

DASAR-DASAR ILMU HUKUM

Memahami Kaidah,
Teori, Asas dan
Filsafat Hukum



Zainal Arifin Mochtar
Eddy O.S Hiariej

Pengantar Oleh: Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., M.CL., M.PA.

Zainal Arifin Mochtar
Eddy O.S Hiariej

DASAR-DASAR
ILMU
HUKUM

Memahami Kaidah,
Teori, Asas dan
Filsafat Hukum

Pengantar Oleh:
Prof. Dr. Maria S.W.
Sumardjono, S.H., M.CL., M.PA.

Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Zainal Arifin Mochtar

Eddy O.S Hiariej

Dasar-Dasar Ilmu Hukum

Memahami Kaidah, Teori, Asas dan Filsafat Hukum

Penerbit, 2021

Penulis : Zainal Arifin Mochtar

Eddy O.S Hiariej

ISBN 978-602-6202-55-0

Cetakan I

Sanksi Pelanggaran Pasal 44 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1987 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 6 Tahun 1982 tentang Hak Cipta :

- 1. Barangsiapa dengan sengaja dan tanpa hak mengumumkan dan memperbanyak suatu ucapan atau memberi ijin untuk itu, dipidana dengan pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dengan pidana dan/ atau denda paling banyak Rp. 100.000.000.- (seratus juta rupiah).*
- 2. Barangsiapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau dalam ayat (1), dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/ atau denda paling banyak Rp. 50.000.000.- (lima puluh juta rupiah)*

PRAKATA

Buku ini terejawantah dengan kata Plato, bahwa perilaku manusia lahir dari tiga sumber utama, yakni keinginan, emosi dan pengetahuan. Seingat kami, inilah tiga hal yang paling banyak kami bincangkan walau sambil menikmati makan siang maupun mengobrol santai. Jangan meremehkan perbincangan sesederhana apapun, jejak salah satu revolusi yang mengagumkan di dalam sejarah bumi manusia adalah “Revolusi Prancis”, yang sedikit banyak ada sumbangan pembicaraan dan perbincangan santai *ala café* atau warung kopi. Dalam perbincangan kami itu, ada keinginan, emosi dan pengetahuan. Tentu dalam batas-batas yang kami miliki. Ada semacam keinginan untuk mengisi ulang buku-buku materi dasar untuk ilmu hukum, bisa jadi juga dipengaruhi perasaan emosi melihat kondisi hukum yang sering tercerabut dari dasar hukum itu sendiri. Bekal pengetahuan yang kami punyai itulah yang coba kami tuangkan dalam buku ini. Sekali lagi harus digaris bawahi soal sebatas pengetahuan kami. Karena pastinya kami menyadari keluasan ilmu hukum yang sedang dibahas ini, sebenarnya mustahil dituangkan secara sederhana dalam pengetahuan kami dan susunan kata dalam buku ini.

Apakah kami akan membuat revolusi dalam buku ini? Sesungguhnya tidak. Bahkan bisa jadi buku ini masih amat sederhana untuk menjelaskan perihal dasar-dasar ilmu hukum. Buku ini hanya mampu menyajikan 9 (Sembilan) bab dengan mencoba menyederhanakan dasar-dasar ilmu hukum terkait kaidah, teori, asas dan filsafat hukum.

Bab pertama mengenai mengenal hukum yang meliputi pengertian hukum, kaidah hukum dan peraturan hukum konkrit. Selanjutnya bab kedua berkaitan dengan pengantar teori hukum yang mencakup pengertian, ciri, objek dan tugas teori hukum. Bab ketiga buku ini mengulas mengenai sumber hukum yang terdiri dari sumber hukum normal, sumber hukum ab-normal dan sumber hukum internasional. Bab keempat berbicara mengenai asas hukum yang mencakup definisi, karakter, fungsi dan ciri asas hukum serta beberapa asas

hukum. Selanjutnya bab kelima bab kelima tentang antinomi hukum, merupakan tulisan yang sebagian besar pernah dituliskan dalam salah satu jurnal nasional. Sedangkan bab keenam mengulas mengenai filsafat hukum. Ulasan mengenai filsafat hukum ini terdiri dari mazhab hukum alam, positivisme, utilitarian, mazhab sejarah, realisme hukum, *sociological jurisprudence* dan *critical legal studies*. Bab ketujuh terkait teori-teori hukum kontemporer, seperti teori hukum masyarakat prismatic, pendekatan ekonomi terhadap hukum dan pluralisme hukum. Kemudian adalah bab kedelapan berbicara mengenai sistem hukum yang meliputi definisi sistem, definisi sistem hukum, arti penting dan ciri-ciri sistem hukum, sistem aturan hukum dan sistem hukum Indonesia. Buku ini ditutup dengan bab kesembilan yang bercerita mengenai penemuan hukum yang meliputi definisi, elemen, sistem, sumber dan metode penemuan hukum serta argumentasi hukum.

Seperti yang disampaikan di atas, buku ini bukanlah revolusi itu sendiri, tetapi tiada kurang kami berharap semoga ada dampak sekecil apapun bagi siapapun yang mau mencoba membaca dan memahami kembali dasar-dasar ilmu hukum. Pondasi yang bisa jadi kelak berguna dalam memahami hukum secara lebih dalam. Sekaligus harapan bahwa semoga akan ada waktu dan kesempatan untuk melanjutkan buku dasar ini menjadi lebih menengah dan mungkin bisa jadi lebih tinggi. Tentu sekali lagi dikaitkan dengan kapasitas yang kami miliki.

Terima kasih paling utama tentunya kami sembahkan kehadiran Allah SWT, Tuhan yang dalam Bahasa Aristoteles adalah *unmovable mover*, penggerak yang tidak tergerakkan. Berikutnya adalah terima kasih kepada **Ibu Maria, (Prof. Maria Sumardjono, S.H., MCL, MPA, Ph.D)** – Ibu Kami, Guru Kami, Panutan Kami dalam hal menulis – yang memberi pengantar pada buku ini. Terima kasih pula yang tak terhingga kepada orang-orang yang membantu mengumpulkan beberapa bahan, seperti **Rosita Miladmahesi**, juga kepada **Kardiansyah Afkar, Yose Syam, Erick Noor Sapto** dan **Yogi Arie Rukmana** yang membaca ulang kembali buku ini untuk menghindari salah ketik dan lain sebagainya. Persembahan berikutnya kami sampaikan kepada

para pembaca. Pembaca adalah bagian yang tidak kalah pentingnya. Kami senantiasa memahami bahwa sepanjang pengetahuan yang kami punya itulah buku ini hadir. Karenanya, secara meyakinkan, buku ini pasti memiliki kekurangan. Bahkan Ketika membaca Kembali keinginan menambahkan selalu ada karena ada saja yang dirasa kurang. Untungnya, ada pepatah lama, “buku yang baik adalah buku yang selesai”. Makanya, kami selesaikan di tengah perasaan kurang dan keinginan untuk melengkapi. Buku ini dituliskan tentu saja menjadi bagian dari pembaca untuk mengkritisi, mendiskusikan bahkan mendebat isinya. Karenanya, segala masukan dan koreksi dari berbagai pihak tentunya sangat bermanfaat bagi penyempurnaan buku ini di masa mendatang.

Akhirnya, buku ini kami persembahkan untuk keluarga kami; **Irena Esfandria, Zahra Aurelia, Zahwa Priscillia, Muhammad Izzan Aristo, Muhammad Izzar Syirazi** (istri dan anak-anak dari **Zainal Arifin Mochtar**); kemudian juga **Tri Megasuri Januati, Hayfa Lavelle Xaviera Hiariej** dan **Fayyadh Shaquille Xavier Hiariej** (istri dan anak-anak dari **Eddy O.S Hiariej**). Persembahan yang juga sekaligus doa, semoga anak-anak kami dan generasinya menjadi generasi yang lebih baik dari generasi-generasi kami.

Zainal Arifin Mochtar – Eddy O.S. Hiariej

Sekapur Sirih

Sebagai negara hukum (**rechtsstaat**) yang menjunjung tinggi supremasi hukum (rule of law), pengelolaan negara harus berdasarkan hukum, setiap warga negara wajib mematuhi hukum, dan semua warga negara sama di depan hukum. Konsekuensi lain dari negara hukum adalah penerapan asas fiksi hukum, yakni setiap warga negara dianggap mengetahui semua produk hukum yang berlaku (**presumption iures de iure**) dan ketidaktahuan seorang warga negara terhadap peraturan dan perundang-undangan yang berlaku tidak bisa membebaskannya dari pelanggaran hukum. Karena itu, kehadiran buku “Dasar-Dasar Ilmu Hukum”, yang memuat berbagai pengetahuan dasar tentang hukum, penting dibaca oleh setiap warga Indonesia, tidak terbatas pada mahasiswa Fakultas Hukum.

DR. James T. Riady

Ketua Pembina & Pendiri

Universitas Pelita Harapan

Kata Pengantar

Prof. Maria Sumardjono, S.H., MCL, MPA, Ph.D.

Kehadiran buku “Dasar-Dasar Ilmu Hukum (Memahami Kaidah, Teori, Asas dan Filsafat Hukum)”, merupakan angin segar sebagai pengantar untuk memahami ilmu hukum yang ditulis oleh dua penulis dari kalangan muda. Tidak banyak literatur tentang ilmu hukum yang ditulis secara komprehensif, ringkas, dan padat tanpa mengurangi esensinya. Tulisan tentang ilmu hukum pada umumnya membuat kening berkerut ketika membacanya karena konsepsi tentang hukum itu bukanlah hal yang mudah dicerna dalam waktu singkat. Semoga buku ini merupakan perkecualian.

Memahami hukum sebagai konsep yang abstrak, ideal, dan kompleks itu setidaknya membawa angan pada asas, kaidah, dan sistem hukum yang tidak mungkin dipahami secara utuh tanpa dukungan teori hukum dan filsafat hukum. Karena kompleksitasnya, setiap orang yang dalam kegiatan sehari-hari berurusan dengan permasalahan hukum dalam lingkup luas maupun sempit, pada saat-saat tertentu perlu menengok kembali akan hal-hal yang paling fundamental tentang hukum agar tidak salah langkah ketika menganalisis, menyusun argumen, memutus suatu perkara, dan sebagainya.

Hukum itu berisi nilai yang hidup dalam masyarakat, dan dalam setiap masyarakat selalu ada sistem hukum. Kehati-hatian dalam mengekspresikan hukum itu merupakan keniscayaan. Pemahaman yang kurang tepat tentang suatu asas hukum sebagai hal yang paling mendasar dalam hukum, ketika hal itu diterapkan dalam kaidah hukum oleh perancang peraturan perundang-undangan, berpotensi menimbulkan ketidakpastian hukum, bahkan dapat berdampak pada ketidakadilan. Hal serupa dapat terjadi ketika dalam memutus suatu perkara seorang hakim kurang memahami suatu asas hukum secara utuh, terlebih ketika asas hukum itu belum diwujudkan dalam hukum positif. Penemuan hukum sedemikian itu berpotensi terjadinya

ketidakpastian hukum dan ketidakadilan bagi pencari keadilan. Kerja-kerja menyusun argumen dan menganalisis suatu masalah hukum, tanpa dilandasi pemahaman yang objektif terhadap suatu asas hukum yang menjadi landasannya, hanya akan melahirkan sesat-pikir yang mencederai logika hukum.

Lex dura, sed tamen scripta. Hukum (undang-undang) itu kejam, tetapi seperti itulah yang tertulis. Namun perlu diingat bahwa hukum itu didasari dengan nilai moral-etika karena tujuan hukum adalah untuk memelihara kepentingan orang banyak, bukan hanya sekelompok orang, dalam rangka menegakkan hak-haknya. Penggambaran sekilas wajah hukum tersebut di atas, membawa pada arti pentingnya untuk selalu “menengok kembali”, menyegarkan pengetahuan akan hal-hal yang fundamental tentang hukum. Hanya dengan cara inilah, pengetahuan tentang hukum itu terus diasah agar seorang sarjana hukum membekali dirinya secara bertanggung jawab dalam berbagai bidang pengabdian.

Dengan alur pikir inilah, buku ini pantas dijadikan referensi dalam tataran teoritikal maupun praktikal. Pendalaman tentang berbagai isu penting tentang hukum, terbuka kemungkinannya untuk dipelajari melalui berbagai literatur klasik maupun kontemporer tentang hukum yang dapat dijumpai sumbernya dalam buku ini.

Semoga dengan membaca buku ini, terbuka cakrawala pemikiran siapa saja yang berminat mendalami tentang ilmu hukum, sekaligus mendorong minat para akademisi maupun praktisi untuk mendalami ilmu hukum secara lebih intens. Bagi kalangan penulis, semoga kehadiran buku ini mendorong lebih banyak karya-karya tentang ilmu hukum, yang selalu dibutuhkan dan takkan pernah lekang oleh waktu.

Yogyakarta, 31 Juli 2021

Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., M.CL., M.PA.

Daftar Isi

PRAKATA	i
Sekapur Sirih	iv
Kata Pengantar	v
BAB I. Mengenal Hukum	1
A. Pengertian Hukum	3
B. Kaidah Hukum	9
C. Peraturan Hukum Konkrit	16
1. Struktur Dasar Peraturan Hukum	16
2. Isi Peraturan Hukum	21
3. Konsekuensi Peraturan Hukum	25
4. Pembatasan Peraturan Hukum	32
5. Pengecualian Peraturan Hukum	39
BAB II. Pengantar Teori Hukum	43
A. Pengertian Teori Hukum	45
B. Ciri Teori Hukum	61
C. Objek Teori Hukum	63
D. Tugas Teori Hukum	77
BAB III. Sumber Hukum	43
A. Sumber Hukum Normal	84
1. Undang-Undang	85
2. Kebiasaan	86
3. Traktak	87
4. Yurisprudensi	89
5. Perjanjian	89
6. Doktrin	90
B. Sumber Hukum Abnormal	90
1. Proklamasi	91

2. Revolusi	91
3. Coup de tat	92
C. Sumber Hukum Internasional	93
BAB IV. Asas Hukum	97
A. Definisi Asas Hukum	99
B. Karakter, Fungsi Dan Ciri-Ciri Asas Hukum	101
C. Beberapa Asas Hukum	105
1. Accessorium non ducit, sed sequitur, suum principale.	106
2. Actio libera in causa, qui peccat ebrius, luat sobrius	109
3. Actori in cumbit probatio	109
4. Actori incumbit onus probandi, actore non probante, reus absolvitur	110
5. Actor sequitur forum rei	111
6. Actus dei nemini facit injuriam	112
7. Actus non facit reum nisi mens sit rea	112
8. Ad officium justiciariorum spectat unicuique coram eis placitanti justitiam exhibere	113
9. Aedificia solo cedunt	114
10. Aequitas sequitur legem	114
11. Aequum et bonum est lex legume	114
12. Affectio tua nomen imponit operi tuo	115
13. Affectus punitur licet non sequator effectus	115
14. Animus ad se omne jus ducit	116
15. Apices juris non sunt jura	116
16. Audi et alteram partem	116
17. Aut dedere aut judicare	117
19. Bonafides	118

20. C'est le crime qui fait la honte, et non pas vechafaus	119
21. Carcer ad homines custodiendos, non ad puniendos, dari debet	120
22. Civitas maxima	120
23. Coactus, attamen voluit	121
24. Cogitationis poenam nemo patitur	121
25. Commodum ex injuria sua non habere debet	122
26. Conatus quid sit non definitur in jure	122
27. Confessio facta in iudicio omni probatione major est	123
28. Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis legis, s ententiam ejus circumvenit	123
29. Crimen laesae majestatis omnia alia criminalia excedit quoad poenam	124
30. Crimen trahit personam	124
31. Cujus est instituere, ejus est abrogare	125
32. Cujus juris est principale, ejusdem juris erit accessorium	125
33. Culpae poena par esto	126
34. Delegata potestas non potest delegare	127
35. Destinata tantum pro factis non habentur	127
36. Errare humanum est, turpe in errore perseverare	127
37. Ex aequo et bono	128
38. Exceptio non adimpleti contractus	129
39. Exceptio frimat vim legis in casibus non exceptis	129
40. Exceptio plurium litis consortium	130
41. Fiat justitia et pereat mundus	130
42. Furiosi nulla voluntas est	130
43. Ignorantia legis excusat neminem	131

44. Ignoscitur ei qui sanguinem suum qualiter redemptum voluit	133
45. Imperitia culpaee annumeratur,	134
46. In casu extremae necessitates omnia sunt communia	135
47. Id damnum dat qui iubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parrere necesse sit.	136
48. Impunitas continuum affectum tribuuit delinquendi	136
49. Incriminalibus, probationes bedent esse luce clariores	137
50. In dubio pro reo	138
51. In iudicio non creditor nisi juratis	139
52. Interest reipublicae quod homines conseruentur	139
53. Ius curia novit	140
54. Iudex Ne Procedat Ex Officio	140
55. Iuris ignorantia nocet, facti non nocet	141
56. Ius istud non humani generis propium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur	141
57. Legatus regis vice fungitur a quo destinatur, et honorandus est sicut ille cuius vicem gerit	142
58. Lex dura, sed tamen scripta	142
59. Lex favor reo	142
60. Lex posterior derogat legi priori	144
61. Lex ratio summa insita in natura, quae juber ea, quae facienda sunt, prohibitque contraria	144
62. Lex specialis derogat legi generali	145
63. Lex superior derogat legi inferior	146
64. Manifesta non egent prosatione	147
65. Melius est accipere quamfacere injuriam	147

66. Moneat lex prius quam feriat	148
67. Mortuus exitus non est exitus	148
68. Ne bis in idem	149
69. Negativa non sunt probanda	149
70. Nemo iudex idoneus in propria causa	150
71. Nemo prudens punit, quia peccatum, sed ne peccetur	151
72. Nemo punitur pro alieno delicto	151
73. Nil agit exemplum litem quo lite resolvit	152
74. Non scripta sed nata lex	152
75. Non tam ira, quam causa irae excusat	153
76. Nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis	154
77. Nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali	154
78. Omnes actiones in mundo infra certa tempora habent limitationem	157
79. Omnia praesumuntur legitime facta donec probetur in contrarium	158
80. Omnia praesumuntur rite esse acta	158
81. Pacta sunt servanda	159
82. Par in parem non habet imperium	160
83. Peccatum peccato addit qui culpae quam facit patrocinium defensionis adjungit	161
84. Persona standi in iudicio	162
85. Presumption of innocent	162
86. Poenae ut poenae, poenae ut medicinae	164
87. Quaedam, rationalis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui cura communis habet promulgata	164

