

# Perbandingan Hukum



# Perbandingan Hukum

Perdebatan Teori dan Metode

Ratno Lukito



Gadjah Mada University Press

**PERBANDINGAN HUKUM:  
Perdebatan Teori dan Metode**

**Penulis:**  
Ratno Lukito

**Korektor:**  
Fara

**Desain sampul:**  
Pram's

**Tata letak isi:**  
Agnes

**Penerbit:**  
Gajah Mada University Press  
Anggota IKAPI

**Ukuran:** 15,5 X 23 cm; xvi + 126 hlm  
**ISBN:** 978-602-386-142-2  
1902049-B5E

**Redaksi:**  
Jl. Grafika No. 1, Bulaksumur  
Yogyakarta, 55281  
Telp./Fax.: (0274) 561037  
ugmpress.ugm.ac.id | gmupress@ugm.ac.id

**Cetakan pertama:** November 2016

**Cetakan kedua:** Februari 2019  
2796.037.02.19

**Hak Penerbitan ©2016 Gajah Mada University Press**

*Dilarang mengutip dan memperbanyak tanpa izin tertulis dari penerbit, sebagian atau seluruhnya dalam bentuk apa pun, baik cetak, photoprint, microfilm, dan sebagainya.*

# KATA PENGANTAR

Buku di hadapan pembaca ini berkisar tentang perdebatan teoretis keilmuan perbandingan hukum. Sejak perkembangannya pada awal paruh kedua abad dua puluh, ilmu perbandingan hukum dibayangi oleh perdebatan yang sangat intens dari para ahli tentang kedudukan ilmu ini dalam lingkup kajian teori hukum (*jurisprudence*) maupun hubungan hukum dengan *impact* sosialnya. Utamanya dalam lingkup epistemologi, perbandingan hukum dipertanyakan kevalidannya sebagai sebuah ilmu: *adakah kajian ini absah disebut sebagai sebuah kajian yang memiliki sistem keilmuan sendiri, atau barangkali hanya merupakan cabang dari keilmuan hukum secara umum, sebagaimana cabang-cabang area kajian lain?* Kemudian pertanyaan juga berkembang berkenaan dengan kemanfaatan kajian perbandingan hukum itu, terutama jika dihubungkan dengan aspek praksis dari keilmuan ini. Perdebatan ini meski bermula dari pertanyaan sederhana tentang basis keilmuan kajian perbandingan hukum, pada perkembangannya menyentuh hal-hal yang lebih praksis dan fungsionalis. Pandangan yang idealis terhadap ilmu perbandingan hukum menghasilkan metodologi yang sifatnya juga idealis dalam praktik perbandingan itu, dan ini tentu saja berbeda dengan metodologi kajian terhadapnya yang pragmatis dan berorientasi pada sisi praktis. Oleh karena itu, fungsi ilmu perbandingan hukum itu dapat dilihat dari dua dimensi yang berbeda, baik itu “*theoretic-idealist-*

*macro oriented*” maupun “*practical-pragmatic-micro oriented*”. Dalam buku ini, pembaca akan dapat melihat betapa teori dan metode itu saling bertali-berkelindan, yang karenanya fungsi aktivitas perbandingan hukum itu harus disesuaikan dengan basis teoretis yang dipakai sebagai acuan keilmuannya.

