian konseptual mengenai subjek hukum, dengan si lesbian karena toh akhirnya sama-sama dikonstruksikan secara imajiner? Hal serupa juga berlaku pada pesakitan yang membutuhkan mariyuana sebagai obat.²⁵

²³ Lihat Heyder Affan, 'Politisasi' isu LGBT di balik pembahasan RUU KUHP, diambil dari <https://www.bbc.com/indonesia/indonesia-42770955>, diunduh 19 Juli 2018, 08.30 WIB.

²⁴ Achmad Budi Cahyono dan Surini Ahlan Sjarif bahkan menekankan bahwa "... *atas kepentingan yang menghendaki...*" menjadi dasar janin bayi dikualifikasikan sebagai subjek hukum. Lihat hal ini dalam Achmad Budi Cahyono dan Surini Ahlan Sjarif, *Mengenal Hukum Perdata* (Jakarta: Gitama Jaya, 2008), hal. 19. Elemen *kepentingan* menjadi penanda yang menegaskan adanya konstruksi kuasa yang bisa bertendensi fiktif.

²⁵ Pasangan Fidelis Arie Sudarwato dan Yeni Riawati menggunakan mariyuana sebagai obat untuk menyembuhkan kista Yeni Riawati di sumsum tulang belakang. Fidelis kemudian itu menanam mariyuana untuk tujuan itu. Gara-gara itu, Fidelis ditangkap dan dihukum penjara. Yeni kemudian meninggal dunia. Lihat hal ini dalam Raden AMP, "Kisah Suami Obati Istri

Jika demikian, mengapa konstruksi fiktif tidak bisa diberikan bagi individu yang membutuhkan sesuatu, demi alasan tertentu, yang jelas-jelas bukan karena tujuan kejahatan? Teori tradisional dalam hal ini menjawab, karena masyarakatlah yang menentukan itu. Dan di dalam masyarakatlah, ada kekuasaan yang membuat konstruksi tentang subjek hukum tertentu, yang memandang –misalnya sebagai sebuah contoh yang memikat, karena akan menggedor kritisisme tiap orang– bahwa penyimpangan seksualitas adalah bagian dari kejahatan. Akibatnya, individu-individu yang dianggap menyimpang secara seksual, pantas dikenakan sanksi, dan oleh sebab itu, subjek hukum tersebut, tidak diberikan hak dan kewajiban.

Dalam soal seksualitas, Michel Foucault menunjukkan dengan baik bagaimana seksualitas mengalami perubahan dalam peradaban manusia, setidaknya di Barat sana. Seksualitas di masa modern, kira-kira pada abad ke-19 dan ke-20, telah dikerangkeng ke dalam “penjara” dengan dasar ilmu pengetahuan, dalam arti, seksualitas itu dapat dimengerti dan, bahkan, bisa dikendalikan, berdasarkan pengetahuan yang ilmiah, seperti yang dikenal dalam psikoanalisis. Padahal, di masa klasik, seksualitas itu diterima sebagai bagian dari sensasi diri. Di masa kini, berbeda dengan di masa klasik, seksualitas telah dipagari dengan segala macam tabu, yang uniknya, memiliki justifikasi ilmiahnya. Padahal, justifikasi ilmiah itu diadakan untuk menyokong keyakinan iman agama.²⁶ Jadi, yang semula dianggap bukan hal yang menyimpang, menjadi dianggap “aneh”, karena bertentangan dengan keyakinan agama, dan ilmu pengetahuan dibutuhkan untuk memberikan label pada seksualitas-seksualitas tertentu yang dianggap menyimpang.

Sejarah pemikiran seksualitas yang demikianlah, yang kemudian dibawa ke ranah politik hukum,²⁷ karena setiap aturan normatif yang berlaku itu disusun atas nilai dan asas tertentu.²⁸ Nilai agama dan

dengan Ganja Berujung Penjara,” diambil dari <https://www.liputan6.com/regional/read/2906134/kisah-suami-obati-istri-dengan-ganja-berujung-penjara>, diunduh 22 Juli 2018, 1310 WIB.

²⁶ Lisa Downing, *The Cambridge Introduction to Michel Foucault* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), hal. 86 *et seqq.*

²⁷ Politik hukum, menurut Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, adalah “mencakup kegiatan-kegiatan memilih nilai-nilai dan menerapkan [sic!] nilai-nilai.” Lihat Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, hal. 5.