88. Qui non habet in aere, luat in corpore, ne quis peccetur impune	165
89. Qui per alium facit per seipsum facere videtur	165
90. Qui potest et debet vetara, tacens jubet	166
91. Qui non potest solvere in aere, luat in corpore	166
92. Qui semel actionem renunciaverit, amplius repetere non potest	166
93. Quod fieri per leges lecebat, quia id nec divina prohibet et nondum prohibuerat lex humana	167
94. Quod licet jovi non licet bovi	167
95. Reformatio in melius	168
96. Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere	168
97. Res ipsa loquitur	168
98. Res iudicata pro veritate habetur	169
99. Sacramentum habet in se tres comites, veritatem justitiam et iudicium: veritas habenda est in iurato; justitia et iudicium in iudice	170
100. Secundum allegat iudicare	171
101. Societes delinquere non potest	171
102. Similia similibus curantor	172
103. Stare dicisis et quietata non movere	172
104. Tabellionis officium fideliter exercebo	172
105. Ubi jus incertum, ibi jus nullum	173
106. Ultimum remidium	174
107. Ultra Petita	174
108. Una Via	175
109. Unus tetstis nullus testis	176
110. Verba Volant scripta manet	177
111. Volenti non fit iniura	177
112. Voluntas reputabitur pro facto	177

BAB V. Antinomi Hukum	181
A. Konseptualisasi Antinomi Dari Immanuel Kant	185
B. Menelusuri Antinomi Dalam Pembentukan Peraturan Prundang-Undang	197
1. Persamaan dan Keadilan, Kemanfaatan dan Kepastian Hukum, Antinomi Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal	197
2. Generality—Berlaku Umum dan Kepastian Hukum—Dapat Diprediksi, Antinomi dalam UU No. 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan.	200
3. Ketertiban Dan Keadilan, Demokrasi Dan Otokrasi, Antinomi dalam UU No. 4/PNPS/1963 tentang Pelarangan Barang Cetak.	203
4. Nasionalisme dan Universalisme Hak Asasai Manusia, Antinomi dalam Pengesahan Konvenan Internasional Hak-Hak Ekonomi Sosial dan Budaya, serta Pengesahan Konvenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik Tahun 2005.	206
5. Kemanfaatan dan Kepastian Hukum, Antinomi dalam UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi.	209
 BAB VI. Filsafat Hukum	 215
A. Mazhab Hukum Alam	218
1. Hukum Alam Klasik	225
a. Socrates	225
b. Plato	229
c. Aristoteles	231
2. Hukum Alam Teologis	234
a. St. Augustinus	234
b. St. Thomas Aquinas	240
3. Hukum Alam Rasionalistis	244

a. Grotius	244
b. Immanuel Kant	247
4. Melemahnya Teori Hukum Alam	251
5. Menguatnya Kembali Teori Hukum Alam	255
A. Positivisme	260
1. Analytical Jurisprudence John Austin	267
2. Konsep Hukum H.L.A Hart	269
3. Teori Hukum Murni dari Hans Kelsen	274
C. Utilitarian	279
1. Utilitarianisme Individual oleh Jeremy Bentham	281
2. Kritik John Stuart Mill Terhadap Bentham	284
3. Utilitarianisme Sosial oleh Rudolf von Jhering	288
D. Mazhab Sejarah	290
1. Teori “Volkgeist” Dari Savigny Hingga Pucta	293
2. Pengembangan Oleh Henry Summer Maine	299
E. Sociological Jurisprudence	301
1. “Living Law” Dari Eugen Ehrlich	304
2. Pandangan Roscoe Pound	307
F. Realisme Hukum	309
1. Realisme Hukum Amerika	312
2. Realisme Hukum Skandinavia	320
G. Critical Legal Studies	322

BAB VII. Teori Hukum Kontemporer **333**

A. Teori Keadilan John Rawls	335
B. Teori Hukum Feminis (Feminist Legal Theory)	344
C. Teori Negara Minimal Robert Nozick	348
D. Teori Hak Ronald Dworkin	351
E. Teori Hukum Masyarakat Prismatic	354
F. Teori Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum	356

G. Teori Perilaku Hukum Donald Black	361
H. Teori Pluralisme Hukum	364
BAB VIII. Sistem Hukum	373
A. Definisi Sistem	375
B. Definisi Sistem Hukum	376
C. Arti Penting Dan Ciri-Ciri Sistem Hukum	378
D. Sistem Aturan Hukum	381
E. Sistem Hukum Indonesia	393
BAB IX. Penemuan Hukum	407
A. Definisi Penemuan Hukum	410
B. Elemen Penemuan Hukum	412
C. Sistem Penemuan Hukum	414
D. Sumber Penemuan Hukum	417
E. Metode Penemuan hukum	420
1. Interpretasi	421
2. Argumentasi	438
3. Penyempitan Hukum	455
4. Eksposisi	457
1. Eksposisi Verbal	457
2. Eksposisi Tidak Verbal	464
F. Argumentasi Hukum	464
Pendapat Hukum	471
Pendapat Ahli	476
Referensi	493
Biodata	516



BAB I

MENGENAL HUKUM

“Noch suchen die juristen eine definition zu
ihrem begriffe von recht!”

1 L.J. van Apeldoorn, 1990, Pengantar Ilmu Hukum, Pradnya Paramita,
Jakarta, hlm. 1.

Sebelum berbicara lebih lanjut mengenai segala sesuatu yang berkaitan dengan hukum, terlebih dulu kita perlu mengenal apa itu hukum. Salah satu *old maxim* dalam bahasa Latin berbunyi *ad recte docendum oportet primum inquirere nomina, quia rerum cognition a nominibus rerum dependet*. Artinya, agar dapat memahami sesuatu, perlu diketahui terlebih dahulu namanya, agar mendapatkan pengetahuan yang benar. Oleh karena itu, pada BAB I ini akan dibahas terlebih dahulu perihal pengertian hukum, kaidah hukum dan peraturan hukum konkrit.

A. Pengertian Hukum

Immanuel Kant lebih dari 150 tahun yang lalu memberikan pernyataan sinis seperti yang dikutip pada awal bab ini. Terjemahan bebas terhadap pernyataan tersebut : “*masih saja para ahli hukum mencari definisi mengenai pengertian hukum*”. Bahkan menurut **Hart**, para ahli hukum yang mengetahui tentang apa itu hukum, namun ada banyak hal tentang hukum dan hubungannya dengan hal-hal lain yang tidak mampu didefinisikan dan dijelaskan¹. Hukum mengatur seluruh bidang kehidupan. Hukum mengatur seseorang sejak masih di dalam kandungan sampai masuk ke dalam liang lahat.

Hukum bersifat abadi dan mengikat setiap orang, baik sebagai individu, masyarakat maupun bangsa. Dalam konteks ini berlakulah *old maxim* yang menyatakan ***non erit alia lex romae, alia athaenis; alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes, et omni tempore, una lex, et sempiterna, et immortalis continebit***. Artinya, hukum tidak berpindah – pindah ataupun mati, hukum bersifat abadi dan berlaku selamanya sampai semua bangsa terikat padanya. Oleh karena itu, merumuskan pengertian hukum dalam suatu kalimat yang singkat padat dan jelas adalah sesuatu hal yang mustahil. Tidaklah mungkin

1 H.L.A. Hart, 1994, *The Concept Of Law*, Clarendon Press, Oxford, hlm. 14.

merumuskan hukum dalam suatu definisi yang singkat, padat dan jelas sehingga meliputi pengertian dari berbagai bidang hukum yang ada.

Unger – dalam pengertian yang paling luas – mendefinisikan hukum sebagai setiap pola interaksi yang muncul berulang-ulang di antara banyak individu dan kelompok, diikuti pengakuan yang relatif eksplisit dari kelompok dan individu tersebut bahwa pola-pola interaksi demikian memunculkan ekspektasi perilaku timbal balik yang harus dipenuhi². Masih menurut **Unger**, konsep hukum yang demikian ada dua sisi. Di sisi yang satu adalah keseragaman dalam berperilaku. Di sisi yang lain bersifat normatif tentang hak dan kewajiban³.

Secara sederhana hukum dapat diartikan sebagai aturan yang disepakati bersama untuk dilaksanakan sebagaimana mestinya. Memahami hukum sebagai aturan⁴, tentunya tidak meliputi keseluruhan aspek dalam hukum dan hal-hal lainnya yang berkaitan dengan hukum. Lebih lanjut, paling tidak ada sembilan pengertian hukum. **Pertama**, hukum dalam arti sebagai ilmu pengetahuan. Dalam hal ini adalah ilmu hukum yang berarti juga sebagai ilmu kaidah (*normwissenschaft*). Ilmu hukum adalah ilmu yang menjelaskan tentang apa itu hukum. Dalam konteks ini, hukum sebagai kaidah, atau bagian dari sistem kaidah dengan dogmatik hukum dan sistematik hukum. **Jus est ars boni et aequi** : hukum adalah ilmu mengenai apa yang dianggap baik dan adil.

Kedua, hukum dalam arti sebagai disiplin yaitu ajaran hukum mengenai fenomena masyarakat atau ajaran kenyataan atau gejala-gejala hukum yang ada dan yang hidup dalam masyarakat. **Ketiga**, hukum dalam arti sebagai kaidah atau peraturan hidup yang menetapkan bagaimana seseorang harus bertingkah laku dalam hidup bermasyarakat. Hukum sebagai peraturan hidup hampir selalu berisi perintah, perkenan atau

2 Roberto M. Unger, 1976, Law and Modern Society ; Towards Criticism of Social Theory, The Free Press, hlm. 58.

3 Ibid, hlm. 59.

4 Jeffrey Brand, 2013, Philosophy Of Law : Introducing Jurisprudence, Bloomsbury, London. New Delhi. New York. Sydney, hlm. 8.

larangan. Sebagai peraturan hidup, hukum bertujuan agar tercipta kehidupan masyarakat yang damai. Hukum alam melihat hukum sebagai peraturan hidup berdasarkan *old maxim juris praecepta suntan haec, honesta vivere, alterum non laedere suum cuique tribuere*. Artinya, peraturan hukum adalah hidup dengan hormat, jangan merugikan orang lain, laksanakanlah kewajiban masing – masing.

Keempat, hukum dalam arti sebagai tata hukum yaitu keseluruhan aturan hukum yang berlaku. Aturan hukum yang berlaku disebut sebagai hukum positif atau *ius constitutum*. Aturan hukum tersebut berlaku di suatu tempat dan pada suatu waktu. **Kelima**, hukum dalam arti sebagai petugas hukum. Dalam Konteks ini lebih banyak merupakan anggapan dari sebagian warga masyarakat yang awam hukum (*the man in the street*). Mereka memanasifestasikan hukum seperti apa yang dilihatnya, yaitu petugas penegak hukum. Bagaimana polisi dan jaksa menangani suatu perkara atau bagaimana hakim mengadili perkara dalam suatu persidangan, inilah yang dianggap sebagai hukum.

Keenam, hukum dalam arti keputusan penguasa. Artinya, hukum merupakan keseluruhan ketentuan-ketentuan hukum yang dibuat, ditetapkan atau diputuskan oleh pihak penguasa yang berwenang. **Ketujuh**, hukum dalam arti proses pemerintahan yang berarti aktivitas dari lembaga administratif atau lembaga eksekutif dalam menyelenggarakan pemerintahan. **Kedelapan**, hukum dalam arti sebagai perilaku yang teratur, dalam hal ini perilaku individu yang satu terhadap yang lain secara biasa, wajar dan rasional, yang secara terus menerus dilakukan yang akhirnya menimbulkan suatu ikatan yang diterima sebagai suatu keharusan. **Kesembilan**, hukum dalam arti sebagai jalinan nilai-nilai yaitu untuk mewujudkan keseimbangan atau keserasian antara pasangan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat.

Secara garis besar hukum memiliki empat fungsi⁵. **PERTAMA**, mendefinisikan hubungan antara anggota-anggota dalam masyarakat. Di sini berlaku postulat ***ubi societas ibi ius***. Artinya, di mana ada masyarakat di situ ada hukum. Masyarakat terdiri dari individu-individu dengan berbagai kepentingan. Dalam pandangan **Thomas Hobbes**, kepentingan seseorang tidak boleh merugikan kepentingan orang lain dan agar setiap orang bertingkah laku dengan benar, dibutuhkan hukum⁶. Dalam konteks ini hukum menegaskan perbuatan-perbuatan mana yang boleh dilakukan dan mana yang tidak boleh dilakukan. Jika tidak demikian, maka manusia yang satu merupakan serigala bagi manusia yang lain (*homo homini lupus*) yang dalam konteks kemasyarakatan berubah menjadi *bellum omnium contra omnes* atau perang semua melawan semua.

Di satu sisi, hukum mengatur aktivitas antara individu dan kelompok dalam masyarakat hukum. Hal ini disebut sebagai *horizontal direct effect*. Di sisi lain, hukum mengatur hubungan antara individu dengan negara sebagai *vertical direct effect*⁷. Negara adalah organisasi kekuasaan terbesar dalam masyarakat yang mengurus dan mengendalikan penduduk. Negara atau *state* berasal dari bahasa Italia, "*stato*", nama sebuah kota yang ada di Italia pada abad ke-15. **Machiavelli** dalam berbagai karyanya menggunakan istilah "*stato*" untuk menyebut "negara"⁸.

Dalam relevansinya dengan fungsi yang pertama ini, lahirlah hukum publik dan hukum privat atau hukum perdata. Hukum publik mengatur hubungan hukum antara individu dengan negara, sedangkan hukum privat mengatur hubungan hukum antar individu dalam masyarakat.

-
- 5 Richard D. Schwartz And Jerome H. Skolnick (Editor), 1970, *Society And The Legal Order : Cases And Materials In The Sociology Of Law*, Basic Books, Inc. Publisher., hlm. 17.
 - 6 Dennis Lloyd, 1991, *The Idea Of Law*, Penguin Books, hlm. 199.
 - 7 Cees van Dam, 2006, *European Tort Law*, Oxford University Press, hlm. 26.
 - 8 Elex Media Komputindo, 2019, *Why ? Machiavelli The Prince*, Kompas Gramedia, Jakarta, hlm. 62 – 63.

Hukum privat atau hukum perdata berasal dari masyarakat sebagaimana adagium *jus civile est quod sibi populus constituit* (hukum perdata adalah hukum yang dibuat oleh masyarakat itu sendiri). Di negara-negara yang menganut Eropa kontinental *system* – termasuk Indonesia – perbedaan hukum publik dan hukum privat sangatlah tajam⁹.

Beberapa keuntungan dari hukum privat : **Pertama**, struktur hukumnya menaruh perhatian pada hubungan antara kedua belah pihak dan bukan pada individu secara terpisah. Artinya, tidak ada lagi pertimbangan untung atau rugi yang bersifat memihak. Selain itu, tidak ada satu pihak yang dikorbankan demi keuntungan pihak lain. Tegasnya, struktur ini tidak mementingkan keuntungan individu, melainkan kepentingan hubungan antara kedua belah pihak.

Kedua, yang dimaksud dengan kepentingan hubungan antara kedua belah pihak, tidaklah berarti adanya tukar menukar antar pihak, melainkan hubungan tersebut dilihat sebagai satu kesatuan. Dengan demikian , suatu solusi harus bertujuan untuk menjaga kebaikan hubungan antara kedua belah pihak. **Ketiga**, asas keadilan dan koherensi bukanlah sesuatu yang bisa di kesampingkan oleh para pihak. Artinya, kedua asas tersebut menjadi salah satu dasar kompetensi peradilan. **Keempat**, asas keadilan dan koherensi merupakan salah satu aspirasi hukum yang dituangkan pada produk hukum, doktrin dan institusi hukum¹⁰.

KEDUA, hukum berfungsi menjinakkan kekuasaan telanjang dan menunjukkan bagaimana mengatur kekuasaan itu. **Potentia debet sequi justitiam, non antecedere** (kekuasaan mengikuti hukum dan bukan sebaliknya). Fungsi ini membatasi kekuasaan negara agar

9 R.C. van Caenegem, 2007, *European Law In The Past And The Future : Unity and Diversity over Two Millenia*, Cambridge University Press, hlm. 41.

10 Ernest J. Weinrib, 2016, *Corrective Justice : Oxford Legal Philosophy*, Oxford University Press, hlm. 3.

jangan sampai bertindak sewenang-wenang terhadap individu, sebab ***potentia non est nisi ad bonum*** (kekuasaan diberikan untuk kebaikan publik) dan ***sequi debet potential justitiam, non praecedere*** (kekuasaan seharusnya mengikuti keadilan, bukan sebaliknya). Di sini berlaku postulat ***inde datae leges ne fortiori omnia possent*** yang berarti hukum dibuat untuk membatasi kekuasaan para penguasa. Setiap tindakan negara berpijak apada asas legalitas. Artinya, harus berlandaskan aturan yang tegas dan jelas. Paling tidak ada tiga syarat yang terkandung dalam prinsip legalitas. ***Pertama***, setiap aturan hukum harus tertulis sebagai pengejawantahan sifat keresmian. ***Kedua***, setiap aturan hukum harus jelas. ***Ketiga***, setiap aturan hukum harus ketat. Mengapa kekuasaan harus dijinakkan dan dibatasi ? Sebab ada kecenderungan melakukan kejahatan dengan kekuasaan tersebut. ***In maxima potentia minima licentia*** : dimana ada kekuasaan, disitu selalu ada keinginan untuk melakukan kejahatan.