Dalam situasi kekinian, ketika kungkungan positivisme begitu kuatnya dalam tradisi *scholarship* kajian hukum di negeri ini, dan di tengah tarik menarik antara budaya pragmatisme dan idealisme dari para pengkaji dan ahli hukum kita, kajian-kajian hukum yang sifatnya teoretik semacam tema yang dibahas dalam buku ini mungkin terasa *obsolete* dan tidak terlalu terlihat kemanfaatannya secara langsung. Pun, kenyataannya banyak dari fakultas-fakultas hukum kita yang selama ini cenderung menelantarkan kajian perbandingan hukum itu dalam sistem silabus dan kurikulumnya. Kalaupun itu masih ada kecenderungannya terhadap kajian perbandingan, selalu saja ia dititikpusatkan pada kajian yang positivis. Sama sekali tidak menyentuh area teoretis dan metodologisnya, seolah itu sebagai area studi yang *taken for granted* saja. Karena itu, kehadiran buku ini menjadi sangat *timely*. Ini tidak hanya karena kajian teoretis perbandingan hukum itu tidak pernah menjadi perhatian para pengkaji hukum di Tanah Air, namun juga karena kenyataan bahwa secara makro kajian hukum yang komparatif sifatnya masih sangat *infant*. Meski kita sadar bahwa negeri kita adalah negeri yang sangat plural dan multikultural, kajian-kajian hukum yang berorientasi pada kenyataan sosial yang plural itu masih sangat kurang, dan bahkan cenderung mengalami kemerosotan akhir-akhir ini karena pengaruh *state legal positivism* yang begitu kuat menjalar ke berbagai relung kehidupan sosial.

Kajian dalam buku ini difokuskan pada perdebatan tentang teori dan metode perbandingan hukum karena: *Pertama*, pemahaman kita selama ini tentang perbandingan hukum itu sangat dipengaruhi oleh kajian hukum positivis (*positive jurisprudence*). Kalaupun kita mengkaji hukum perbandingan, kajian itu bersifat normatif, berorientasi pada sisi substantif hukum yang diperbandingkan saja, sama sekali tidak menghiraukan aspek-aspek epistemologis dan metodologis yang menjadi basis keilmuan perbandingan hukum itu. *Kedua*, secara umum, ilmu perbandingan hukum belum begitu berkembang di Indonesia.

Para ahli dan pelajar hukum kita masih melihatnya secara sebelah mata saja, dianggap tidak terlalu penting dalam khazanah kajian hukum. Kalaupun ada, kajian perbandingan itu hanya minor belaka, hanya menempatkan kajian perbandingan itu sebagai metode, alat untuk memahami hukum, bukan aspek substantif keperbandingannya. Oleh karena itu, kehadiran buku ini diorientasikan untuk mampu menjadi penutup dari lubang-lubang kelemahan kajian perbandingan hukum itu di Tanah Air. Dengan membaca buku ini, para pengkaji hukum pada khususnya diharapkan akan mampu menyadari betapa keilmuan perbandingan hukum itu sangat dinamik. Ia bukanlah ilmu yang *mandeg*, sekadar membandingkan dan menemukan persamaan-perbedaan dari berbagai tradisi atau aturan hukum yang berlainan. Namun lebih dari itu, kajian perbandingan hukum itu merupakan kajian yang sangat dekat dengan filsafat hukum. Membandingkan antara dua atau lebih hukum yang berlainan tidak sekadar bertujuan untuk mengetahui sisi persamaan dan perbedaan hukum yang bersangkutan. Namun, lebih dari itu ditujukan untuk memahami makna dasar dari suatu aturan hukum dan lebih dari itu, makna hukum itu sendiri secara asasinya.

Karena buku ini memfokuskan diri pada tataran teori dan metode, harus dipahami makna kedua terma tersebut. Oleh karena itu, definisi “teori” dan “metode” itu harus dijelaskan di sini. Penulis memahami bahwa teori pada dasarnya merupakan eksplanasi atau penjelasan terhadap suatu fenomena. Pemahaman terhadap makna terma “teori” semacam ini sangat dipengaruhi oleh keilmuan sosial humaniora yang mengartikan teori itu sebagai “suatu konsep atau proposisi umum yang digunakan untuk mencari penjelasan terhadap suatu fenomena tertentu (*a conceptual or propositional whole searching to explain a particular field of phenomena*).”<sup>1</sup> Ini mengandung makna bahwa terma teori itu digunakan untuk mendeskripsikan pemahaman kita terhadap suatu gejala yang terjadi dalam kehidupan ini. Teori dalam hal ini sering digunakan dalam skema orientasi yang lebih luas dari suatu kelompok, atau yang biasa