²⁸ Hubungan nilai dan asas secara skematis digambarkan oleh Purnadi Purbacaraka sebagai suatu hubungan yang hirarkis yang mendudukan nilai itu berada di atas asas. Perihal skema tersebut dapat dilihat dalam Purnadi Purbacaraka, “Disiplin Hukum adalah Disiplin Sosial:

pandangan sosial yang memandang betapa joroknya perilaku seksual seperti lesbianisme, dapat dimasukkan ke dalam aturan normatif tertentu. Padahal kalau mau konsisten dengan pandangan Kelsen tentang subjek hukum, itu hanyalah sebuah konstruksi belaka. Jadi bagaimana mungkin nilai agama dan pandangan sosial tertentu dapat digunakan untuk menjustifikasi konstruksi yang fiktif itu? Kalau pun bisa, dengan alasan apa pun, betapa manipulatifnya pembuat undang-undang, karena dengan atas nama agama atau pandangan sosial tertentu, bisa menyatakan bahwa individu lesbian bukan subjek hukum, karena bagi mereka, tidak boleh ada kesetaraan kuasa dalam bentuk hak dan kewajiban dengan subjek hukum, yang dianggap normal secara seksual!

Di sini makin nampak bahwa hukum itu bukan memberikan keadilan. Jacques Derrida mengingatkan bahwa keadilan itu membutuhkan interpretasi, sehingga menghasilkan gagasan-gagasan alternatif, sementara hukum itu tak bisa ditafsirkan menjadi gagasan-gagasan alternatif. Oleh karena itu, menurut Derrida, hukum itu mistis.²⁹ Dalam pemahaman yang sederhana, bagaimana mungkin hukum yang dianggap perintah menurut John Austin,³⁰ ditafsirkan secara multitafsir? Tidak masak akal sekali, perintah menjadi relatif dengan berbagai macam tafsir. Perintah adalah perintah. Laksanakan, atau kalau tidak, sanksi sudah siap menunggu.

Jadi, klaim teori tradisional tentang masyarakatlah yang menjadi sumber kuasa bagi eksistensi subjek hukum,³¹ perlu dicermati dengan hati-hati. Ini karena potensi manipulasi tersedia di sana, karena jang-jangan realitas sosial dan kultural masa lalunya malah justru berbeda

Pendahuluan”, dalam *Disiplin Hukum dan Disiplin Sosial*, ed. Soerjono Soekanto dan R. Otje Salman (Jakarta: Rajawali Press, 1987), hal. 1-21.

²⁹ Sionaidh Douglas-Scott, *Law after Modernity* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013), hal. 177-180. Lihat juga J. Derrida, “The Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”, dalam *Deconstruction and the Possibility of Justice*, ed. Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld & David Gray Carlson (New York: Routledge, 1992), hal. 3 *et seqq.*

³⁰ Michael Freeman, *Llyod’s Introduction to Jurisprudence* (London: Thomson Reuters, 2014), hal. 202 *et seqq.* Lihat juga Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang, *Pengantar Ke Filsafat Hukum* (Jakarta: Kencana, 2011), hal. 64-68.

³¹ Soal kuasa ini terkonfirmasi dengan apa yang dikatakan oleh Peter Mahmud Marzuki, dengan menyitir pikiran H. Franken, bahwa subjek itu artinya “... di bawah kekuasaan orang lain.” Lihat hal ini dalam Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Kencana, 2008), hal. 241.

dengan apa yang diyakini di masa kini.³² Di lain sisi, di masa kini, keyakinan agama dan pandangan sosial belum tentu berkonfirmasi dengan ilmu pengetahuan, karena hubungan itu demikian kompleksnya.³³ Kompleksitas itu yang mungkin membuat masyarakat untuk menjauhinya, toh berpikir rumit hanya menyita waktu dan tenaga, dan karena itu bisa membuat masyarakat secara simplistik menjadi manipulatif dalam merumuskan siapa-siapa saja yang bisa menjadi subjek hukum. Terlebih-lebih, kemungkinan manipulasi itu amat terbuka, karena sesungguhnya, sebagaimana dikatakan oleh Kelsen, itu adalah suatu konstruksi yang fiktif sifatnya.