KETIGA, hukum berfungsi menyelesaikan persoalan-persoalan yang timbul, baik antar individu, antara individu dengan masyarakat, maupun antara individu dengan negara. Menyelesaikan persoalan yang timbul dapat melalui pengadilan ataupun di luar pengadilan. Jika penyelesaian persoalan hukum yang ada melalui pengadilan, maka harus didasarkan pada hukum acara. Jika penyelesaian persoalan hukum yang ada di luar pengadilan, biasanya dilakukan secara musyawarah mufakat untuk mencapai kesepakatan tertentu.

KEEMPAT, hukum berfungsi melakukan redefinisi hubungan antara individu-individu dan kelompok dalam kondisi kehidupan yang telah berubah. Dengan kata lain hukum berfungsi melakukan adaptasi. Dalam konteks ini, hukum dituntut untuk dinamis agar dapat disesuaikan dengan perkembangan masyarakat termasuk kemajuan di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi. Sering kali untuk melakukan fungsi adaptasi, aturan hukum yang ada harus diinterpretasikan dengan melihat situasi dan kondisi yang ada. Persoalan interpretasi hukum akan dibahas pada bab penemuan hukum dalam buku ini.

Selain pengertian dan fungsi hukum, ada juga pembagian hukum ke dalam hukum materiil dan hukum formil. Hukum materiil pada hakikatnya adalah substansi aturan tentang perilaku yang diperintahkan atau dilarang yang sifatnya mengikat dan keberlakuannya dapat dipaksakan. Sedangkan hukum formil adalah aturan untuk menegakkan hukum materiil. Hukum materiil ada yang dikodifikasikan seperti kitab undang-undang hukum pidana (KUHP), namun ada juga yang tidak dikodifikasikan seperti berbagai undang-undang. Demikian pula hukum formil yang sering juga disebut hukum acara, ada yang dikodifikasikan seperti kitab undang-undang hukum acara pidana (KUHAP) dan ada juga yang tidak dikodifikasikan sebagai bagian dari suatu undang-undang. Kodifikasi hukum merupakan ciri khas negara-negara *civil law* atau sistem Eropa kontinental. Hal ini berbeda dengan hukum di Inggris atau tradisi *common law system* atau sistem Anglo Amerika yang tidak mengkodifikasikan hukumnya dalam suatu kitab undang-undang¹¹.

B. Kaidah Hukum

Sudikno Mertokusumo mengartikan kaidah sebagai pedoman, patokan atau ukuran berperilaku atau bersikap dalam kehidupan bersama¹². Dalam kehidupan masyarakat paling tidak ada empat kaidah sosial, masing-masing adalah kaidah agama, kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan dan kaidah hukum. Bila kaidah agama dan kaidah kesusilaan bersifat otonom (berasal dari dalam diri manusia), maka kaidah kesopanan dan kaidah hukum bersifat heteronom (berasal dari luar diri manusia). Penjelasan lebih lanjut mengenai keempat kaidah tersebut adalah sebagai berikut :

11 O. Hood Phillips and A.H. Hudson, 1988, *First Book of English Law*, Sweet & Maxwell, London, hlm. 5.

12 Sudikno Mertokusumo, 2010, *Mengenal Hukum : Suatu Pengantar*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, hlm. 5.

Pertama, kaidah agama. Kaidah ini bersumber dari ajaran agama dan kepercayaan kepada Tuhan. Kaidah agama bertujuan agar manusia selalu berbuat baik. Pelanggaran terhadap kaidah agama akan mendapatkan sanksi dari Tuhan. **Kedua**, kaidah kesusilaan yang bersumber dari dalam diri sendiri atau berdasarkan hati nurani. Kaidah ini ditujukan kepada kehidupan pribadi seseorang agar tidak melakukan hal-hal yang menyimpang. Pelanggaran terhadap kaidah kesusilaan ini akan mendapatkan sanksi dari diri sendiri.

Ketiga, kaidah kesopanan. Kaidah ini bersumber dari masyarakat yang ditujukan pada sikap lahir seseorang. Tujuan kaidah ini adalah agar terciptanya kehidupan masyarakat yang damai. Pelanggaran terhadap kaidah kesopanan akan mendapatkan sanksi dari masyarakat secara tidak resmi. Kaidah kesopanan dalam masyarakat berkembang menjadi adat istiadat. **Keempat**, kaidah hukum. Sama seperti kaidah kesopanan, kaidah hukum ditujukan pada sikap lahir seseorang. Sumber kaidah hukum berasal dari masyarakat secara resmi sehingga jika terjadi pelanggaran terhadap kaidah hukum akan mendapatkan sanksi yang tegas dari masyarakat secara resmi. Pemberian sanksi tersebut biasanya melalui institusi negara.

Kendatipun antara kaidah hukum dan ketiga kaidah sosial lainnya terdapat perbedaan, namun antara kaidah hukum dan kaidah sosial lainnya tidaklah dapat dipisahkan. Berbicara mengenai hubungan antara kaidah hukum dan kaidah sosial lainnya sama halnya berbicara mengenai hubungan antara hukum dan moral. Kendatipun dua hal yang berbeda, namun moral dibutuhkan dalam melaksanakan kaidah sosial, demikian pula hukum yang tidak berdasarkan moralitas adalah hukum yang tidak adil¹³. Dapatlah di katakan bahwa kaidah agama adalah panduan trasedental, sedangkan kaidah kesusilaan dan kaidah moral adalah panduan nurani, sementara kaidah hukum adalah

13 Jonathan Crowe, 2014, Legal Theory, Second Edition, Nutshell SeriesLawbook Co, hlm. 8.

panduan publik¹⁴.

Kaidah hukum lahir berdasarkan buah pikiran mengenai mana yang baik dan mana yang buruk. Mana yang benar dan mana yang salah. Mana yang diterima dan mana yang ditolak oleh masyarakat. Buah pikir yang abstrak tersebut akan membentuk nilai-nilai dan asas-asas yang kemudian dikristalisasi menjadi norma atau kaidah. Pengejawantahan dari norma atau kaidah inilah akan membentuk peraturan hukum konkrit.

Kaidah hukum adalah pedoman atau peraturan hidup yang menentukan tentang bagaimana seyogyanya manusia atau orang bertindak atau berbuat dalam masyarakat agar kepentingannya terlindungi. Sifatnya lebih konkrit daripada asas hukum. Dalam arti khusus, kaidah hukum merupakan nilai yang tercantum dalam peraturan hukum konkrit. Tujuan kaidah hukum agar tercipta kehidupan masyarakat yang damai demikian menurut **Spinoza**¹⁵. Selain itu, kaidah hukum juga bertujuan menciptakan kesejahteraan masyarakat.

Sebagai panduan publik, adapun prinsip-prinsip moralitas hukum adalah sebagai berikut ; **Pertama**, hukum harus milik semua orang untuk menuju kebaikan. **Kedua**, hukum tidak boleh dimonopoli individu atau kelompok. **Ketiga**, harus menjadi ruang publik untuk mempertahankan kebenaran, kebaikan dan keadilan. **Keempat**, hukum harus dibentuk dan dirawat menurut nilai-nilai publik. **Kelima**, hukum harus lahir dari persetujuan bersama atas dasar komunikasi tanpa paksaan antar semua golongan dalam masyarakat. **Keenam**, para pengawal dan penjaga hukum harus tunduk pada nilai-nilai dan norma yang melekat pada jabatannya. **Ketujuh**, setiap perbuatan yang menciderai panduan publik harus dianggap sebagai perbuatan tercela

14 Yovita A Mangesti Dan Bernard L. Tanya, 2014, *Moralitas Hukum*, Genta Publishing, hlm. 4.

15 Tom Butler – Bowdon, 2014, *50 Philosophy Classics : Thinking, Being, Acting, Seeing*, Nicholas Brealey Publishing, London – Boston, hlm.287.

bagi kepentingan publik. **Kedelapan**, harus ditumbuhkembangkan moral habit dalam berhukum¹⁶.

Mengapa kaidah hukum dibutuhkan, padahal sudah ada ketiga kaidah sosial lainnya ? Ada dua jawaban : **Pertama**, sanksi kaidah sosial yang lain dianggap kurang tegas dan kurang dirasakan secara langsung. Sanksi adalah untuk menegakkan kaidah hukum yang bersifat paksaan sebagai salah satu elemen esensi dari hukum itu sendiri¹⁷. **Frustra feruntur leges nisi subaitis et obedientibus** : hukum dibuat agar masyarakat patuh, karena kepatuhan adalah inti dari hukum sebagaimana adagium **obedientia est legis essential** (kepatuhan merupakan inti dari hukum). Kaidah hukum dibutuhkan untuk melindungi kepentingan pribadi dan kepentingan masyarakat agar diberikan secara seimbang dan adil. Akan tetapi jika kepentingan pribadi dan kepentingan masyarakat berbenturan, maka kepentingan masyarakatlah yang didahulukan. **Omnis privatio praesupponit habitum** : kepentingan bersama mengalahkan kepentingan pribadi. Demikian juga postulat yang menyatakan **privatum commodum public cedit** (kepentingan pribadi harus disingkirkan demi kepentingan publik).

Kedua, masih banyak kepentingan manusia belum terlindungi oleh ketiga kaidah tersebut. Adanya kaidah hukum adalah untuk mempositifkan kaidah-kaidah sosial lainnya dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Banyak larangan dan perintah dalam kaidah hukum bersumber dari kaidah agama¹⁸. **Summa est lex quae pro religione facit** (hukum tertinggi adalah yang berpihak atas nama agama). Demikian pula kaidah kesusilaan dan kaidah kesopnan memberikan kontribusi besar terhadap kaidah hukum. Bahkan kaidah kesopnan yang berkembang menjadi adat dapat melengkapi kaidah hukum. **Modus legem dat donationi** : adat dapat melengkapi hukum

16 Yovita A Mangesti Dan Bernard L. Tanya, Op.Cit., hlm. 5.

17 Hans Kelsen, 1944, General Theory Of Law And State, New York Russell & Russell, hlm. 45.

18 Dennis Lloyd, Op.Cit., hlm. 47.

dan hanya adat yang logis yang harus dipatuhi sebagai hukum (*obtemperandum est consuetudini rationabili tanquam legi*).

Kaidah hukum dianggap sebagai mediasi sosial¹⁹ antara norma dan fakta, oleh karena itu kaidah hukum yang dikonkritkan dalam hukum positif dibutuhkan dalam tiga hal. **Pertama**, kaidah hukum untuk menyelesaikan konflik yang timbul dalam masyarakat moderen yang plural. **Kedua**, kaidah hukum sebagai *sacret canopy* dari kebiasaan-kebiasaan dalam kaidah agama. **Ketiga**, kaidah hukum untuk mengatur berbagai kehidupan masyarakat moderen seperti ekonomi, pendidikan dan politik²⁰.

Kaidah hukum memiliki empat fungsi. **PERTAMA**, melindungi kepentingan setiap orang. Konsep perlindungan hukum dapat dilihat secara *in abstracto* dan *in concreto*. Perlindungan *in abstracto* mengandung makna bahwa substansi suatu kaidah hukum haruslah memberikan perlindungan. Sedangkan perlindungan hukum *in concreto* mengandung arti bahwa praktik penegakkan hukum harus memberikan perlindungan. Paling tidak ada dua para meter yang dapat dijadikan ukuran untuk menyatakan apakah perlindungan hukum *in abstracto* dikandung oleh suatu kaidah hukum. **Pertama**, Apakah suatu kaidah menjamin kepastian hukum ? **Kedua**, apakah suatu kaidah bersifat diskriminatif. Kedua para meter tersebut bersifat kumulatif. Artinya, jika salah satu saja para meter tidak terpenuhi, maka dapat dikatakan bahwa kaidah hukum tersebut tidak memberikan perlindungan secara *in abstracto*.

KEDUA, kaidah hukum berfungsi sebagai pengendali sosial. Ada dua sifat kaidah hukum sebagai pengendali sosial. **Pertama**, bersifat preventif. Artinya, adanya kaidah hukum untuk mencegah tingkah laku yang dapat merusak tatanan masyarakat. **Praestet cautela quam**

19 Jurgen Habermas, 1996, *Between Facts And Norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press, hlm. 1.

20 Ibid, hlm. xvii.

medela (mencegah lebih baik dari pada memulihkan). Oleh karena itu pelanggaran terhadap kaidah hukum dikenakan sanksi yang tegas. Adanya sanksi membuat orang takut untuk melanggar peraturan tersebut. Dalam konteks hukum pidana, rasa takut untuk melakukan suatu pelanggaran karena ada sanksi yang tegas dikenal dengan istilah *psychologischezwang* atau paksaan psikologis. Teori ini dikemukakan oleh **Feuerbach**²¹. **Kedua**, bersifat represif. Artinya, setiap orang yang melakukan pelanggaran kaidah hukum harus ditindak agar masyarakat dapat dikendalikan dari tindakan main hakim sendiri²².

KETIGA, kaidah hukum berfungsi sebagai sarana rekayasa sosial. Fungsi ini bertujuan menjadikan kaidah hukum untuk menciptakan ketertiban dan keadilan. Selain itu kaidah hukum juga untuk mewujudkan kedamaian dan kebahagiaan. **KEEMPAT**, kaidah hukum berfungsi integratif. Artinya, kaidah hukum berfungsi sebagai pemersatu masyarakat diantara berbagai kepentingan yang ada. Masyarakat akan hidup dengan tentram, aman, rukun dan damai karena ada peraturan hidup yang disepakati bersama diantara anggota masyarakat. Apabila ada pelanggaran terhadap kaidah hukum, maka anggota masyarakat yang melanggar harus dikenakan sanksi agar mengembalikan tatanan masyarakat yang dirusak dengan pelanggaran hukum tersebut. Keadaan yang demikian dikenal dengan istilah *restitutio in integrum*²³ bahwa tatanan masyarakat yang terganggu harus dipulihkan ke keadaan semula.

Terkahir, yang berkaitan dengan kaidah hukum adalah tugas dari kaidah hukum. Adapun tugas dari kaidah hukum adalah menjamin kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Menyeimbangkan ketiga tugas kaidah hukum tersebut bukanlah hal yang mudah. Di satu sisi, antara keadilan dan kemanfaatan sering kali bertolak

21 Ch. J., Enshede, 2002, *Beginnselen van Strafrecht*, Kluwer, Deventer, hlm. 26.

22 Wayne R. Lafave, 2010, *Principle Of Criminal Law*, West A Thomson Reuters Business, hlm. 26.

23 Sudikno Mertokusumo, *op.cit.*, hlm. 4.

belakang dengan kepastian hukum di sisi yang lain. ***Summum ius summa inuria, summa lex summa crux.*** Artinya, suatu hukum semakin pasti semakin tidak adil. Tegasnya, keadilan tertinggi adalah ketidakpastian hukum tertinggi. ***Justitia est virtus excellens et altissimo complacens*** : keadilan merupakan suatu kebaikan tertinggi yang memberikan kesenangan. Pertanyaan lebih lanjut, manakah yang harus didahulukan bila antara ketiga tugas kaidah hukum tersebut saling bertolak belakang ? Tentunya yang harus didahulukan adalah keadilan.

Perihal kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan adalah tiga pilar utama kaidah hukum yang harus dijaga keseimbangannya antara satu dengan yang lain. Hal ini banyak diulas oleh **Gustav Radbruch** dalam *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Pasca-Perang Dunia Kedua, dalam literatur hukum Jerman ada yang dikenal dengan istilah *Radbruch Formula*. Secara tegas dikatakan oleh **Radbruch** bahwa hukum positif dianggap sebagai lawan dari keadilan dan tidaklah dapat diterapkan jika ada ketidakkonsistenan antara undang-undang dan keadilan, maka yang lebih didahulukan adalah keadilan²⁴. Mengapa keadilan yang harus didahulukan ? sebab keadilan adalah nilai dasar, sedangkan kemanfaatan adalah nilai praktis, sementara kepastian adalah nilai instrument yang harus diletakkan paling akhir. Kendatipun demikian, dalam praktik penegakkan hukum tidak selamanya keadilanlah yang diutamakan. Terkadang kemanfaatan lah yang diutamakan, bahkan acap kali kepastian hukum selalu menjadi prioritas.

24 Machteld Boot, 2001, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court : Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes, Intersentia*, Antwerpen – Oxford – New York, hlm. 86.

C. Peraturan Hukum Konkrit

Seperti yang telah diutarakan di atas bahwa kaidah hukum diejawantahkan atau diwujudkan dalam peraturan hukum konkrit. Subbab peraturan hukum konkrit ini selanjutnya akan menguraikan struktur dari suatu peraturan hukum, isi dari suatu peraturan hukum, konsekuensi atau implikasi suatu peraturan hukum, pembatasan-pembatasan mengenai peraturan hukum dan pengecualian-pengecualian suatu peraturan hukum.

1. Struktur Dasar Peraturan Hukum

Kekuatan berlaku suatu peraturan tidak hanya meliputi kekuatan berlaku secara yuridis semata (*jurisdische geltung*) tetapi juga harus meliputi kekuatan berlaku secara filosofis (*filosofische geltung*) dan kekuatan berlaku secara sosiologis (*soziologische geltung*)²⁵. Kekuatan berlaku secara yuridis mengandung arti bahwa suatu peraturan hukum dibentuk oleh lembaga yang berwenang termasuk di dalamnya adalah prosedur atau tata cara pembuatan peraturan hukum tersebut.

Sebagai misal jika peraturan hukum tersebut berbentuk undang-undang maka lembaga yang diberi kewenangan untuk membentuk undang-undang adalah DPR dengan persetujuan Presiden. Prosedur pembuatan suatu undang-undang dapat berasal dari DPR dengan menggunakan hak inisiatifnya, dapat juga berasal dari pemerintah. Jika peraturan hukum tersebut berbentuk Peraturan Pemerintah maka yang berwenang membentuk peraturan hukum tersebut adalah Presiden sebagai kepala pemerintahan. Demikian pula di tingkat daerah jika peraturan hukum tersebut berbentuk Peraturan Daerah maka lembaga yang berwenang adalah DPRD bersama-sama dengan Gubernur, Bupati atau Walikota.

25 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit, hlm. 94 – 95.