---

1. J-M. Berthelot, "Programmes, Paradigmes, Disciplines: Pluralité et Unité des Sciences Sociales", in J-M. Berthelot, (ed.), *Épistémologie des Sciences Sociales* (Paris: Presses Universitaires de France, 2001), hal. 497–498. Sebagaimana yang dikutip juga oleh Geoffrey Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method* (Oxford and Portland: Oregon, 2014), hal. 1.

kita sebut dengan paradigma. Di sisi lain, terma “metode” digunakan untuk suatu makna yang lebih praktis sifatnya. Metode secara sederhana dapat dimaknakan sebagai suatu jalan untuk mencapai suatu tujuan tertentu. Secara spesifik, metode dalam suatu kegiatan riset terhadap suatu fenomena lebih diartikan sebagai jalan yang harus ditempuh untuk memungkinkan peneliti mendapatkan suatu data yang benar secara akurat. Oleh karena itu, dalam dunia ilmu pengetahuan, metode itu merefleksikan cara efektif yang harus dilakukan agar pengetahuan kita terhadap suatu fenomena itu dapat dibangun dengan benar. Metodologi, dengan demikian, lebih diartikan sebagai sebuah refleksi kita tentang bagaimana metode-metode itu dapat dibangun dan bagaimana metode itu dapat mengantarkan kita pada suatu pengetahuan yang objektif.<sup>2</sup> Oleh karena itu, jika teori lebih diorientasikan untuk membahas unsur-unsur yang abstrak, maka metode berhubungan dengan sesuatu yang lebih nyata.

Berbeda dengan buku-buku lain tentang perbandingan hukum, buku ini memfokuskan pembahasannya pada aspek epistemologi dan ontologi. Oleh karena itu, masalah teori dan metode dalam kajian perbandingan hukum menjadi unsur utama dalam tulisan ini. Buku ini dibagi pembahasannya ke dalam enam bab, dengan pembahasan utamanya tentang perdebatan teori dan metode studi perbandingan hukum yang menempati lima bab pertama, sedangkan bab terakhir dapat dikatakan sebagai bagian tambahan, yaitu meninjau aspek praktis dari keilmuan perbandingan hukum itu, dengan melihat pengalaman kajian perbandingan hukum di Indonesia. Dalam membahas pergumulan ide tentang teori dan metode perbandingan hukum ini, penulis sangat terpengaruhi oleh ilmuwan perbandingan hukum Esin Örüçü dari School of Law, University of Glasgow, Inggris, yang dengan karyanya *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century*<sup>3</sup> mampu menjelaskan dengan sangat indah adanya dua blok (*variations*) besar para ilmuwan pengkaji perbandingan hukum hingga saat ini yang sangat berpengaruh dalam perkembangan kajian

---

2. Geoffrey Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, hal. 2.

3. Esin Örüçü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004).

perbandingan selanjutnya. Pemikiran tentang keilmuan perbandingan hukum itu tak ubahnya seperti konser musik yang merupakan perpaduan suara yang memesona antara berbagai alat musik dan tarik suara penyanyinya. Teori perbandingan hukum dengan demikian sejatinya adalah perpaduan dari berbagai teori tentang keilmuan ini yang mengarah pada tujuan yang sama, yaitu meningkatkan pemahaman kita terhadap entitas hukum dan bagaimana memampukan hukum itu agar dapat berfungsi dengan baik dalam kehidupan ini. Hal ini laksana paduan suara dalam suatu konser itu yang dipentaskan untuk memberikan keindahan kehidupan manusia.<sup>4</sup>