Berbicara mengenai konstruksi fiktif subjek hukum sebagaimana diklaim Kelsen, yang katanya itu bersifat obyektif dan universal, itu sesungguhnya malah bersifat manipulatif. Roberto M. Unger mengingatkan positivisme dan formalisme dalam pengetahuan hukum –seperti yang dikemukakan dalam Teori Murni tentang Hukum Hans Kelsen– sesungguhnya adalah upaya universalisasi dan generalisasi belaka.³⁴ Oleh sebab itu, jargon obyektif dan universal –yang diklaim oleh Kelsen dalam konsep subjek hukumnya– adalah manipulasi ideologis dari gagasan liberalisme, yang mensyaratkan hukum itu harus impersonal, agar hukum bisa obyektif dan universal.³⁵ Manipulasi ini nampak terhadap pihak yang tidak diuntungkan dengan klaim itu,

³² Saskia E. Weiringa menunjukkan bagaimana secara kultural perilaku seksual yang dituduh sebagai hal yang menyimpang, ternyata bukanlah hal yang tabu di sebagian masyarakat Indonesia. Penggunaan instrumen seksual tradisional, hubungan seksual sesama jenis, dan lainnya, adalah hal yang lumrah dalam kebudayaan sebagian suku di Indonesia masa lampau. Lihat dalam Saskia E. Weiringa, “Indonesia”, dalam *Lesbian Histories and Cultures: An Encyclopedia*, ed. Bonnie Zimmerman (New York: Garland Publishing, 2000), hal. 397-398.

³³ James D. Proctor mengungkapkan ada persoalan di dalam domain mana agama dan ilmu pengetahuan itu berlaku. Oleh karena itu, hubungan keduanya digambarkan dalam 2 model, yakni model monisme dan dualisme. Monisme memandang tidak ada konflik di antara keduanya. Sementara dalam dualisme, ada konflik. Padahal itu tak bisa digambarkan dengan cara yang demikian sederhana, karena sesungguhnya, ada kompleksitas dalam hubungan antara agama dan ilmu pengetahuan. Perihal ini dapat dilihat dalam James D. Proctor, “Introduction: Rethinking Science and Religion”, dalam *Science, Religion, and the Human Experience*, ed. James D. Proctor (New York: Oxford University Press, 2005), hal. 3-23.

³⁴ Roberto Mangabeira Unger, “The Critical Legal Studies Movement”, *Harvard Law Review*, Vol. 96, No. 3 (Jan., 1983), hal. 561-675. Lihat juga E. Fernando M. Manullang, *Legisme, Legalitas dan Kepastian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2016), hal. 34-51.

³⁵ Roberto Mangabeira Unger, “The Critical Legal Studies Movement”, hal. 561-675. Lihat E. Fernando M. Manullang, *Legisme, Legalitas dan Kepastian Hukum*, hal. 34-51.

misalnya kepentingan individu atau kelompok tertentu, yang dinafikan oleh negara atas alasan ketertiban dan keteraturan.³⁶

Padahal, tidak semua orang adalah sama, karena secara etis tiap-tiap individu berbeda secara unik.³⁷ Perbedaan yang unik sifatnya, di masa kini, nampak lugas dalam hal identitas sebagaimana dikatakan oleh Jennifer Wicke. Ini karena menurut Wicke, subjek hukum di masa kini, bukan suatu subjek semata-mata yang berada dalam lingkup hukum, namun juga subjek manusia yang berada dalam wacana hukum.³⁸ Ini artinya, dalam konteks diskusi di sini, subjek hukum bukan semata-mata suatu relasi yang simplistis antara subjek hukum dengan hak dan kewajibannya. Malah bukan soal etis belaka. Ini menyangkut identitas kemanusiaan juga. Ini nampak dengan lugas dalam perkara lesbianisme, misalnya, karena ini berkaitan dengan identitas kemanusiaannya, yakni dalam hal preferensi seksualitas.

Oleh karena itu, amatlah masuk akal, jika kemudian para pemegang kekuasaan itu tidak mudah menerima, misalnya kaum lesbian, ditetapkan sebagai subjek hukum. Sebab merujuk pada pikiran Hans Kelsen, ada gagasan kuasa di dalam konsep subjek hukum. Gagasan kuasa ini yang tidak mudah diterima oleh sebagian masyarakat, apalagi jika kuasa ini mengganggu keyakinan iman atau pandangan sosial penguasa. Atas dasar keyakinan iman yang ada di agama tertentu, atau berdasarkan pandangan sosial tertentu, subjek hukum tertentu ditolak untuk dikonstruksikan ada dan oleh sebab itu, ditiadakan pula hak dan kewajibannya, dan diikuti dengan ancaman-ancaman hukum jikalau dianggap melanggar.