Kekuatan berlaku secara filosofis dan kekuatan berlaku secara sosiologis berkaitan erat dengan substansi suatu peraturan hukum. Kekuatan berlaku secara filosofis haruslah sesuai dengan cita hukum suatu negara. Dalam konteks Indonesia, cita hukum tersebut adalah masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila. Sedangkan kekuatan berlaku secara sosiologis berarti peraturan hukum tersebut pemberlakuannya dapat diterima oleh masyarakat. Dengan kata lain suatu aturan hukum tidak hanya bersifat *top down* dari lembaga yang berwenang membentuk peraturan hukum tersebut tetapi juga harus bersifat *bottom up* yang berarti peraturan hukum tersebut bersifat responsif sesuai dengan keinginan masyarakat.

Dalam kaitannya dengan struktur dasar peraturan hukum, kekuatan berlaku secara filosofis, kekuatan berlaku secara sosiologis dan kekuatan berlaku secara yuridis akan terlihat dalam suatu peraturan hukum itu sendiri. Kekuatan berlaku secara filosofis sebagai *legal spirit* suatu peraturan hukum akan terlihat jelas pada bagian pertimbangan atau konideran dari peraturan hukum tersebut. Sedangkan kekuatan berlaku secara sosiologis suatu peraturan hukum biasanya terlihat pada batang tubuh atau pasal-pasal yang tersebar dalam peraturan hukum itu.

Jika pemberlakuan suatu peraturan hukum mendapat resistensi dari masyarakat maka peraturan hukum tersebut tidak mempunyai kekuatan berlaku secara sosiologis. Sebaliknya, jika suatu peraturan hukum ditaati oleh masyarakat dengan suatu kesadaran hukum maka dapat dipastikan peraturan hukum tersebut memiliki kekuatan berlaku secara sosiologis. Kekuatan secara yuridis suatu peraturan hukum, selain terkait proses atau tata cara pembentukan suatu peraturan hukum, juga dapat dilihat dari keterkaitan antara *legal spirit* dengan pasal-pasal dari peraturan hukum tersebut.

Struktur dasar suatu peraturan hukum biasanya terdiri dari pertimbangan, batang tubuh dan penjelasan. Pertimbangan sebagai *legal spirit* berisi landasan filosofis mengapa suatu peraturan hukum

harus dibentuk. Selanjutnya batang tubuh suatu peraturan hukum yang terdiri dari sejumlah pasal haruslah sesuai dengan landasan filosofis pembentukan suatu peraturan hukum. Artinya, tidak diperkenankan jika pasal-pasal dalam batang tubuh suatu peraturan hukum bertentangan dengan landasan filosofis dari peraturan hukum itu sendiri atau bersifat *contra legem*. Penjelasan suatu peraturan hukum terdiri dari penjelasan umum yang menjabarkan *legal spirit* dari pembentukan peraturan hukum tersebut dan penjelasan pasal demi pasal untuk menjelaskan lebih lanjut terkait suatu makna atau pengertian lebih lanjut dalam suatu pasal.

Contoh kasus yang memperlihatkan pertentangan antara *legal spirit* dan pasal dalam peraturan hukum sebagai suatu struktur dasar adalah pengujian terhadap undang-undang perlindungan saksi dan korban sebagaimana dituangkan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi, Nomor 42/PUU-VIII/2010, tanggal 24 September 2010. Ketentuan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Lembaga Perlindungan Saksi Dan Korban berbunyi, "*Saksi, korban, dan pelapor tidak dapat dituntut secara hukum baik pidana maupun perdata atas laporan kesaksian yang akan, sedang atau telah diberikannya*". Akan tetapi pada ayat (2) undang-undang tersebut berbunyi, "*Seorang saksi yang juga tersangka dalam kasus yang sama tidak dapat dibebaskan dari tuntutan pidana apabila ia ternyata terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah, tetapi kesaksiannya dapat dijadikan pertimbangan hakim dalam meringankan pidana yang akan dijatuhkan*". Dalam penjelasan Pasal 10 ayat (1) tertulis, "*yang dimaksud dengan "pelapor" adalah orang yang memberikan informasi kepada penegak hukum mengenai terjadinya suatu tindak pidana*". Sedangkan penjelasan pasal 10 ayat (2) tertulis "*cukup jelas*".

Ketentuan Pasal 10 Undang-Undang Lembaga Perlindungan Saksi Dan Korban pernah diajukan pengujian kepada Mahkamah Konstitusi oleh **Komisaris Jenderal Polisi Susno Duadji**. Menurut **Susno**, Pasal 10 tersebut bertentangan dengan prinsip pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil, perlindungan diri pribadi,

keluarga, kehormatan, martabat dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi sebagaimana dimaksud oleh Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945, Kontitusi Republik Indonesia.

Berdasarkan substansi pasal 10 ayat (1) dan Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Lembaga Perlindungan Saksi Dan Korban, ada beberapa catatan sebagai analisis : **PERTAMA**, ketentuan pasal tersebut berlaku bagi seorang *whistle blower* yang berdasarkan interpretasi historis sangat erat kaitannya dengan organisasi kejahatan ala mafia. Tidak jarang suatu sindikat bisa terbongkar karena salah seorang dari mereka ada yang berkhianat. Artinya, salah seorang dari mereka berfungsi sebagai peniup peluit atau *whistle blower* untuk mengungkap kejahatan yang mereka lakukan. Sebagai imbalannya, *whistle blower* tersebut dibebaskan dari tuntutan pidana. Dengan demikian ketentuan Pasal 10 ayat (2) undang-undang *a quo* bertentangan dengan semangat *whistle blower* itu sendiri.

KEDUA, ketentuan Pasal 10 ayat (2) undang-undang *a quo* tidak memenuhi prinsip perlindungan terhadap seorang *whistle blower* karena yang bersangkutan tetap akan dijatuhi pidana bilamana terlibat dalam kejahatan tersebut. Artinya, di satu sisi pasal tersebut memberi perlindungan, namun di sisi lain *whistle blower* tidak mendapatkan jaminan untuk dibebaskan dari tuntutan pidana atas kesaksian yang diberikan. Dengan demikian Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tidak memberikan kepastian hukum kepada *whistle blower*.

KETIGA, berdasarkan interpretasi gramatikal yaitu makna ketentuan undang-undang ditafsirkan dengan cara menguraikannya menurut bahasa umum sehari-hari. Ketentuan Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 bersifat ambigu, tidak memenuhi prinsip *lex certa* dalam hukum pidana dan cenderung *contra legem* dengan ketentuan Pasal 10 ayat (1). Bunyi Pasal 10 ayat (2),

”Seorang saksi yang juga tersangka dalam kasus yang sama tidak dapat dibebaskan dari tuntutan pidana apabila ia ternyata terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah, tetapi kesaksiannya dapat dijadikan pertimbangan hakim dalam meringankan pidana yang akan dijatuhkan”.

Bila diuraikan secara gramatikal, menimbulkan tiga kerancuan. **Pertama**, seorang saksi yang juga tersangka dalam kasus yang sama akan menghilangkan hak *excusatie* terdakwa, padahal hak *excusatie* terdakwa adalah salah satu unsur objektivitas peradilan. Di satu sisi, ketika orang tersebut sebagai saksi di pengadilan, keterangannya sah sebagai alat bukti jika diucapkan di bawah sumpah, namun di sisi lain ketika yang bersangkutan berstatus sebagai terdakwa keterangan yang diberikan tidak di bawah sumpah.

Kedua, kalimat *“.....tidak dapat dibebaskan dari tuntutan pidana apabila ia ternyata terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah....”* bersifat ambigu dan menimbulkan pertanyaan, siapakah yang akan disidangkan lebih dulu, apakah si *whistle blower* ataukah pelaku yang dilaporkan oleh *whistle blower* ataukah akan disidangkan secara bersamaan. **Ketiga**, ketentuan Pasal 10 ayat (2) bersifat *contra legem* dengan ketentuan Pasal 10 ayat (1) yang pada hakikatnya menyatakan bahwa saksi, korban dan pelapor tidak dapat dituntut secara hukum baik pidana maupun perdata atas laporan kesaksian yang akan, sedang atau telah diberikannya.

KEEMPAT, interpretasi sistematis atau logis yakni menafsirkan ketentuan perundang-undangan dengan menghubungkannya dengan semua pasal dalam undang-undang tersebut, Peraturan hukum atau undang-undang lain atau dengan keseluruhan sistem hukum. Dalam metode penemuan hukum, khususnya hukum pidana, paling tidak ada tujuh prinsip. Salah satu diantara prinsip tersebut adalah prinsip ***titulus est lex*** dan ***rubrica est lex***. Prinsip yang pertama disebut berarti judul perundang-undangan yang menentukan sedangkan prinsip yang kedua berarti rubrik atau bagian perundang-undanganlah

yang menentukan.

In casu a quo, Pasal 10 ayat (2) secara ***rubrica est lex*** berada dalam Bab II tentang Perlindungan Dan Hak Saksi Dan Korban, sedangkan substansi pasal tersebut tidak menjamin perlindungan terhadap *whistle blower* dari tuntutan hukum terutama hukum pidana. Demikian pula secara ***titulus est lex***, judul undang-undang tersebut adalah perlindungan saksi dan korban. Jadi apapun status dari saksi tersebut harus tetap diberi perlindungan. Ketentuan Pasal 10 ayat (2) undang-undang *a quo* terlepas dari konteks perlindungan itu sendiri. Dengan demikian ketentuan tersebut tidak menjamin kepastian hukum dan perlindungan terhadap hak asasi manusia.

Akan tetapi permohonan tersebut ditolak oleh Mahkamah Konstitusi dengan alasan bahwa Pasal 10 ayat (2) tersebut harus dimaknai sebagai ketentuan yang secara jelas dan tegas bersifat eksepsional dari Pasal 10 ayat (1), sehingga ketentuan yang terdapat pada Pasal 10 ayat (1) harus dimaknai tidak berlaku terhadap saksi yang juga tersangka dalam kasus yang sama. Pasal 10 ayat (2) mempunyai makna atau merupakan penegasan bahwa saksi yang dilindungi hanyalah saksi yang sama sekali tidak terlibat sebagai pelaku dalam tindak pidana tersebut²⁶.

2. Isi Peraturan Hukum

Secara garis besar suatu peraturan hukum dapat dibagi menjadi tiga. ***Pertama***, isi peraturan hukum yang bersifat perintah. Peraturan hukum bersifat perintah biasanya suruhan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan-tindakan tertentu. ***Kedua***, isi peraturan hukum yang bersifat perkenan. Di sini peraturan hukum tersebut boleh diikuti atau tidak diikuti. Isi peraturan hukum yang bersifat sebagai perkenan atau perbolehan banyak terdapat di bidang hukum keperdataan.

²⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi, Nomor 42/PUU-VIII/2010, tanggal 24 September 2010.

Ketiga, isi peraturan hukum yang bersifat larangan. Di sini isi peraturan tersebut melarang untuk melakukan perbuatan-perbuatan tertentu.

Bentuk standar dari undang-undang pidana selalu berisi perintah atau larangan yang disertai ancaman pidana²⁷. Jika suatu aturan pidana berisi perintah, maka ancaman pidana ditujukan kepada setiap orang yang tidak melaksanakan perintah. Dalam konteks hukum pidana dikenal dengan *delicta omissionis* atau delik omisi yaitu tidak melakukan perbuatan yang diwajibkan atau diharuskan oleh undang-undang. *Delicta omissionis* didasarkan pada adagium **qui potest et debet vetare, tacens jubet**. Artinya, seseorang yang berdiam, tidak mencegah atau tidak melakukan sesuatu yang harus dilakukan, sama saja seperti yang memerintahkan. Jika suatu aturan pidana berisi larangan, maka ancaman pidana ditujukan kepada setiap orang yang melanggar larangan tersebut. Dalam hukum pidana dikenal dengan istilah *delicta commissionis* atau melakukan perbuatan yang dilarang dalam undang-undang²⁸.

Dari ketiga jenis isi peraturan hukum sebagaimana yang diutarakan di atas, terdapat dua sifat dari peraturan hukum. **Pertama**, peraturan hukum yang bersifat memaksa atau imperatif. Peraturan hukum tersebut secara *a priori* mengikat dan harus dilaksanakan dan tidak memberikan wewenang lain selain apa yang telah diatur dalam undang-undang. Isi peraturan hukum yang bersifat memaksa selalu berbentuk perintah atau larangan. **Kedua**, peraturan hukum yang bersifat pelengkap atau subsidair atau dispositif atau fakultatif. Di sini peraturan hukum tersebut tidak secara *a priori* mengikat. Dengan kata lain peraturan hukum tersebut sifatnya boleh digunakan, boleh tidak digunakan. Tujuan dari peraturan hukum yang bersifat fakultatif adalah untuk mengisi kekosongan hukum. Peraturan hukum yang berisi perkenan atau perbolehan bersifat fakultatif.

27 H.L.A Hart, Op.Cit, hlm.21.

28 Eddy O.S Hiariej, 2016, Prinsip-Prinsip Hukum Pidana, Cahaya Atma Pusataka, Yogyakarta, hlm. 137.

Selanjutnya adalah perumusan peraturan hukum berdasarkan isi dan sifat peraturan hukum itu sendiri. **Pertama**, isi peraturan hukum berwujud perintah dan bersifat memaksa atau imperatif. Dalam bidang hukum ketatanegaraan, misalnya Ketetapan MPR-RI/IV/1988, *"Menugaskan kepada Presiden Republik Indonesia/Mandataris MPR untuk mengemban dan melaksanakan Ketetapan ini dengan bagian ketetapan yang berupa GBHN sesuai dengan bunyi dan makna sumpah jabatannya."*

Dalam hukum perdata isi peraturan hukum berwujud perintah dan bersifat memaksa adalah seperti ketentuan dalam Pasal 16 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan yang berbunyi :

1. *"Pejabat yang ditunjuk berkewajiban mencegah berlangsungnya perkawinan apabila ketentuan-ketentuan dalam Pasal 7 ayat (1), Pasal 8, Pasal 9, Pasal 10, dan Pasal 12 Undang-undang ini tidak dipenuhi".*
2. *"Mengenai pejabat yang ditunjuk sebagaimana tersebut pada ayat (1) pasal ini diatur lebih lanjut dalam Peraturan perundang-undangan".*

Dalam hukum pidana sebagai contoh peraturan hukum berwujud perintah dan bersifat memaksa adalah ketentuan Pasal 224 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang berbunyi :

*"Barang siapa dipanggil sebagai saksi, ahli atau juru bahasa menurut undang-undang dengan sengaja tidak memenuhi suatu kewajiban yang menurut undang-undang selaku demikian, diancam ke – 1. dalam perkara pidana, dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan
ke – 2. dalam perkara lain, dengan pidana penjara paling lama enam bulan"*

Ketentuan Pasal 224 KUHP pada dasarnya merupakan perintah terhadap setiap orang untuk memenuhi kewajibannya sebagai saksi, ahli atau juru bahasa jika diminta oleh pengadilan. Berikutnya adalah isi peraturan hukum berwujud larangan dan bersifat memaksa. Sebagai

contoh adalah ketentuan dalam Pasal 362 KUHP yang menyatakan, *"Barang siapa mengambil barang sesuatu, yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain, dengan maksud memiliki secara melawan hukum, diancam karena pencurian, dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau denda paling banyak enam puluh rupiah"*. Ketentuan Pasal 362 KUHP pada dasarnya berisi larangan kepada setiap orang untuk tidak melakukan perbuatan mencuri. Formulasi delik sebagaimana terdapat dalam Pasal 362 KUHP dirumuskan secara formil atau delik formil. Delik ini lebih menitikberatkan pada perbuatan dan bukan akibat.

Di samping isi peraturan hukum berwujud larangan dan bersifat memaksa yang berbentuk delik formal, terdapat juga delik materiil yang berwujud larangan dan bersifat memaksa. Misalnya adalah ketentuan yang terdapat dalam Pasal 359 KUHP yang berbunyi, *"Barang siapa karena kealpaannya menyebabkan matinya orang lain, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau kurungan paling lama satu tahun"*. Ketentuan Pasal 359 KUHP adalah larangan terhadap perbuatan yang mengakibatkan matinya seseorang namun berwujud delik materiil yaitu delik yang menitikberatkan pada akibat dari suatu perbuatan. Perumusan delik dalam Pasal 359 KUHP juga dapat dikatakan sebagai delik *commissio per omissionem* yang berarti akibat yang dilarang yang ditimbulkan karena suatu kealpaan.

Kedua, isi peraturan hukum berwujud perkenan dan bersifat fakultatif. Sebagai contoh adalah ketentuan Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan yang menyatakan, *"Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut"*. Adanya kata *"dapat"* dalam rumusan pasal tersebut menandakan ketentuan Pasal 29 berwujud suatu perkenan dan bersifat fakultatif.

Selain perumusan suatu peraturan hukum baik yang berwujud perintah,

larangan maupun perkenan, terdapat juga perumusan suatu peraturan hukum yang bersifat hipotesis atau suatu pernyataan belaka seperti ketentuan dalam Pasal 31 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan yang berbunyi :

1. *"Hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat"*.
2. *"Masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum"*.
3. *"Suami adalah kepala keluarga dan isteri ibu rumah tangga"*.

3. Konsekuensi Peraturan Hukum

Konsekuensi atau implikasi dari suatu peraturan hukum tidaklah mungkin terlepas dari isi dan sifat peraturan hukum itu sendiri. Pada umumnya pelanggaran terhadap suatu peraturan hukum dapat mengakibatkan ketidakseimbangan dalam tatanan masyarakat. Oleh karena itu untuk memulihkan tatanan masyarakat yang tidak seimbang sebagai akibat pelanggaran terhadap suatu peraturan hukum diperlukan adanya sanksi. Dalam pengertian yang luas sanksi berarti suatu reaksi terhadap suatu tindakan²⁹. Sanksi ada yang bersifat positif seperti penghargaan atas suatu prestasi yang telah dicapai, namun dapat juga bersifat negatif dalam pengertian hukuman atas pelanggaran terhadap suatu peraturan hukum.