Pada bab satu, pembahasan menitik pada perdebatan tentang basis teoretik perbandingan hukum sehingga muncul beberapa terma yang berlainan untuk menyebut ilmu “perbandingan hukum” (*comparative law*) tersebut. Persoalan nama tidak sesederhana yang kita kira karena sesungguhnya dari nama atau sebutan itu kita dapat memahami basis epistemologis dan ontologis dari suatu bidang ilmu. Dalam pembahasan mengenai basis-basis epistemologis ini, pembaca dapat memahami bahwa keilmuan perbandingan hukum dalam perkembangannya diwarnai oleh benturan ide antara dua kelompok ilmuwan perbandingan yang melihat subjek kajian ini sebagai ilmu pengetahuan yang mampu berdiri sendiri (*independent*) maupun kelompok yang lebih memahami sebaliknya (*dependent*), bahwa perbandingan hukum hanyalah ilmu cabang yang bergantung pada ilmu pengetahuan pokoknya, yaitu ilmu hukum. Perbedaan cara pandang terhadap keilmuan ini berakar pada pendekatan yang sejak awal memang berbeda. Bagi kelompok yang idealis, perbandingan hukum itu bukan ilmu yang sekadar bertujuan untuk menemukan persamaan dan perbedaan dari suatu aturan normatif hukum tertentu. Ia tak ayal adalah kajian filosofis tentang makna hukum dan bagaimana hukum itu dapat terus dipertahankan eksistensinya dalam kehidupan ini. Hal ini berbeda dengan kelompok kedua, yang cenderung realis dan simpel dalam pemahamannya, dan perbandingan

---

4. Baca misalnya, Jaakko Husa, *Book Review of Esin Örüçü, The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*, vol 9.3 *Electronic Journal Of Comparative Law*, (October 2005), <<http://www.ejcl.org/93/review93.html>>.

hukum itu adalah sekadar ilmu alat untuk mengetahui aspek substantif hukum, tak lebih tak kurang.

Kelanjutan dari bab satu, bab dua mendiskusikan efek dari cara pandang yang berbeda dari dua kelompok ahli perbandingan sebagaimana yang tergambarkan dalam bab satu di atas. Dalam hal ini, perdebatan beralih pada persoalan sejauh mana perbandingan itu dapat dilakukan. Adakah hanya terbatas pada data hukum atau dapat juga melibatkan data-data non-normatif yang diyakini berhubungan dengan data hukum. Perbedaan cara pandang tentang cakupan kajian perbandingan hukum ini didasari pada perbedaan memahami teori keperbandingan (*comparability*). Hal ini dipengaruhi oleh pemahaman yang berbeda dalam mengartikan terma “hukum” itu. Hukum dapat dimaknai sebagai suatu sistem norma (*system of norm*) maupun sebagai *nomos* yang mencakup semua idea, nilai-nilai maupun idealita yang berhubungan dengan suatu tata aturan (*normative orderings*). Oleh karena itu, subjek perbandingan itu dapat saja bersifat luas, mencakup semua unsur yang dinilai berhubungan dengan data normatif itu, terlepas itu hubungan secara langsung maupun tidak. Perbandingan itu dapat dilakukan terhadap area hukum dan tradisi hukum apa saja. Namun, di sisi lain, keperbandingan itu dapat dipahami bersifat sempit, karena data hukum saja yang diterima sebagai subjek kajiannya, dan itupun tidak semua hal hukum dapat diperbandingkan dengan semauanya, hanya terbatas pada apa yang dianggap mengandung unsur komparabilitas. Ini sejalan dengan paham terma hukum yang terbatas pula.

Pembahasan pada bab tiga beralih pada persoalan manfaat dari kajian perbandingan hukum itu, adakah kajian itu dilakukan untuk secara spesifik menemukan data-data hukum yang berlainan yang terefleksi dengan teridentifikasikannya faktor-faktor persamaan dan perbedaan dari data-data tersebut, atau lebih dari itu bertujuan secara luas untuk memahamkan si peneliti akan fenomena hukum yang lebih besar, tidak sekadar pada persamaan dan perbedaan. Pada pendapat yang pertama, *specific perspective*, kajian perbandingan itu tidak pernah dilepaskan dari kedudukannya sebagai metode kajian hukum *an sich*. Oleh karena itu, perbandingan hukum tidak hendak dilepaskan dari sisi normatifnya. Hal ini secara diametral bertentangan dengan kelompok kedua, yang dengan pandangan *generic perspective*-nya tidak ingin mengebiri

keilmuan perbandingan hukum itu terbatas pada tujuan normatifnya. Ia adalah ilmu pengetahuan yang dapat diperoleh manfaat yang luas darinya, tidak sekadar pengayaan pemahaman hukum. Oleh karena itu, perspektif kajian yang luas mengharuskan pengkaji perbandingan hukum untuk selalu menggunakan pendekatan induktif dari data-data hukum yang telah didapatkannya dalam penelitian perbandingan. Hal ini dilakukan agar manfaat penelitian itu tidak tercerabut dari fungsi umumnya untuk memperbaiki pemahaman kita terhadap hukum dan fungsinya dalam kehidupan masyarakat.