Dengan demikian, kuasa adalah kuasa. Kuasa tidak sama dengan adil, apalagi baik. Kuasa yang menentukan siapa subjek hukum, itu tidak sama dengan kuasa apa yang dimiliki oleh subjek hukum. Jadi ada konstruksi yang dibuat oleh si pembuat undang-undang, dan konstruksi ini, celaknya, dalam pandangan Kelsenian, adalah bersifat fiktif. Dengan kata lain, si pembuat undang-undang bisa secara manipulatif mengonstruksikan atas dasar kuasanya, siapa-siapa saja yang dikonstruksikan secara fiktif memiliki hak dan kewajiban. Jadi ada kuasa

³⁶ *Ibid.*, hal. 42.

³⁷ James Griffin, *On Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2008), hal. 57-58.

³⁸ Jennifer Wicke, "Postmodern Identities and the Politics of the (Legal) Subject", *boundary 2*, Vol. 19, No. 2, Feminism and Postmodernism (Summer, 1992), hal. 10- 33.

yang prapositif menentukan secara fiktif siapa subjek hukum itu dalam hukum positifnya.

Masalahnya, kuasa yang menentukan siapa subjek hukum itu tidak selalu berpandangan netral atau obyektif, apalagi adil dan baik. Pembuat undang-undang bersama-sama masyarakat tertentu bisa saja mengklaim ini baik, karena agama dan nilai sosial itu pada pokoknya berniat baik. Tapi klaim itu tak mungkin terselenggara jika tidak ada kuasa. Melarang merokok atas nama kesehatan diri pribadi adalah contoh nyata bagaimana kuasa atas diri sendiri itu bekerja. Tapi pandangan ilmiah tentang bahaya merokok itu tidak serta-merta bisa diberlakukan di ruang publik kalau tidak ada unsur kuasa. Klaim ilmiah itu hanya mungkin diterima kalau klaim itu difasilitasi oleh kekuasaan.

Ini berbeda dengan mariyuana. Walau ada klaim akademis yang menerima manfaat mariyuana sebagai bagian dari pengobatan medis,³⁹ keberadaan mariyuana tidak serta-merta dapat dikonstruksikan sebagai bagian dari kuasa hak subjek hukum. Kekuasaan ternyata betul-betul bisa bekerja secara manipulatif untuk menentukan siapa-siapa yang dapat dikonstruksikan secara fiktif sebagai subjek hukum.

Kesimpulan

Jadi, ternyata ada kuasa di atas kuasa dalam konsep subjek hukum. Maksudnya, jika suatu subjek hukum itu dapat dilekatkan dengan kuasanya, itu hanya mungkin terjadi apabila ada kuasa yang menyatakannya demikian. Ada kuasa –nonhukum– yang menyatakan kuasa –hukum– di dalam diri subjek hukum. Konstruksi akan subjek hukum itu fiktif sifatnya. Jadi, siapa saja bisa dipilih dan dipilah termasuk subjek hukum atau tidak. Jika tidak sesuai dengan kepentingan kuasa –nonhukum– maka entitas tertentu tidak termasuk konsep subjek hukum, karena jika termasuk, maka akan ada pemberian kuasa pada entitas tersebut, dan itu bisa mengganggu kepentingan si kuasa –nonhukum– yang bersumber dari masyarakat, sebagaimana dikatakan oleh teori tradisional.

Dalam suatu contoh sederhana, masyarakat yang beradablah yang berkuasa menyatakan janin itu adalah subjek hukum, atau

³⁹ Peter Greenspoon, “Medical Marijuana”, dalam <https://www.health.harvard.edu/blog/medical-marijuana-2018011513085>, diunduh 24 Juli 2018, 23:12 WIB.

masyarakat yang merasa berimanlah, yang menyatakan lesbian bukan subjek hukum, atau masyarakat yang bermoral, atau apalah itu namanya, yang menyatakan pesakitan penerima mariyuana medis bukan sebagai subjek hukum. Mengapa? Itu karena mereka semua bisa dianggap subjek hukum atau tidak, itu atas dasar konstruksi fiktif akan hak dan kewajiban mereka yang dibuat berdasarkan kekuasaan masyarakatnya yang berpotensi manipulatif.