Konsekuensi terhadap suatu peraturan hukum yang berisi perintah atau larangan dan bersifat imperatif biasanya berupa sanksi yang dinyatakan dengan tegas dalam peraturan hukum tersebut. Sanksi di sini dapat berwujud sanksi administrasi maupun sanksi pidana. Salah satu contoh peraturan hukum yang berisi sanksi administrasi adalah ketentuan dalam Pasal 72 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1998 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 Tentang Bank Indonesia. Secara eksplisit Pasal tersebut

29 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 9

berbunyi :

1. *Dengan tidak mengurangi ketentuan pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 65, Pasal 66, Pasal 67, Pasal 68, Pasal 69, Pasal 70 dan Pasal 71, Dewan Gubernur dapat menetapkan sanksi administrasi terhadap pegawai Bank Indonesia serta pihak-pihak lain yang tidak memenuhi kewajiban sebagaimana ditentukan dalam undang-undang ini.*
2. *Sanksi administrasi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa*
 - a. *denda; atau*
 - b. *teguran tertulis; atau*
 - c. *pencabutan atau pembatalan izin usaha oleh instansi yang berwenang apabila pelanggaran dilakukan oleh badan usaha; atau*
 - d. *pengenaan sanksi disiplin kepegawaian.*

Konstruksi pasal yang demikian menunjukkan bahwa tidak semua pelanggaran terhadap peraturan hukum tersebut membawa implikasi sanksi pidana namun juga dapat berupa sanksi administrasi. Sebagai misal ketentuan Pasal 15 ayat (1) huruf b yang mewajibkan penyelenggara jasa sistem pembayaran untuk menyampaikan laporan tentang kegiatannya kepada Bank Indonesia. Dalam pasal tersebut tidak terdapat konsekuensi bilamana kewajiban tersebut dilanggar. Demikian pula tidak ada ketentuan pidana yang memberi ganjaran jika kewajiban tersebut tidak dilaksanakan. Oleh karena itu berdasarkan interpretasi sistematis terhadap ketentuan Pasal 72 ayat (1), pelanggaran terhadap Pasal 15 ayat (1) huruf b dikenakan sanksi administrasi sesuai dengan salah satu sanksi yang terdapat dalam Pasal 72 ayat (2).

Implikasi atas pelanggaran terhadap suatu peraturan hukum di bidang hukum pidana biasanya berupa sanksi pidana yang diancamkan secara tegas dalam peraturan hukum tersebut. Sebagai misal ketentuan dalam Pasal 362 KUHP yang seperti yang telah diutarakan di atas : *"Barang siapa mengambil barang sesuatu, yang seluruhnya*

atau sebagian kepunyaan orang lain, dengan maksud memiliki secara melawan hukum, diancam karena pencurian, dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau denda paling banyak enam puluh rupiah”.

Agar dapat dikenakan sanksi pidana penjara paling lama lima tahun atau denda paling banyak enam puluh rupiah maka seseorang harus memenuhi semua unsur delik dalam Pasal tersebut. Berdasarkan konstruksi Pasal 362 ada lima unsur delik yang harus dipenuhi. **Pertama**, unsur barang siapa yang berarti bahwa orang yang melakukan perbuatan yang dilarang mampu bertanggung jawab secara hukum. **Kedua**, unsur mengambil barang. Mengambil di sini berarti memindahtangankan kepemilikan atau penguasaan suatu barang dari orang yang berhak memiliki atau menguasai kepada orang lain. Sedangkan pengertian barang di sini baik barang berwujud maupun barang tidak berwujud. **Ketiga**, unsur barang tersebut seluruh atau sebagian kepunyaan orang lain. **Keempat**, unsur dengan maksud memiliki. **Kelima**, unsur secara melawan hukum.

Sanksi sebagai konsekuensi terhadap pelanggaran Pasal 362 dirumuskan secara alternatif. Artinya, sanksi tersebut dapat berupa pidana penjara atau pidana denda. Penentuan sanksi mana yang akan dijatuhkan kepada orang yang melakukan pelanggaran sepenuhnya diserahkan kepada putusan pengadilan, namun pengadilan tidak boleh menjatuhkan sanksi secara kumulatif atas pelanggaran terhadap pasal tersebut. Demikian pula hakim tidak boleh menjatuhkan pidana melebihi maksimum pidana yang boleh dijatuhkan.

Dalam hukum pidana, perumusan sanksi sebagai implikasi atas pelanggaran suatu peraturan hukum ada yang berbentuk *defenite sentence*, *indefenite sentence* dan *indeterminate sentence*. Contoh perumusan sanksi pidana berbentuk *defenite sentence* terdapat dalam Pasal 59 ayat (3) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1997 Tentang Psikotropika yang menyatakan bahwa penyalahgunaan psikotropika golongan I yang dilakukan oleh korporasi dijatuhi pidana denda sebesar 5 miliar rupiah. Perumusan yang demikian bersifat absolut

dalam pengertian pembentuk undang-undang telah memberikan ancaman pidana yang pasti atas pelanggaran terhadap peraturan tersebut. Tegasnya, hakim dilarang menjatuhkan pidana kurang atau lebih dari apa yang telah dicantumkan.

Contoh perumusan sanksi pidana berbentuk *indefenite sentence* sebagaimana terdapat dalam pasal-pasal KUHP. Di sini pembentuk undang-undang mencantumkan ancaman maksimum penjara atau ancaman maksimum denda yang dapat dijatuhkan hakim. Perumusan berbentuk *indefenite sentence* juga disebut sistem maksimum khusus atau sistem minimum khusus. Jika dalam perumusan delik, ancaman pidana penjara yang dicantumkan adalah maksimum khusus, maka minimum umum penjara yang dapat dijatuhkan adalah satu hari. Sebaliknya jika dalam perumusan delik, ancaman pidana penjara minimum khusus yang dicantumkan misalnya satu tahun, maka maksimum pidana penjara yang dapat dijatuhkan adalah 20 tahun.

Berikutnya adalah perumusan sanksi pidana berbentuk *indeterminate sentence* sebagaimana terdapat dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Pasal 5 tersebut berbunyi :

1. *Dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 5 (lima) tahun dan atau pidana denda paling sedikit Rp. 50.000.000,- (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp. 250.000.000,- (dua ratus lima puluh juta rupiah) setiap orang yang :*
 - a. *Memberi atau menjanjikan sesuatu kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara dengan maksud supaya pegawai negeri atau penyelenggara negara tersebut berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajiban; atau*
 - b. *Memberi sesuatu kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara karena atau berhubungan dengan sesuatu yang bertentangan dengan kewajiban, dilakukan atau tidak dilakukan dalam jabatannya.*

2. Bagi pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima pemberian atau janji sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf a atau huruf b, dipidana dengan pidana yang sama sebagaimana dimaksud dalam ayat (1).

Perumusan yang demikian, selain terdapat ancaman pidana minimum khusus juga terdapat ancaman pidana maksimum khusus dalam satu pasal. Konsekuensi lebih lanjut hakim hanya boleh menjatuhkan pidana dengan batasan minimum sampai batas maksimum sebagaimana yang telah dicantumkan.

Antara sanksi administrasi dan sanksi pidana adalah dua hal yang berbeda. Kendatipun demikian terdapat pula sanksi administrasi dan sanksi pidana dalam suatu peraturan hukum. Sebagai misal adalah peraturan hukum di bidang perpajakan. Ada ketentuan-ketentuan tertentu dalam bidang perpajakan yang bila mana dilanggar akan membawa implikasi penjatuhan sanksi pidana bersamaan dengan sanksi administrasi. Akan tetapi ada juga ketentuan-ketentuan tertentu dalam bidang perpajakan yang bila mana dilanggar, sanksi administrasi yang lebih dulu harus diterapkan. Jika sanksi administrasi telah diterapkan dan ternyata ketentuan-ketentuan tersebut masih dilanggar barulah sanksi pidana diterapkan. Dalam konteks yang demikian, sanksi pidana berfungsi sebagai *ultimum rimedium*. Artinya, sanksi pidana adalah sarana yang paling akhir untuk menegakkan hukum bila instrumen hukum lainnya tidak dapat lagi menegakkan aturan hukum³⁰.

Sebagai misal ketentuan Pasal 38 Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1983 sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2009. Secara eksplisit ketentuan Pasal 38 menyebutkan :

30 Jan Rummelink, 2003, Hukum Pidana : Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda Dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 7.

Setiap orang yang karena kealpaannya

- a. tidak menyampaikan Surat Pemberitahuan; atau
- b. menyampaikan Surat Pemberitahuan, tetapi isinya tidak benar atau tidak lengkap atau melampirkan keterangan yang isinya tidak benar sehingga dapat menimbulkan kerugian pada pendapatan negara dan perbuatan tersebut merupakan perbuatan setelah perbuatan yang pertama kali sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13A, didenda paling sedikit 1 (satu) kali jumlah pajak terutang yang tidak atau kurang dibayar dan paling banyak 2 (dua) kali jumlah pajak terutang yang tidak atau kurang dibayar, atau dipidana kurungan paling singkat 3 (tiga) bulan atau paling lama 1 (satu) tahun.

Penjelasan Pasal 38 antara lain menyatakan, “... Pelanggaran terhadap kewajiban perpajakan yang dilakukan oleh Wajib Pajak, sepanjang menyangkut tindakan administrasi perpajakan, dikenai sanksi administrasi dengan menerbitkan Surat Ketetapan Pajak atau Surat Tagihan Pajak, sedangkan yang menyangkut tindak pidana di bidang perpajakan dikenai sanksi pidana...” Masih menurut penjelasan Pasal 38, “ ... Perbuatan atau pelanggaran sebagaimana dimaksud dalam pasal ini bukan merupakan pelanggaran administrasi melainkan merupakan tindak pidana di bidang perpajakan...”

Berdasarkan ketentuan Pasal 38 berikut penjelasannya dapat ditarik kesimpulan : **Pertama**, jika menyampaikan Surat Pemberitahuan, tetapi isinya tidak benar atau tidak lengkap atau melampirkan keterangan yang isinya tidak benar sehingga dapat menimbulkan kerugian pada pendapatan negara dan perbuatan tersebut merupakan perbuatan untuk pertama kali, maka hanya dikenakan sanksi administrasi. **Kedua**, jika masih terjadi kesalahan bukan untuk kali yang pertama, maka sanksi pidanalah yang kemudian diterapkan. **Ketiga**, sanksi administrasi dapat dijatuhkan bersama-sama dengan sanksi pidana karena pelanggaran terhadap pasal tersebut bukanlah pelanggaran administrasi tetapi merupakan tindak pidana di bidang perpajakan.

Selanjutnya adalah konsekuensi terhadap suatu peraturan hukum

yang berisi perkenan dan bersifat fakultatif biasanya tanpa disertai sanksi. Sebagai misal Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan sebagaimana yang telah diutarakan di atas : *"Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut"*. Inti dari pasal ini perjanjian kawin antara para pihak.

Jika para pihak tidak melaksanakan perjanjian kawin maka tidak ada sanksi atau implikasi apapun. Akan tetapi sebaliknya jika para pihak mengadakan perjanjian kawin maka terdapat implikasi apabila salah satu pihak melanggar perjanjian tersebut. Hal ini didasarkan pada asas *pacta sunt servanda* yang berarti suatu perjanjian mengikat para pihak ibarat undang-undang. Artinya, jika salah satu pihak melakukan cidera janji atau *wanprestasi* maka ada konsekuensi atau sanksi yang isinya telah ditentukan oleh para pihak dalam perjanjian tersebut.

Selain implikasi suatu peraturan hukum sebagaimana diutarakan di atas, ada juga peraturan hukum yang kendatipun berisi perintah atau larangan namun pelanggaran terhadap peraturan hukum tersebut tidak terdapat konsekuensi apapun. Peraturan hukum yang demikian disebut dengan *lex imperfecta* atau peraturan hukum tanpa sanksi. Contohnya adalah Pasal 298 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang berbunyi, *"Setiap anak dalam usia berapapun juga berkewajiban menghormati dan segan terhadap ibu – bapaknya"*. Tidak ada implikasi hukum apapun jika seorang anak tidak menghormati atau segan terhadap orang tuanya.

Demikian pula beberapa ketentuan dalam KUHAP yang tidak mencantumkan sanksi apapun bilamana ketentuan tersebut dilanggar. Di dalam KUHAP terdapat ketentuan bahwa Polisi sebagai penyidik wajib memberitahukan kepada jaksa penuntut umum bila mulai melakukan penyidikan terhadap suatu perkara. Akan tetapi tidak ada konsekuensi lebih lanjut jika polisi tidak menyampaikan surat

pemberitahuan dilakukan penyidikan (SPDP) kepada penuntut umum. Hukum acara pidana, demikian pula hukum acara lainnya pada hakikatnya adalah peraturan hukum yang bukan merupakan suatu norma tetapi lebih pada prosedur atau tata cara untuk melakukan proses hukum terhadap suatu perkara.

Selain peraturan hukum yang berisi perintah atau kewajiban tanpa disertai sanksi, ada juga peraturan hukum yang berisi larangan namun tidak disertai sanksi. Dalam hukum perdata maupun dalam hukum beracara di Mahkamah Konstitusi terdapat peraturan yang melarang hakim untuk menjatuhkan putusan melebihi apa yang digugat atau melebihi apa yang dimohonkan atau yang disebut *ultra petita*. Namun pelanggaran terhadap larangan tersebut sering kali dilakukan tanpa ada implikasi apapun.

Putusan Mahkamah Konstitusi 003/PUU-IV/2006 Tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Putusan tersebut menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU PTPK) mengenai unsur melawan hukum tidak mengikat secara hukum. Padahal yang dimohonkan pemohon kepada Mahkamah Konstitusi adalah perihal kata “*dapa*” dalam rumusan delik Pasal 2 ayat (1) dan bukan mengenai pengertian unsur melawan hukum dalam pasal tersebut. Kendatipun putusan tersebut bersifat *ultra petita* namun tidak ada implikasi terhadap putusan Mahkamah Konstitusi yang kontroversial.

4. Pembatasan Peraturan Hukum

Ketika berbicara mengenai tugas kaidah hukum, telah disinggung perihal *Radbruch Formula*³¹ bahwa hukum yang baik tidak hanya

31 Antonio Cassese, 2003, *International Criminal Law*, Oxford University Press
hlm. 140 – 141

menjamin kepastian hukum semata tetapi juga harus menjamin keadilan dan kemanfaatan. Semakin *rigid* suatu peraturan hukum lebih menjamin kepastian hukum akan tetapi sedikit – banyaknya peraturan hukum tersebut akan bertentangan dengan keadilan dan kemanfaatan³². Menurut teori etis, hukum semata-mata untuk mencapai keadilan. Isi peraturan hukum harus ditentukan oleh kesadaran etis kita (etika) mengenai apa yang adil dan apa yang tidak adil. Sedangkan **Jeremy Bentham** sebagai tokoh yang mengemukakan teori utilitas menyatakan bahwa hukum bertujuan mewujudkan kemanfaatan. Isi peraturan hukum harus menjamin kebahagiaan sebesar-besarnya pada orang sebanyak-banyaknya³³.

Dalam kaitannya dengan pembatasan peraturan hukum, pada hakikatnya pelaksanaan suatu peraturan aturan hukum dibatasi oleh keadilan dan kemanfaatan. Ada kalanya di satu sisi putusan pengadilan lebih menitikberatkan pada kepastian hukum dengan mengesampingkan keadilan dan kemanfaatan. Akan tetapi sering kali juga suatu putusan pengadilan memberi porsi yang lebih pada keadilan dan kemanfaatan di satu sisi, sedangkan mengesampingkan kepastian hukum di sisi lain sebagai pembatasan terhadap suatu peraturan hukum itu sendiri.

Ilustrasi kedua kasus di bawah ini akan memperlihatkan tarik menarik antara kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan : **Kasus pertama**, seorang *residiv* yang sudah sering keluar – masuk penjara. Suatu ketika ia tertangkap tangan pada saat mencuri untuk kesekian kalinya. Orang tersebut kemudian dijatuhi pidana penjara dengan pemberatan namun tidak melebihi batas maksimum yang boleh dijatuhkan terhadapnya

32 van Apeldoorn, Op.Cit., hlm. 13

33 Jeremy Bentham, 2006, Teori Perundang-Undangan : Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata Dan Hukum Pidana, Penerjemah Nurhadi, Nuansa, Bandung, hlm. 378. Bandingkan pula dengan Harkristuti Harkrisnowo, 2003, Rekonstruksi Konsep Pemidanaan : Suatu Gugatan Terhadap Proses Legislasi Dan Pemidanaan Di Indonesia, Orasi Pada Upacara Pengukuhan Guru Besar Tetap Dalam Ilmu Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 8 Maret 2003, hlm. 9.

menurut ketentuan undang-undang.

Kasus kedua, seorang ibu rumah tangga yang suaminya telah meninggal, hidup miskin dan tidak mempunyai uang, sementara anaknya yang masih bayi sudah seharian tidak makan. Ibu tersebut tertangkap tangan pada saat mencuri makanan di super market agar anaknya bisa makan. Pengadilan kemudian memutuskan hukuman percobaan terhadap sang ibu dengan ketentuan meskipun terbukti bersalah melakukan pencurian tetapi tidak perlu mendekam dalam penjara selama masa percobaan yang telah ditetapkan pengadilan.

Dari aspek kepastian hukum tampak kedua putusan tersebut tidak menjamin adanya kepastian karena kendatipun keduanya melakukan pencurian namun hukuman yang dijatuhkan berbeda. Akan tetapi dari aspek keadilan dan kemanfaatan putusan pengadilan tersebut telah membatasi berlakunya peraturan hukum tentang larangan mencuri. Pada kasus pertama, penjatuhan pidana dengan pemberatan terhadap seorang *residiv* lebih menjamin kepastian hukum sekaligus keadilan karena orang tersebut kembali mengulangi kejahatan yang sama. Di sini aspek kemanfaatan diabaikan karena tidak ada kemanfaatan yang akan diperoleh orang tersebut dengan mendekam dalam penjara dalam waktu yang lama.