Bab keempat berbincang tentang aspek substansi kajian perbandingan hukum itu. Perbincangan tentang *subject matter* di sini merupakan kelanjutan dari perdebatan tentang pemahaman dasar ilmu perbandingan hukum pada bagian sebelumnya dari buku ini. *Apa sejatinya yang harus dipelajari dari ilmu perbandingan hukum itu? Adakah terbatas pada persoalan persamaan dan perbedaan saja atau dapat diperluas pada aspek-aspek lain?* Di sinilah kepentingan taksonomi makro dan mikro dari kajian perbandingan hukum itu muncul ke permukaan. Perbandingan hukum makro berpikiran luas tentang makna hukum itu. Oleh karena itu, isi kajian perbandingan hukum harus diperluas pada tataran-tataran global dan inklusif, yaitu segala unsur yang berhubungan dengan penciptaan hukum dalam masyarakat. Hukum tidak mungkin lahir dari ruang hampa, nilai-nilai yang begitu beragam dan berdesakan dalam kehidupan ini harus dilihat sebagai entitas yang bertali-berkelindan dengan hukum itu sendiri. Oleh karena itu, tidak mungkin kajian perbandingan hukum itu hanya melibatkan data-data normatif hukum, ia harus mengundang semua unsur dalam kehidupan masyarakat, baik data sosial, politik, ekonomi, budaya, dan sebagainya. Perbandingan hukum adalah kajian yang menyeluruh, melibatkan semua unsur yang membentuk data hukum itu. Pandangan seperti ini ditentang oleh kelompok kedua, yang hanya memfokuskan pada data normatif hukum yang bersangkutan. Artinya, kajian perbandingan hukum itu hanya terpusat pada kegiatan pencarian data hukum yang sudah jelas *established*, terpisah dari unsur-unsur lain yang membentuk kehidupan masyarakat. Perbandingan hukum adalah ilmu perbandingan antara berbagai aturan hukum yang berlainan, tidak harus memberikan perhatian pada faktor-faktor lain di luar hukum itu sendiri.

Bab selanjutnya, kelima, beralih pada pembahasan yang mendalam tentang metode yang harus dilakukan dalam melakukan kajian perbandingan hukum. Bagian inilah yang menjadi inti perbincangan kedua setelah kita membahas tentang pro kontra teori keilmuan perbandingan hukum pada empat bab sebelumnya. Di sini, dua macam orientasi metode perbandingan hukum dikemukakan dengan mendalam, yaitu metode eksplanatoris-kontekstual dan normatif-tekstual. Perbedaan orientasi kajian perbandingan hukum ini memengaruhi cara kita melakukan penelitian perbandingan tersebut, meski mungkin keduanya sama-sama bertujuan untuk mencari data hukum untuk diperbandingkan. Pun, di sini kita dapat melihat bahwa metode keilmuan itu sangat dipengaruhi oleh bangunan teori perbandingan hukum yang sudah kita tentukan sejak awal.