Para pembuat undang-undang, dan juga masyarakat, bisa berpandangan tidak adil, bahkan jahat, ketika mereka menggunakan kekuasaan mereka secara manipulatif untuk mengonstruksikan siapa yang secara fiktif digolongkan sebagai subjek hukum. Pandangan tidak adil atau, bahkan jahat itu, bisa disokong oleh alasan agama atau nilai sosial lainnya. Ternyata, hal yang fiktif pun masih tercampur dengan ide yang potensial manipulatif –dari agama dan pandangan sosial– menjadi suatu “adonan” mengenai siapa saja yang berpredikat subjek hukum.

Daftar Pustaka

Buku dan Jurnal

- Apeldoorn, L. J. van. 1986. *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht, atau Pengantar Ilmu Hukum*, terj. Oetarid Sadino. Jakarta: Pradnya Paramita.
- Cahyadi, Antonius dan Manullang, E. Fernando M. 2011. *Pengantar Ke Filsafat Hukum*. Jakarta: Kencana.
- Cahyono, Achmad Budi dan Sjarif, Surini Ahlan. 2008. *Mengenal Hukum Perdata*. Jakarta: Gitama Jaya.
- Derrida, J. 1992. “The Force of Law: The ‘Mystical Foundation of Authority’”, dalam *Deconstruction and the Possibility of Justice*, ed. Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld & David Gray Carlson. New York: Routledge.
- Douglas-Scott, Sionaidh. 2013. *Law after Modernity*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Downing, Lisa. 2008. *The Cambridge Introduction to Michel Foucault*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Freeman, Michael. 2014. *Llyod’s Introduction to Jurisprudence*. London: Thomson Reuters.
- Griffin, James. 2008. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

- Kelsen, Hans. 1949. *General Theory of State and Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- . 1967. *Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press.
- Kusumaatmadja, Mochtar dan Sidharta, B. Arief. 2000. *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*. Bandung: Penerbit Alumni.
- Manullang, E. Fernando M. 2016. *Legisme, Legalitas dan Kepastian Hukum*. Jakarta: Kencana.
- Marzuki, Peter Mahmud. 2008. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Kencana.
- Mertokusumo, Sudikno. 1999. *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*. Yogyakarta: Penerbit Liberty.
- Proctor, James D. 2005. "Introduction: Rethinking Science and Religion", dalam *Science, Religion, and the Human Experience*, ed. James D. Proctor. New York: Oxford University Press.
- Purbacaraka, Purnadi dan Soekanto, Soerjono. 1986. *Perihal Kaedah Hukum*. Bandung: Penerbit Alumni.
- Purbacaraka, Purnadi. 1987. "Disiplin Hukum adalah Disiplin Sosial: Pendahuluan", dalam *Disiplin Hukum dan Disiplin Sosial*, ed. Soerjono Soekanto dan R. Otje Salman. Jakarta: Rajawali Press.
- Rahardjo, Satjipto. 2000. *Ilmu Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Soekanto, Soerjono dan Purbacaraka, Purnadi. 1993. *Sendi-Sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Tjahjadi, S. P. Lili. 1991. *Hukum Moral: Ajaran Immanuel Kant tentang Etika dan Imperatif Kategoris*. Yogyakarta: Penerbit Kanisius.
- Unger, Roberto Mangabeira. "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, Vol. 96, No. 3 (Jan., 1983), hal. 561-675.
- Utrecht, E. dan Djindang, Moh. Saleh. 1989. *Pengantar dalam Hukum Indonesia*. Jakarta: Penerbit Sinar Harapan.
- Weiringa, Saskia E. 2000. "Indonesia", dalam *Lesbian Histories and Cultures: An Encyclopedia*, ed. Bonnie Zimmerman. New York: Garland Publishing.
- Wicke, Jennifer "Postmodern Identities and the Politics of the (Legal) Subject", *boundary 2*, Vol. 19, No. 2, Feminism and Postmodernism (Summer, 1992), hal. 10- 33.

Berita

Affan, Heyder 'Politisasi' isu LGBT di balik pembahasan RUU KUHP, diambil dari <https://www.bbc.com/indonesia/indonesia-42770955>, diunduh 19 Juli 2018, 08.30 WIB.

AMP, Raden. "Kisah Suami Obati Istri dengan Ganja Berujung Penjara," diambil dari <https://www.liputan6.com/regional/read/2906134/kisah-suami-obati-istri-dengan-ganja-berujung-penjara>, diunduh 22 Juli 2018, 1310 WIB.

Greenspoon, Peter. "Medical Marijuana", dalam <https://www.health.harvard.edu/blog/medical-marijuana-2018011513085>, diunduh 24 Juli 2018, 23:12 WIB.