Pada kasus kedua yang hanya menjatuhkan pidana percobaan terhadap sang ibu, tidak menjamin kepastian hukum namun lebih berorientasi pada keadilan dan kemanfaatan. Meskipun keadaan anaknya yang masih bayi dan sudah seharian tidak makan bukan merupakan alasan pembenar untuk mencuri, namun sang ibu melakukan perbuatan yang dilarang karena suatu keterpaksaan untuk mempertahankan hidup anaknya sehingga cukup adil jika diputus bersalah tetapi tidak perlu mendekam dalam penjara. Di sini berlaku teori *pointless punishment*³⁴ atau memidana yang tidak perlu. Selain itu aspek kemanfaatan lebih

34 George P. Fletcher, 2000, *Rethinking Of Criminal Law*, Oxford University Press, hlm. 813.

menonjol karena dengan tidak dipenjarakan sang ibu jauh lebih bermanfaat bagi kehidupan anaknya. Selain sang ibu tetap dapat mengasuh anaknya, ia juga dapat mencari nafkah untuk memenuhi kebutuhan hidup anaknya.

Pembatasan terhadap peraturan hukum juga terlihat jelas dalam beberapa putusan Mahkamah Konstitusi berikut ini : **Pertama**, Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor : 069/PUU-II/2004 tanggal 14 Februari 2005. Pokok perkara yang dimintakan kepada Mahkamah Konstitusi pengujian Pasal 68 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi terhadap Pasal 28 I ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 yang diajukan oleh **Bram H.D Manoppo MBA**. Pasal 68 secara tegas menyatakan, “*Semua tindakan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan tindak pidana korupsi yang proses hukumnya belum selesai pada saat terbentuknya Komisi Pemberantasan Korupsi, dapat diambil alih oleh Komisi Pemberantasan Korupsi berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9.*” Pasal tersebut dianggap oleh pemohon bertentangan dengan asas non-retroaktif karena Komisi Pemberantasan Korupsi dapat melakukan pemeriksaan perkara korupsi sebelum komisi terbentuk.

Dengan berbagai pertimbangan, Mahkamah Konstitusi menyatakan menolak apa yang diajukan oleh pemohon. Salah satu pertimbangannya adalah bahwa Pasal 68 undang-undang *a quo* tidak mengandung asas retroaktif. Komisi Pemberantasan Korupsi dapat mengambil alih penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan terhadap tindak pidana yang dilakukan setelah diundangkannya Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002. Dengan kata lain, meskipun menolak permohonan pemohon, dalam konsiderannya Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Komisi Pemberantasan Korupsi hanya dapat melakukan pemeriksaan terhadap perkara korupsi setelah komisi tersebut terbentuk³⁵.

35 Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor : 069/PUU-II/2004 tanggal 14 Februari 2005, hlm. 73. Bandingkan pula dengan Eddy O.S Hiariej, 2009, Asas Legalitas Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat

Kedua, Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor : 065/PUU-II/2004 tanggal 3 Maret 2005. Pokok perkara yang dimintakan kepada Mahkamah Konstitusi adalah Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh **Abilio Jose Osorio Soares**. Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang memberikan adanya suatu landasan persidangan berdasarkan asas berlaku surut atau asas retroaktif, dianggap bertentangan dengan Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, “*Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun*”.

Berdasarkan berbagai pertimbangan Mahkamah Konstitusi, permohonan **Abilio** ditolak. Salah satu pertimbangan Mahkamah Konstitusi, penolakan terhadap pengenyampingan asas non-retroaktif adalah dapat dibenarkan sepanjang menyangkut kejahatan-kejahatan biasa (*ordinary crimes*), sedangkan kejahatan-kejahatan luar biasa (*extraordinary crimes*) sebagaimana yang diatur dalam undang-undang pengadilan hak asasi manusia secara universal telah dianggap sebagai kejahatan serius terhadap masyarakat internasional secara keseluruhan. Apabila itu terjadi, maka telah terjadi pelanggaran terhadap suatu prinsip fundamental yang telah diterima secara universal sebagai asas hukum yaitu “tidak boleh ada kejahatan yang dibiarkan berlalu tanpa hukuman”³⁶.

Di sini larangan terhadap pemberlakuan surut suatu ketentuan pidana

(Disertasi), hlm. 3.

36 Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor : 065/PUU-II/2004 tanggal 3 Maret 2005, hlm. 60 – 61. Bandingkan pula dengan Eddy O.S Hiariej, 2010 , Pengadilan atas Beberapa Kejahatan Serius terhadap HAM, Penerbit Erlangga, Jakarta, hlm. 60.

diabatasi oleh prinsip-prinsip yang fundamental yakni keadilan sebagai nilai dasar. Memberlakukan surut ketentuan pidana terhadap suatu kejahatan yang dilakukan merupakan ketidakadilan namun jauh lebih tidak adil jika pelaku kejahatan dibiarkan berlalu begitu saja tanpa hukuman yang setimpal atas kejahatan yang telah dilakukannya³⁷. Dalam konteks yang demikian **John Rawls** menyatakan ketidakadilan dibolehkan untuk menghindari ketidakadilan yang lebih besar³⁸.

Ketiga, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006. Pokok perkaranya adalah Permohonan Pengujian Materiil Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 oleh **Mulyana W. Kusumah, Tarcisius Wala**, dan sejumlah Anggota Komisi Pemilihan Umum dengan kuasa hukum **Mohamad Assegaf**. Pada intinya ada 6 permasalahan pokok yang dimohonkan pengujian kepada Mahkamah Konstitusi yaitu :

1. Keberadaan Komisi Pemberantasan Korupsi
2. Keberadaan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi
3. Penerapan Asas Praduga Tidak Bersalah berkaitan dengan tidak adanya kewenangan KPK mengeluarkan Surat Perintah Penghentian Penyidikan dan Penuntutan (SP3)
4. Keberadaan Instrumen Penyadapan dan Perekaman
5. Ketentuan dan Penerapan Frasa “Mendapatkan Perhatian yang Meresahkan Masyarakat” pada Pasal 11 huruf b undang-undang KPK
6. Asas Retroaktif pada penanganan perkara oleh KPK

Terkait penyadapan dan perekaman, pendapat para pemohon, Pasal 12 Ayat (1) huruf a undang-undang KPK³⁹ melanggar Hak Warga Negara

37 Eddy O.S Hiariej, 2009, Asas Legalitas Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat (Disertasi), hlm. 342.

38 John Rawls, 1971, A Theory Of Justice, The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, , hlm. 59.

39 Pasal 12 Ayat (1) huruf a : ” Dalam melaksanakan tugas penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 huruf c, Komisi Pemberantasan Korupsi berwenang melakukan penyadapan dan merekam pembicaraan”.

atas rasa aman, jaminan perlindungan dan kepastian hukum, sehingga bertentangan dengan Pasal 28 D Ayat (1) dan Pasal 28 G Ayat (1) UUD 1945⁴⁰. Adapun alasan pemohon adalah bahwa keberadaan KPK yang diberi kewenangan untuk melakukan penyadapan sangat jelas melanggar hak warga negara dari rasa aman untuk berkomunikasi, selain itu proses penyadapan yang tanpa ada aturan tersebut, jelas-jelas melanggar prinsip praduga tidak bersalah (*presumption of innocence*) yang merupakan prinsip utama dalam penegakkan hukum.

Perihal penyadapan dan perekaman seperti yang dimohonkan oleh para pemohon, ada dua tanggapan. **Pertama**, penyadapan dan perekaman adalah dalam rangka menemukan bukti untuk membuat terang suatu peristiwa pidana. Artinya, kita sedang berbicara mengenai apa yang dikenal dengan istilah *bewijsvoering* dalam hukum pembuktian. Secara harafiah *bewijsvoering* berarti penguraian cara bagaimana menyampaikan alat-alat bukti kepada hakim di pengadilan. *Bewijsvoering* ini semata-mata menitikberatkan pada hal-hal yang bersifat formalistis. Konsekuensi selanjutnya, seirngkali mengkesampingkan kebenaran dan fakta yang ada.

Kedua, kebebasan untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi sebagaimana yang diatur dalam Pasal 28 F ayat (1) UUD 1945⁴¹, demikian pula Pasal 28 D Ayat (1) dan Pasal 28 G Ayat (1) UUD 1945 sebagaimana yang dimaksud oleh para pemohon, bukanlah pasal-pasal yang tidak dapat disimpangi dalam keadaan apapun. Hal ini berbeda dengan ketentuan dalam Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945

40 Pasal 28 G Ayat (1) : " Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi".

41 Pasal 28 F : "Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia".

yang menyebutkan dengan tegas dan rinci hak-hak yang tidak dapat disimpangi dalam keadaan apapun. Meskipun ada yang berpendapat bahwa pembatasan terhadap Pasal 28 I ayat (1) terdapat dalam Pasal 28 J UUD 1945, namun masih bisa diperdebatkan lebih lanjut.

Peraturan hukum dalam Pasal 28 F ayat (1) UUD 1945, pemberlakuannya tidak bersifat mutlak namun dapat dibatasi. Kedua tanggapan terhadap alasan pemohon perihal penyadapan dan perekaman seperti yang telah diutarakan di atas menjadi salah satu pertimbangan Mahkamah Konstitusi untuk menolak permohonan tersebut⁴².

5. Pengecualian Peraturan Hukum

Selain pembatasan terhadap pemberlakuan suatu peraturan hukum, terdapat pula pengecualian pemberlakuan suatu peraturan hukum. Pengecualian terhadap suatu peraturan hukum biasanya dinyatakan secara eksplisit dalam ketentuan tersebut. Pengecualian yang demikian dikenal dengan istilah klausula eksepsional. Pada hakikatnya, pengecualian juga merupakan aturan hukum sebagaimana adagium ***exceptio quoque regulam declarant***. Artinya, sebuah pengecualian juga merupakan aturan hukum. Hampir di semua lapangan hukum, baik hukum materiil maupun hukum formil terdapat pengecualian untuk memberlakukan peraturan hukum tersebut. Sebagaimana yang telah diutarakan di atas, hukum materiil adalah sekumpulan aturan yang mengatur tingkah laku manusia dalam kehidupan masyarakat yang pemberlakuannya dapat dipaksakan. Sedangkan hukum formil adalah sekumpulan aturan untuk menegakkan hukum materiil.

Dalam lapangan hukum materiil, khususnya hukum perdata, contoh peraturan hukum yang terdapat pengecualian di dalamnya adalah ketentuan Pasal 1322 KUH Perdata yang menyatakan, "*Kekhilafan tidak mengakibatkan batalnya suatu persetujuan, selainnya apabila*

42 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006, hlm. 200 – 203.

kekhilafan itu terjadi mengenai hakikat barang yang menjadi pokok persetujuan”. Selanjutnya dinyatakan, “Kekhilafan tidak menjadi sebab kebatalan, jika kekhilafan itu hanya terjadi mengenai dirinya orang dengan siapa seorang bermaksud membuat suatu persetujuan, kecuali jika persetujuan itu telah dibuat terutama karena mengingat dirinya orang tersebut”.

Contoh lain pengecualian terhadap peraturan hukum dalam lapangan hukum materiil namun berkaitan dengan hukum pidana adalah ketentuan dalam Pasal 310 KUHP yang menyebutkan :

- 1. Barang siapa merusak kehormatan atau nama baik seseorang dengan jalan menuduh dia melakukan sesuatu perbuatan dengan maksud yang nyata akan tersiarnya tuduhan itu, dihukum karena menista, dengan hukuman penjara selama-lamanya sembilan bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 300,- (tiga ratus rupiah).*
- 2. Kalau hal itu dilakukan dengan tulisan atau gambar yang disiarkan, dipertunjukan kepada umum atau ditempelkan, maka yang berbuat itu dihukum karena menista dengan tulisan dengan hukuman penjara selama-lamanya satu tahun empat bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 300,- (tiga ratus rupiah).*
- 3. Tidak termasuk menista atau menista dengan tulisan, jika ternyata bahwa si pembuat melakukan hal itu untuk kepentingan umum atau lantaran terpaksa untuk mempertahankan dirinya sendiri.*

Ketentuan dalam Pasal 310 ayat (3) adalah pengecualian terhadap ketentuan dalam ayat (1) atau ayat (2). Artinya, jika ketentuan ayat (3) tersebut terpenuhi maka ketentuan ayat (1) atau ayat (2) tidak dapat diterapkan.

Pengecualian terhadap peraturan hukum dalam lapangan hukum formil misalnya ketentuan Pasal 35 KUHP. Secara eksplisit pasal tersebut berbunyi :

Kecuali tertangkap tangan, penyidik tidak diperkenankan memasuki :

- 1. Ruang di mana sedang berlangsung sidang MPR, DPR atau DPRD;*
- 2. Tempat dimana sedang berlangsung ibadah atau*

upacara keagamaan;

3. *Ruang dimana sedang berlangsung sidang pengadilan;*

Contoh lain Pasal 183 KUHAP yang menyatakan, “*Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwalah yang bersalah melakukannya*”. Ada kalanya pengecualian terhadap suatu peraturan hukum tidak dinyatakan secara eksplisit dalam suatu aturan. Dalam konteks hukum pidana pengecualian terhadap suatu peraturan hukum merupakan alasan penghapus pertanggungjawaban pidana yang secara garis besar terdiri dari alasan pembenar dan alasan pemaaf. Alasan pembenar berarti sifat melawan hukum dari suatu perbuatan pidana dihapus, sedangkan alasan pemaaf berarti sifat dapat dicelanya pelaku kejahatan yang dihapus. Alasan pembenar meliputi perintah jabatan, perintah undang-undang, pembelaan terpaksa dan keadaan darurat. Sementara alasan pemaaf meliputi kemampuan bertanggung jawab, perintah jabatan yang tidak sah, pembelaan terpaksa yang melampaui batas dan daya paksa.

Dalam pandangan hukum alam, perbuatan-perbuatan yang dilakukan dalam keadaan yang demikian dianggap tercakup dalam hukum. Hal ini berdasarkan suatu adagium dalam hukum kanonik *necessitas non hebet legem* atau *not kennt kein gebot* yang berarti keadaan darurat tidak mengenal hukum. Demikian pula menurut **Fichte** yang menyatakan siapa yang bertindak karena *overmacht* dikecualikan dari peraturan hukum atau *exempt von der rechtsornung*⁴³.

43 Jan Remmelink, Op.Cit., hlm.225.

BAB II

PENGANTAR TEORI HUKUM

“..... legal theory involves a study of the characteristic features essential to law and common to legal system. One of its chief objects is analysis of the basic elements of law which it law and distinguish it froms of rules and standards”¹.

¹ John Finch, 1979, Introduction To Legal Theory, Third Edition, London, Sweet & Maxwell, hlm. 1.

Definisi atau pengertian teori hukum yang dikemukakan oleh **John Finch** sebagaimana yang dikutip pada awal bab ini adalah bahwa teori hukum adalah studi yang meliputi karakteristik esensial pada hukum dan kebiasaan yang sifatnya umum pada suatu sistem hukum yang bertujuan untuk menganalisis unsur-unsur dasar yang membuatnya menjadi hukum dan membedakannya dari peraturan-peraturan lain. **Finch** bukanlah satu-satunya yang memberi pengertian tentang teori hukum. Masih banyak juris lainnya yang memberi pengertian teori hukum.

Membahasakan atau memberikan pengertian jelas mengenai teori hukum tidaklah mudah. Seringkali ada semacam kekacauan, bahkan tumpang tindih antara beberapa frasa yang sebenarnya mengandung beberapa pengertian yang berbeda pula, yakni antara “teori hukum”, “ilmu hukum”, “filsafat hukum”, maupun “dogmatik hukum” yang meskipun saling bertalian erat dan identik, sebenarnya tetap dibaca berbeda. Hal inilah yang menimbulkan kesulitan untuk memberikan jawaban atas pertanyaan tentang pengertian teori hukum itu sendiri. Pada bab ini, selain pengertian teori hukum, juga akan dibahas mengenai ciri teori hukum, objek teori hukum dan tugas teori hukum.

A. Pengertian Teori Hukum

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, teori adalah pendapat yang dikemukakan sebagai keterangan mengenai suatu peristiwa⁴⁴. Sedangkan ilmu adalah pengetahuan tentang suatu bidang yang disusun secara sistematis menurut metode-metode tertentu yang dapat digunakan untuk menerangkan gejala-gejala tertentu di bidang pengetahuan itu⁴⁵. Sudikno Mertokusumo mengartikan teori – berasal dari kata “*theoria*” – sebagai pengetahuan yang hanya ada dalam

44 Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, 1990, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, hlm. 932.

45 Ibid, hlm. 324.

pikiran tanpa dihubungkan dengan kegiatan-kegiatan yang bersifat praktis untuk melakukan sesuatu⁴⁶.

“Teori” dikaitkan dengan sesuatu yang ada di dalam alam pikir atau wawasan yang telah ada atau baru masuk ke dalam manusia. Teori bisa diartikan sebagai suatu pengetahuan, pandangan, pemikiran dan pendapat. Teori pun posisinya dilepaskan dari posisi “*practical*”. Sehingga pemaknaan antara teori dan praktik sering kali dapat dianggap berlawanan. Sifat teori pun lebih mengacu kepada sesuatu yang *in abstracto*, berbeda dengan praktik yang mengacu ke hal yang lebih *in concreto*.

Pendapat **Mertokusumo** mirip dengan **Jerome Hall** yang memberi pengertian teori sebagai hasil pemikiran yang memberi perhatian khusus terhadap ide-ide pokok dan pengetahuan dasar mengenai sesuatu tanpa melakukan suatu penelitian yang objektif⁴⁷. **Imre Lakatos** memberi pengertian teori atau ilmu sebagai hasil pemikiran yang tidak akan musnah dan hilang begitu saja ketika ilmu lain muncul⁴⁸. Kemunculan satu ilmu atau teori akan disusul oleh ilmu atau teori lainnya yang pada dasarnya merupakan keanekaragaman dalam sebuah penelitian.

Perdefinisi di atas, persamaan prinsip antara teori dan ilmu adalah hasil pemikiran atau pengetahuan tentang sesuatu hal. Pertanyaan lebih lanjut apakah teori hukum dapat disamakan dengan ilmu hukum ? **Mertokusumo** secara tegas menyatakan bahwa teori hukum dan ilmu hukum adalah dua hal yang berbeda. Ilmu hukum atau *rechtsleer* adalah ilmu yang mempelajari hukum positif. Tegasnya, ilmu hukum adalah

46 Sudikno Mertokusumo, 2012, Teori Hukum, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 4.

47 Jerome Hall, 1958, General Principles Of Criminal Law, Second Edition, The Bobbs-Merrill. Inc. A Subsidiary Of Howard W. Sams & Co., Inc. Publishers. Indianapolis. New York, hlm. 1.