Bab terakhir, keenam, merupakan sisi praksis dari perbincangan teoretis di atas. Pada bagian ini, penulis memfokuskan eksplanasinya pada pengalaman kajian perbandingan hukum di berbagai Fakultas hukum di Indonesia, ketika penulis terlibat secara aktif di dalamnya. Praktik pengajaran hukum di suatu tempat tentu tidak dapat dilepaskan dari aspek-aspek sosial, budaya, dan sejarah masa lalu masyarakat di suatu tempat tersebut. Oleh karena itu, pengalaman praktik kajian perbandingan hukum itu tidak dapat dipisahkan dari kesadaran kita terhadap faktor sejarah sosial yang diyakini memengaruhi sistem pendidikan hukum. Dengan menggunakan pendekatan historis, bab terakhir ini ditujukan untuk melihat sejauh mana kajian perbandingan hukum itu telah dilakukan, teori apakah yang dominan diikuti, metode apakah yang dijadikan sebagai pilihan dan apakah akibat dari pilihan-pilihan tersebut bagi perkembangan ilmu perbandingan hukum di Tanah Air, yang dengannya pembaca diharapkan dapat memprediksi wajah ilmu perbandingan hukum ke depannya.

Penulis menyadari bahwa tidak mungkin buku ini terselesaikan dengan baik tanpa melibatkan beberapa pihak, kolega, dan sejawat. Saya berterima kasih tak terhingga kepada teman-teman di beberapa fakultas hukum di Indonesia, utamanya Prodi Ilmu Hukum, Fakultas Syariah dan Hukum, Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga, Yogyakarta, yang selalu memberikan tempat dan waktu bagi saya untuk memajukan kajian perbandingan hukum di Tanah Air. Secara khusus ucapan terima kasih

saya sampaikan kepada (alm.) Prof. Patrick Glenn dari Faculty of Law, McGill University Montreal, Canada, yang merupakan orang pertama yang membuat saya tertarik untuk mendalami keilmuan perbandingan hukum, Prof. Jan Michiel Otto dari Faculty of Law, Leiden University, the Netherlands, Prof. Marck Cammack dari Southwestern Law School University, Los Angeles, USA., dan Prof (Emeritus). M.B. Hooker dari Australian National University, Australia. Ucapan terima kasih tentu juga harus saya sampaikan kepada anak dan istri saya yang selalu mendampingi dan mendukung kegiatan akademik saya. Juga kepada penerbit Gadjah Mada University Press yang telah memungkinkan buku ini terpublikasi dengan baik. Saya yakin kebenaran dari suatu adagium bahwa *“The rise of the reader is at cost of the dead of the writer”*, karena itu hakikatnya para pembacalah yang menjadi pemilik dari karya tulis ini setelah dipublikasikan. Anda semua berhak untuk menerima, menolak, ataupun mengkritisi tulisan ini. Penulis berharap besar para pembaca dapat memberikan kritikan, masukan, dan perbaikan dari buku ini demi perbaikan selanjutnya kajian ilmu perbandingan hukum itu, khususnya kajian ini di Tanah Air. Pada akhirnya, segala kebaikan dan manfaat hanya dari dan akan kembali kepada Allah Swt.

Medio, 2016,

**RL**



# DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR .....	v
DAFTAR ISI .....	xv
<b>BAB I EPISTEMOLOGI ILMU PERBANDINGAN HUKUM</b> .....	1
1.1 <i>Independent Cum Idealist</i> .....	5
1.2 <i>Dependent Cum Practical</i> .....	12
<b>BAB II TEORI KOMPARABILITAS</b> .....	19
2.1 Komparabilitas: <i>Unlimited Or Limited?</i> .....	20
2.2 Level Makro Dan Mikro .....	27
<b>BAB III FUNGSIONALISME</b> .....	39
<b>BAB IV SUBJEK KAJIAN</b> .....	57
4.1 Perbandingan <i>Legal System</i> .....	58
4.2 Perbandingan Aturan Hukum .....	65
4.3 <i>Universalist Vs. Differential Comparison</i> .....	75
<b>BAB V METODE PERBANDINGAN</b> .....	79
5.1 Metode Eksplanatoris-Kontekstual .....	83
5.2 Metode Normatif-Tekstual .....	88
<b>BAB VI KAJIAN PERBANDINGAN HUKUM DI INDONESIA: QUO VADIS?</b> .....	97
6.1 Latar Historis .....	97
6.2 Ramifikasi Studi Hukum .....	102

6.3 Kajian Perbandingan Hukum .....	107
<b>DAFTAR PUSTAKA .....</b>	<b>115</b>