48 Otje Salman & Anton F. Susanto, 2005, Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali, Refika Aditama, Bandung, hlm. 3

ilmu yang mempelajari aturan hukum yang sedang berlaku. Sementara teori hukum adalah teorinya ilmu hukum. Dengan demikian sebelum mempelajari teori hukum, harus terlebih dulu memahami ilmu hukum⁴⁹.

Peristilahan mengenai teori hukum atau *legal theory* pertama kali digunakan oleh **Wolfgang Friedmann** (1907-1972) untuk judul pada bukunya yang terbit pada tahun 1944.⁵⁰ Istilah *legal theory* yang digunakan oleh **Friedmann** memang cukup berbeda dari peristilahan yang biasanya digunakan oleh penulis-penulis lain dalam bahasa Inggris yakni istilah *jurisprudence* dan bukan *legal theory*⁵¹. Dalam beberapa literatur ada berbagai istilah lain yang digunakan sebagai pengganti istilah “teori hukum” seperti “jurisprudensi” dan “filsafat hukum”⁵².

Menurut **Ian McLeod**, di negara-negara yang menganut sistem Anglo Amerika tidak menggunakan istilah “teori hukum” melainkan istilah “*jurisprudence*”⁵³. Di negara-negara Eropa Kontinental menggunakan istilah “jurisprudensi” untuk makna yang lebih sempit, yaitu dalam konteks “putusan pengadilan”. Berbeda halnya penggunaan istilah “*jurisprudence*” di negara-negara Anglo-Saxon (Amerika Serikat, Inggris dan umumnya negara-negara berbahasa Inggris lain) yang menggunakan makna yang lebih luas, yaitu dari kata *jurisprudence* yang berasal dari bahasa Latin, yaitu *juris* yang berarti “hukum”, dan *prudens* yang berarti “keahlian” atau “keterampilan”, atau “ilmu”, “teori” dan bahkan juga meliputi makna “filsafat”. Dalam tradisi tersebut, umumnya istilah *jurisprudence* di artikan sebagai ilmu hukum, teori hukum, atau filsafat hukum.⁵⁴

49 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 2 – 3.

50 Peter Mahmud Marzuki, 2020, Teori Hukum, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta, hlm. 1

51 Ibid.

52 Jonathan Crowe, Op.Cit., hlm. 1

53 Ian McLeod, 1999, Legal Theory, Macmilan, London, hlm. 4.

54 Achmad Ali, 2009, Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence): Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence) Vol. 1 Pemahaman Awal, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta, hlm. 8

Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa pengertian "*jurisprudence*" juga dapat disamakan dengan ilmu hukum. *Jurisprudence* yang berasal dari kata *jus, juris*, yang artinya adalah hukum atau hak; *prudensi* berarti melihat ke depan atau mempunyai keahlian. Arti yang umum dari *jurisprudence* ini adalah ilmu yang mempelajari hukum. Tetapi orang juga mengenal tiga pengertian yang lain. Para penulis Inggris memakainya dalam anatomi perbandingan dari sistem-sistem hukum yang sudah maju. Para penulis Perancis mengartikannya sebagai kecenderungan dari putusan yang diambil oleh pengadilan-pengadilan. Di beberapa negara lain, terutama di Amerika Serikat, kata itu dipakai sebagai sinonim dari hukum itu sendiri⁵⁵.

Istilah *jurisprudence* kemudian digunakan dalam banyak makna mulai dari "*knowledge of law*" (pengetahuan hukum) hingga ke makna definisi yang jauh lebih spesifik sebagai "*a description of the scientific investigation of fundamental legal phenomena*" (suatu deskripsi tentang investigasi sains terhadap fenomena hukum yang fundamental). Pada saat ini, istilah *legal theory* dalam bahasa Inggris dipakai secara bergantian (*interchangeable*) dengan *jurisprudence*, artinya *legal theory* sama dengan *jurisprudence*.⁵⁶ Jadi, kata-kata "*legal theory*", "*jurisprudence*", dan "*legal philosophy*" digunakan silih berganti, "bercampur-aduk", dengan cara yang menunjukkan adanya tumpang-tindih satu sama lain.

Hal tersebut tidaklah mengherankan, karena antara ketiganya memang ada kaitan satu sama lain. Sekalipun demikian, ketiganya dapat dibedakan⁵⁷. Salah satu makna lain dari *jurisprudence* sebagai ciri khas Inggris dan negara-negara dominionnya – termasuk Amerika Serikat – yaitu dalam maknanya sebagai studi dari "*the science of law*" yang terpisah dari ilmu politik dan filsafat politik. Makna yang pertama

55 Satjipto Rahardjo, 2014, Ilmu Hukum, Cetakan Kedelapan, PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung, hlm. 9-10.

56 Peter Mahmud Marzuki, Teori Hukum.. Op.cit, hlm. 1.

57 Ian McLeod dalam Sudikno Mertokusumo, Teori Hukum, Op.Cit., hlm. 2.

ini berlaku di Amerika Serikat dan Inggris⁵⁸. Baik penggunaan istilah “*legal theory*” dan “*jurisprudence*” seringkali digunakan berbeda-beda oleh masing-masing ahli hukum di masing-masing negara mereka.

Beberapa menggunakan argumen yang cukup baik dan dapat diterima namun beberapa juga menggunakan argumen yang tidak sinkron. Sebagaimana yang telah dikemukakan di atas, ada keterkaitan antara “teori hukum”, “ilmu hukum” dan “filsafat hukum”. Hal ini merupakan pengertian umum yang juga digunakan oleh para ahli hukum. Ada juga yang mengatakan bahwa apa yang dimaksud dengan *legal theory* dan *jurisprudence* masih berhubungan dengan teori politik. Contohnya seperti **Friedmann** dalam *Legal Theory* (1970) yang menyatakan, “*All systematic thinking about legal theory is linked at one end with philosophy and, at the other end, with political theory.*”⁵⁹

Demikian pula beberapa ahli hukum yang menyebut istilah “teori hukum” sebagai “*legal philosophy*” atau “*rechtsphilosophie*” atau “filsafat hukum” seperti **Gustav Radbruch**. Bahkan, menurut **Mertokusumo**, **John Rawls** dan **Paton** menggunakan istilah “*theory of justice*”⁶⁰. Selain istilah *jurisprudence* yang mengandung makna sebagai ilmu hukum, masih dikenal istilah lain seperti ilmu hukum doktrinal, filsafat hukum dan teori hukum. Meskipun diakui bahwa penggunaan istilah-istilah itu identik satu sama lain, tetapi tetap menimbulkan pertanyaan, bagaimana hubungan antara istilah-istilah tersebut satu sama lain? Jika ada perbedaannya, apa yang membedakannya⁶¹ ?

Menurut **Richard A. Posner** :

“The term legal theory is not as familiar as it should be. It is distinct both from legal philosophy (or jurisprudence), which however it subsumes, and doctrinal analysis. Legal philosophy analyzes

58 Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum*..Op.Cit, hlm. 12-13.

59 W. Friedmann, 1970, *Legal Theory*, Columbia University Press, New York, hlm. 3

60 Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 69.

61 Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum*..Op.Cit., hlm. 13.

*high-level abstractions related to law, such as legal positivism, natural law, legal hermeneutics, legal formalism, and legal realism. Doctrinal analysis is the analysis of legal rules, standards, and principle by lawyers (including judges and law professors) who bring to such analysis no more than their legal training plus the linguistic and cultural knowledge, techniques, and presuppositions that they share with the rest of their social community. legal theory includes legal philosophy but is broader, because it also includes the use of nonlegal methods of inquiry to illuminate specific issues of law; it excludes only doctrinal analysis.*⁶²

Jadi menurut **Posner**, istilah teori hukum tidaklah semudah yang dibayangkan. Bagaimanapun teori hukum digolongkan, ia tetap dapat dianggap berbeda, baik dari filsafat hukum maupun dari ilmu hukum, atau dari analisis secara doktrinal. Analisis filsafat hukum merupakan abstraksi-abtraksi tingkat tinggi, terhadap hal-hal yang berkaitan dengan hukum, seperti teori-teori tentang *legal positivistic*, hukum alam, *legal hermeneutics*, *legal formalism*, dan *legal realism*. Berbeda halnya dengan analisis doktrinal yang menganalisis aturan-aturan hukum serta asas-asas hukum oleh para pengacara (mencakupi para hakim dan profesor hukum), yang menggunakan analisis yang sifatnya tidak lebih daripada *legal training* mereka⁶³.

Teori hukum mencakupi filsafat hukum, tetapi teori hukum jelas lebih luas dari pada filsafat hukum, sebab teori hukum juga mencakup penggunaan metode-metode non-hukum seperti tentang penyelidikan, serta untuk menjelaskan isu-isu spesifik tentang hukum. Hanya saja, teori hukum tidak mencakup analisis doktrinal. Beberapa pakar teori hukum memperhatikan asas-asas moral sebagai bagian dari hukum dan mempunyai keinginan untuk menerapkan teori moral secara langsung terhadap isu-isu hukum. Adapun pakar teori hukum lainnya, khususnya para penganut teori konstitusional, telah menyarankan

62 Ibid.

63 Ibid, hlm. 13.

teori-teori hukum yang didasarkan, baik pada teori moral (atau *cognate political*) atau mempunyai suatu bentuk yang *similar* terhadap teori moral. Sebagian besar aliran-aliran ilmu hukum merupakan cabang abstrak dari teori hukum, yang juga berdasarkan pada teori moral atau secara formal memiliki kesamaan dengan teori moral.⁶⁴

Apabila mengikuti pandangan **Posner**, maka akan dapat ditemukan perbedaan antara filsafat hukum, analisis doktrinal dengan teori hukum sebagai berikut:

- a. Filsafat hukum menganalisis abstraksi-abstraksi tingkat tinggi, dengan menggunakan pendekatan aliran-aliran pemikiran yang dikenal dalam ilmu hukum, seperti hukum alam, positivisme, utilitarisme, historisme, realisme, sosiologis, antropologis, dan lain-lain.
- b. Analisis doktrinal menganalisis aturan-aturan, standar-standar dan asas-asas hukum bagi kepentingan praktis.
- c. Teori hukum adalah lebih luas dari pada filsafat hukum, karena teori hukum mencakup juga materi yang menjadi objek kajian filsafat hukum. satu-satunya yang luput dari kajian teori hukum hanyalah apa yang menjadi objek kajian analisis doktrinal atau ilmu hukum normatif.⁶⁵

Isi teori dalam konteks teori hukum adalah memahkotai sistem hukum dan terdiri dari hukum-hukum ilmiah. Selain itu juga isi dari teori adalah pernyataan umum yang memuat hubungan yang teratur antar fakta serta berfungsi untuk memberikan eksplanasi, prediksi dan pemahaman atas fakta. Letak teori hukum adalah antara dogmatik hukum dan filsafat hukum. Tegasnya, secara vertikal, letak teori hukum berada di tengah, di atas dokmatik hukum dan di bawah filsafat hukum.

McLeod menyatakan bahwa teori hukum sebagai suatu yang mengarah kepada analisis teoretik secara sistematis terhadap sifat-

64 Ibid., hlm. 14.

65 Loc.cit.

sifat dasar hukum, aturan-aturan hukum atau institusi hukum secara umum⁶⁶. Sedangkan **Friedmaan** memberi pengertian teori hukum sebagai ilmu pengetahuan yang mempelajari esensi hukum yang berkaitan antara filsafat hukum di satu sisi dan teori politik di sisi lain⁶⁷.

Menarik pandangan yang dikemukakan **Bruggink** yang membedakan Teori Hukum arti luas dan Teori Hukum arti sempit. Teori Hukum arti luas mencakup bidang kajian : Filsafat Hukum sebagai basis ilmu hukum, yakni Teori Hukum arti sempit, dan Ilmu Hukum yang terdiri atas lima bentuk berturut-turut: Dogmatika Hukum (*Rechtsdogmatiek*) Sejarah Hukum (*Rechtsgechiedenish*), Perbandingan Hukum (*Rechtsvergelijking*), Sosiologi Hukum (*Rechtssociologie*), Psikologi Hukum (*Rechtspeschieologie*). Dalam pendapat **Bruggink**, “Teori Hukum” (arti sempit) adalah teori yang mencakup dua cabang yaitu: (1) Dogmatika Hukum (cabang tertua Teori Hukum), teori hukum yang membatasi diri pada sistem hukum positif nasional tertentu, dan juga teori pembentukan hukum dan penemuan hukum. (2) Teori Hukum umum yang tidak terbatas pada negara nasional tertentu. Dalam sejarahnya, Teori Hukum ini diawali, lahir dari kandungan, “Ajaran Hukum Umum” di Jerman disebut *Algemeine Rechtslehre* yang fokus kajiannya adalah pada asas-asas hukum umum yang berlaku untuk setiap tatanan hukum. Oleh karena itu disebut juga hukum alam positif. Hukum alam merujuk pada asas umum yang berlaku universal, sedangkan positif merujuk pada asas-asas umum itu yang mengikat pada level hukum suatu negara.⁶⁸

Masih terdapat pengertian yang lebih umum lagi mengenai teori hukum, seperti misalnya pengertian yang dikemukakan oleh **Marett Leiboff**

66 Ian McLeod, Op.Cit., hlm. 5.

67 Friedmann, Legal Theory, Op.Cit., hlm. 2.

68 I Dewa Gede Atmadja & I Nyoman Putu Budiarta, 2018, Teori-Teori Hukum, Setara Press, Malang, hlm. 7-8. Bandingkan dengan J.J.H. Bruggink, 1999, Refleksi Tentang Hukum, diterjemahkan oleh Arief Sidharta dari Rechtsreflecties, grondbegrippen uit de rechtstheorie, Citra Aditya, hlm. 9.

dan **Mark Thomas** dalam bukunya yang berjudul *Legal Theories: Context and Practices*. **Leiboff** dan **Thomas** mengemukakan:

“Legal theory is all about law, its practices and the context in which it operates... Legal theory is all about the way we do law in all of its form, from courtroom to chambers, from policy making to advising clients on the minutiae of day-to-day law, from transaction and personal injuries law to headline case involving novel and untested moral and ethical debates⁶⁹.”

Menurut **Sudikno Mertokusumo**, teori hukum adalah cabang ilmu hukum yang membahas atau menganalisis, –tidak sekedar menjelaskan atau menjawab pertanyaan atau permasalahan– secara kritis ilmu hukum maupun hukum positif dengan menggunakan metode interdisipliner. Jadi, tidak hanya menggunakan metode sintesis saja. Dapat dikatakan kritis karena pertanyaan-pertanyaan atau permasalahan teori hukum tidak cukup dijawab secara “otomatis” oleh hukum positif. Hal ini disebabkan karena memerlukan argumentasi atau penalaran. Berbeda dengan dogmatik hukum yang jawaban pertanyaan atau permasalahannya sudah ada di dalam hukum positif⁷⁰.

Baik **Finch, McLeod, Friedman, Bruggink, Leiboff** dan **Thomas** serta **Mertokusumo** memberikan pengertian yang sangat kompleks terkait teori hukum yang tidak hanya menyangkut substansi hukum melainkan juga struktur hukum. Hal ini berbeda dengan **Hans Kelsen** dan **Jan Gijssels** yang memberikan pengertian sederhana mengenai teori hukum. **Hans Kelsen** mendefinisikan teori hukum sebagai ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku dan bukan mengenai hukum yang seharusnya⁷¹. Demikian pula **Jan Gijssels** yang mengatakan bahwa teori hukum adalah ilmu yang bersifat

69 Marett Leiboff & Mark Thomas, 2009, *Legal Theory: Context and Practices*, (Pyrmont, New South Wales, Australia: Lawbook, hlm. 1.

70 Sudikno Mertokusumo²¹⁰¹, *Teori Hukum*, Edisi Revisi, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 87-88.

71 Hans Kelsen, *Op.Cit.*, hlm. 435.

menerangkan atau menjelaskan tentang hukum⁷².

Selain ilmu hukum dan teori hukum, ada juga istilah “dogmatik hukum”. **Meijers** sebagaimana dikutip oleh **Mertokusumo** memberikan pengertian dogmatik hukum sebagai pengolahan atau penggarapan peraturan-peraturan atau asas-asas hukum secara ilmiah, semata-mata dengan bantuan logika⁷³. Menurut **Gijssels**, “..... *rechtsdogmatiek omschrijven als de tak van de rechtswetenschap die het vigerende positief recht in een bepaalde samenleving en op een bepaald ogenblik beschrijft en systematiseert vanuit een normatieve gezichtshoek*”⁷⁴. Terjemahan bebas : dogmatik hukum adalah cabang ilmu hukum yang mengulas dan mensistematisasi hukum positif yang berlaku dalam suatu kehidupan bersama, dalam waktu tertentu dari sudut pandang normatif.

Moeljatno yang mengutip pendapat **Gustav Radbruch** dalam *Vorschule der Rechtsphilosophie*, menyatakan, dogmatik hukum sebagai “.... *wissenschaft von objektiven sinn des positive rechts*”. Artinya, ilmu pengetahuan hukum adalah ilmu hukum yang objektif tentang hukum positif⁷⁵. Pengertian yang luas tentang dogmatik hukum dikemukakan oleh **Fockema Andrea** sebagai bagaian ilmu hukum yang bertujuan untuk menyelidiki hubungan antara peraturan hukum yang satu dengan yang lain, mengaturnya dalam satu sistem dan mengumpulkan darinya aturan baru dari pemecahan persoalan hukum⁷⁶.

Berdasarkan berbagai definisi dogmatik hukum di atas, dapat disimpulkan bahwa dogmatik hukum mempelajari hukum positif dan menyelesaikan masalah-masalah hukum. Dengan kata lain, dogmatik hukum selalu merujuk pada hukum positif yang sedang berlaku di

72 Jan Gijssels, 1982, *Wat is Rechtsteorie*, Kluwer Rechtswetenschappen, Atwerpen, hlm.4.

73 Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 38.

74 Jan Gijssels, *Op.Cit.*, hlm. 75.

75 Moeljatno, 2009, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, hlm. 11.

76 Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 38.

suatu negara. Dengan demikian, dogmatik hukum dapat diidentikkan dengan ilmu hukum.

Berbeda dengan perhatian dan sifat uraian dari teori hukum yang demikian itu, ilmu hukum tidak melepaskan perhatiannya terhadap substansi struktur serta sistem hukum itu sendiri. Oleh karena itu, sebagaimana disebutkan di atas, pembicaraan dalam ilmu hukum tidak dimulai dari nilai-nilai serta postulat-postulat hukum, melainkan juga dari hukum sebagai suatu badan atau susunan peraturan-peraturan hukum.⁷⁷

Ilmu hukum mempunyai hakikat *interdisipliner*. Hakikat ini kita ketahui dari digunakannya berbagai disiplin ilmu pengetahuan untuk membantu menerangkan berbagai aspek yang berhubungan dengan kehadiran hukum di masyarakat. Berbagai aspek dari hukum yang ingin kita ketahui ternyata tidak dapat dijelaskan dengan baik tanpa memanfaatkan disiplin-disiplin ilmu pengetahuan, seperti politik, antropologi ekonomi dan lain-lainnya.⁷⁸

Oleh karenanya, meskipun kita dapat katakan berbeda, namun kita dapat pula melihat adanya hubungan yang sangat erat antara ilmu hukum dan teori hukum. Ada penulis yang bahkan berpendapat, bahwa keduanya bersifat sinonim bahkan simbiosis. Teori hukum memberikan sumbangan yang tidak kecil terhadap ilmu hukum, yang ingin mempelajari hukum dalam segala seluk-beluk, hakikat dan perkembangannya. Dengan demikian, teori hukum merupakan bagian yang penting dari ilmu hukum. Melalui teori hukum, ilmu hukum dapat mencerminkan perkembangan masyarakat. Di sini ilmu tersebut membahas tentang perkembangan hukum yang berkaitan dengan perubahan-perubahan dalam masyarakatnya dan uraian ini tentunya akan melibatkan pembicaraan mengenai struktur politiknya, pengelompokan sosial dan sebagainya. Pembicaraan seperti ini

77 Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum,... Op.Cit, hlm. 9.

78 Ibid, hlm. 8.

sesungguhnya sudah memasuki bidang teori hukum. Sumbangan yang lain dari teori hukum terhadap ilmu hukum adalah, bahwa dengan mempelajari ilmu hukum, orang juga mengetahui perkembangan hukum secara umum serta perkembangan dalam pemikiran filsafat.⁷⁹

Tidak jarang teori hukum bercampur baur dengan filsafat hukum. Salah satunya adalah tulisan **Ronald Dworkin** yang berjudul *Philosophy of Law*, meskipun isinya sebagian besar dalam konteks teori hukum. Bisa jadi ini disebabkan karena **Dworkin** sangat kental dengan pendekatan moral dan sosialitas seperti yang disampaikan **Immanuel Kant**. Sehingga dalam pengertian teoritik pun, **Dworkin** melihatnya dalam konteks yang lebih abstrak.

Suatu pernyataan yang menarik mengenai perbedaan yang jelas antara filsafat hukum dan teori hukum dikemukakan oleh **Geoffrey Samuel**. Menurut **Geoffrey Samuel** ;

“Philosophy is seen as being a matter of metaphysics and values that is to say non-technical elements of law, and its strating point is from a metajuridical standpoint; it aims to understand law within a total vision of the world.” Adapun *“General theory, in contrast, is concerned with law as a technical discipline; it deals with normative sructure of law in terms of its aims and functions and with the structure, methods, and procedures of legal thought⁸⁰.”*

Apa yang dikemukakan **Samuel** memberikan kejelasan mengenai mana yang menjadi ranah filsafat hukum dan mana yang merupakan bidang kajian teori hukum⁸¹. Apabila pandangan **Samuel** ini diikuti, filsafat hukum mempelajari pemikiran filosofis terhadap hukum. Masalah

79 Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum,... Op.Cit., hlm. 9.

80 Peter Mahmud Marzuki, Teori Hukum,...Op.Cit., hlm. 8-9. R.M Dworkin (ed), 1982, The Philosophy of Law, Oxford University Press., Geoffrey Samuel, 2003, Epistemology and Method in Law, Jurisdische Bibliotheek, Universiteit Utrecht.

81 Peter Mahmud Marzuki, Ibid., hlm. 9.

filosofis yang paling hakiki dalam hukum adalah mempersoalkan mengenai apakah yang disebut hukum. Hal ini kemudian diikuti oleh masalah mengapa hukum mempunyai kekuatan berlaku. Sudah barang tentu masalah tersebut disusul pula oleh masalah ikutannya, yaitu apakah landasan pemikiran negara boleh menghukum dan untuk seterusnya terdapat sub-sub masalah mengenai misalnya, apakah pidana mati tidak melanggar etika dan hak asasi manusia, apakah perjanjian yang dibuat oleh para pihak secara sah dapat dibatalkan oleh negara, dan lain-lain. Semua masalah ini merupakan perbincangan-perbincangan pada ranah metafisis dan nilai-nilai atau dengan kata lain merupakan perbincangan dalam alam pikiran filosofis⁸².

Pemikiran filosofis berkembang mulai zaman Yunani sampai saat ini, akan tetapi, tidak semua filsafat berkaitan dengan hukum. Meskipun filsafat seringkali menyentuh esensi dasar dalam hukum yakni soal keadilan dan keteraturan. Tentunya, hanya filsafat yang berkaitan langsung dengan hukum sajalah yang dapat disebut filsafat hukum.⁸³

Kaufmann melihat faktor yang membedakan filsafat hukum dan teori hukum dari orientasinya: filsafat hukum lebih berorientasi kepada muatan (dalam bahasa Aristoteles: *materia*), sedangkan teori lebih berorientasi kepada bentuknya (*forma*), walau Aristoteles sendiri juga mengakui bahwa *absurd* untuk membayangkan bentuk tanpa isi atau sebaliknya, isi tanpa bentuk⁸⁴.

Harus diakui bahwa pada akhirnya perbedaan antara filsafat hukum dan teori hukum itu bisa mempunyai dimensi yang ideologis dalam arti bahwa jika dalam suatu 'pertandingan' penegakan ketertiban dan keadilan, filsafat hukum itu berkepentingan untuk menjadi wasitnya, maka suatu teori hukum berkepentingan untuk memenangkan pertandingan itu. Setiap teori hukum mempunyai agenda untuk

82 Ibid.

83 Ibid.

84 Budiono Kusumohamidjojo, 2016, *Teori Hukum: Dilema Antara Hukum dan Kekuasaan*, Penerbit Yrama Widya, Bandung, hlm. 31.

menampilkan kelebihan mazhab pemikirannya yang terbuka untuk dibuktikan dalam kehidupan sosial yang nyata. Suatu teori hukum sebaliknya juga harus dipandang sebagai suatu proposal 'kebenaran yang sementara' sifatnya, sampai dia digugurkan oleh suatu teori hukum lain yang lebih benar, misalnya dalam pendekatan **Thomas Kuhn** dan **Karl Popper**⁸⁵. Filsafat hukum sebaliknya, ia berkepentingan bahwa pertandingan untuk menegakkan ketertiban dan keadilan itu dilakukan dengan akal sehat, jernih, dan tidak kurang pentingnya, kalau bisa secara manusiawi, yang sayangnya tidak selalu terjadi.⁸⁶

Kemudian, untuk menjawab dimanakah posisi antara teori hukum dengan dogmatik hukum, dapat meminjam pendapat dari **Sudikno Mertokusumo** yang memberikan jawaban bahwa pada dasarnya teori hukum berfungsi untuk mencari atau menanyakan tentang kebenaran. Apabila dogmatik hukum menanyakan "apa hukum itu?", maka teori hukum akan menanyakan "yang mana yang hukum?". Teori hukum menanyakan apa yang membedakan hukum dengan kaidah sosial lainnya seperti kesusilaan, agama, dan sopan santun.⁸⁷ Dogmatik hukum dapat dikatakan bukanlah ilmu, karena tidak mencari kebenaran, tidak mencari apakah suatu peraturan hukum tertentu itu benar atau tidak, karena peraturan hukum itu bersifat preskriptif. Dogmatik hukum mencari keabsahan, legalitas. Menanyakan apakah

85 Secara paradigmatik, Thomas Kuhn berbicara tentang apa yang ia istilahkan sebagai revolusi ilmiah lahirnya pengetahuan. Bagi Kuhn, sejarah ilmu adalah fundamental dalam mempelajari epistemologinya, apalagi sains pada dasarnya ditandai dengan kuatnya revolusi ilmiah. Sederhananya, bagi Kuhn, sejarah ilmu dimulai dengan ilmu pengetahuan baru secara normal science, kemudian terjadi anomali, lalu mengalami krisis dan akhirnya memunculkan revolusi ilmiah sebagai sebuah pengetahuan dan kebenaran baru. Sedangkan bagi Popper, falsifikasi adalah pembuktian dengan cara sebaliknya yakni empirik induktif dengan cara mendasar bahwa teori tidak dapat dibuktikan tetapi teori atau hipotesa dapat dibantah atau malah dipalsukan. Ia membalik cara berpikir verifikasi yang berangkat dari cara berfikir positif logis bahwa pengalaman itu adalah sumber dasar pengetahuan. Pada verifikasi penarikan kesimpulan diambil dengan cara deduktif yang berangkat dari hal yang umum untuk membuktikan suatu kesimpulan khusus. Kajian paradigmatik ilmu ini juga satu kajian tersendiri yang menarik didalam.

86 Ibid., hlm. 33-34.

87 Sudikno Mertokusumo, Teori Hukum, Op.Cit., hlm.. 89-90.

suatu produk hukum itu cacat hukum atau tidak, menanyakan tentang keberlakuan (*geltung*) produk hukum, yaitu berlaku tidaknya suatu peraturan hukum tertentu.⁸⁸

Meskipun demikian, kalau dikatakan bahwa dogmatik hukum itu bukan ilmu, artinya bukan ilmu dalam arti sebenarnya, dalam arti bukan ilmu tentang *das Sein* yaitu *Seinwissenschaft*. Akan tetapi, ia dapat dianggap sebagai ilmu tentang *das Sollen* (*Sollenwissenschaft*, *Normwissenschaft*). Pandangan dogmatik hukum adalah pandangan tentang nilai, pandangan subjektif tergantung pada waktu tempat dan keadaan masyarakat, ada unsur spasio dan temporal-nya.⁸⁹

Dengan meneliti praktik hukum dan hukum positif sebagai objeknya, maka dogmatik hukum bersifat praktis/konkret. Demikian pula pertanyaan-pertanyaan dogmatik hukum bersifat praktis/konkret, karena mengacu kepada praktik hukum dan hukum positif serta berhubungan dengan masalah-masalah hukum konkret lainnya.⁹⁰ Dapatlah dipastikan bahwa dalam diskusi antara sarjana hukum mengenai konkritisasi hukum akan muncul pertanyaan-pertanyaan yang juga teknis konkrit. Penyelesaian yuridis ini tidak terlepas dari pandangan atau penilaian logis. Hukum itu sendiri adalah *a logis*, tetapi penggarapannya atau pengolahannya adalah logis.⁹¹

Artinya, jika coba dikaji dari berbagai perspektif di atas, maka pada dasarnya teori hukum dapat didefinisikan sebagai suatu studi yang objek kajiannya adalah pembahasan mengenai unsur-unsur paling dasar dari hukum itu sendiri yang bertujuan memberikan suatu standar-standar tertentu mengapa “hukum” menjadi aturan yang berbeda dengan aturan lain yang “bukan hukum”.

88 Ibid., hlm. 40.

89 Ibid., hlm. 41.

90 Ibid.

91 Loc.cit.

Sederhananya, terdapat suatu ciri khas yang membedakan antara teori hukum (*legal theory*) dengan ilmu hukum dan hukum positif (karena sering terjadi kesalahpahaman), yakni; dimana teori hukum mengandung suatu kajian filosofis untuk menentukan “apa itu hukum”. Dikatakan mengandung suatu kajian filosofis atau setidaknya-tidaknya filsafat hukum, karena di dalam teori hukum juga masih mengandung antinomi hukum dan bahkan mempertanyakan atau mempersalahkan pernyataan seperti “apa itu hukum?”; “mengapa hukum itu berlaku?”; dan berbagai pertanyaan keilmuan lainnya yang dapat pula berangkat dari pendekatan epistemologis, aksiologis maupun ontologis.

Teori hukum bukanlah teori yang dapat berdiri sendiri, ia memiliki keterkaitan yang sangat banyak ke berbagai hal. Tidak dapat dipungkiri, bahwa teori hukum lahir dari kesadaran manusia itu sendiri. Pada akhirnya, “hukum” akan tetap menjadi suatu batasan, yang tentu masih menggunakan andil dari “teori hukum” untuk menentukannya. Namun, meskipun telah mengalami berbagai perkembangan pemikiran, hingga saat ini belum ditemukan jawaban yang final mengenai pertanyaan sederhana dari; “*Apa itu hukum?*” Maka dari itu untuk menjawab apa itu teori hukum (*legal theory* atau *jurisprudence*) akan sulit dilakukan secara singkat.

Dalam teori hukum itu sendiri mendapatkan sumbangan banyak dari suatu dogma hukum yang berlaku di dalam suatu masyarakat, lalu dikembangkan secara komparatif dan coba diaplikasikan ke dalam bentuk teori hukum. Teori hukum juga mendapatkan sumbangan yang tidak sedikit dari perspektif dan kesadaran filosofis soal keadilan maupun hak asasi manusia baik yang memiliki sandaran perspektif *teosentrisme* (berpusat di Tuhan) maupun yang bersifat *antroposentrisme* (berpusat di manusia).

Terakhir, tentu saja ilmu hukum juga sebagaimana halnya ilmu sosial yang memiliki posisi relasi dengan berbagai ilmu lainnya. Meskipun pada pengertian yang ini terdapat perbedaan mendasar antara penganut mazhab pemikiran hukum murni dan yang menganggap

bahwa ada pendekatan *socio-legal* misalnya dalam memahami hukum dalam relasinya dengan ilmu lain yang menempatkan hukum yang lebih terbuka dan punya korelasi baik positif maupun negatif. Inilah salah satu yang akan dibahas lebih lanjut dalam bagian-bagian selanjutnya.

B. Ciri Teori Hukum

Bila merujuk pada berbagai pengertian teori hukum yang dikemukakan para ahli di atas, paling tidak dapat dikemukakan ciri-ciri teori hukum sebagai berikut : **Pertama**, berpikir tentang hukum. Artinya, ciri dari teori hukum adalah berpikir mengenai hukum yang berlaku dan bukan hukum yang seharusnya. Dalam kaidah hukum terdapat kenyataan normatif atau apa yang seharusnya dilakukan atau disebut *das sollen*. Di samping *das sollen*, ada yang disebut dengan *das sein* atau peristiwa konkrit atau fakta yang terjadi. Berpikir tentang hukum sebagai ciri teori hukum bukanlah terkait *das sollen* maupun *das sein*, melainkan pengetahuan umum mengenai hukum yang berlaku. Dengan demikian, ciri **kedua** dari teori hukum adalah tidak mempermasalahkan penyelesaian mana yang paling cocok dari suatu perselisihan hukum.

Ciri **ketiga** dari teori hukum adalah mencari segala sesuatu yang bersifat umum. Berdasarkan pengetahuan atas hukum yang berlaku kemudian dapat dicari hal-hal yang bersifat umum dari suatu pertauran hukum. Termasuk segala sesuatu yang bersifat umum dari peraturan hukum adalah asas-asas hukum. Oleh karena itu, teori hukum tidaklah membentuk hukum yang tetap atau hukum yang ajeg sebagai ciri **keempat** dari teori hukum.

Ciri **kelima** teori hukum adalah menanyakan mana yang merupakan hukum. Berdasarkan ciri kelima ini kemudian dapat memisahkan mana yang merupakan fakta, mana yang merupakan peristiwa relevan dan mana yang merupakan peristiwa hukum. Pemilahan atas hal-hal tersebut sangatlah penting dalam pemecahan masalah hukum, termasuk penemuan hukum. Berhubungan dengan penemuan hukum,

ciri **keenam** teori hukum adalah menanyakan tentang dapat – tidaknya menggunakan teknis interpretasi yang logis terhadap suatu aturan hukum. **Ketujuh**, ciri dari teori hukum adalah menanyakan apa isi dari sistem hukum ? Secara garis besar, sistem hukum terdiri dari subsistem-subsistem yang saling terkait antara satu dengan yang lain. Adanya subsistem-subsistem tersebut membuat hukum menjadi dinamis dan dapat disesuaikan dengan perkembangan zaman.

Ciri **kedelapan** teori hukum adalah memperoleh materiilnya ilmu hukum. Sebagaimana yang telah diutarakan di atas bahwa sebelum mempelajari teori hukum haruslah terlebih dahulu memahami ilmu hukum atau dogmatik hukum karena pada hakikatnya teori hukum menggali lebih dalam apa yang terkandung dalam ilmu hukum. **Kesembilan**, ciri teori hukum adalah meta teori. Pengertian dari meta teori adalah ilmu yang menjadikan ilmu lain sebagai kajian. Teori hukum adalah ilmu yang mempelajari ilmu hukum. Dengan demikian teori hukum adalah meta teori ilmu hukum⁹².

Ciri **kesepuluh** teori hukum adalah refleksi teknik hukum. Artinya, mencerminkan pengetahuan dan kepandaian hukum secara menyeluruh serta mendalam. Dengan demikian ciri **kesebelas** dari teori hukum adalah berbicara hukum dari prespektif yang tidak teknis yuridis dengan bahasa yang tidak teknis yuridis pula. **Keduabelas**, ciri teori hukum adalah cara ahli hukum berbicara tentang hukum. Artinya, dengan menggunakan logika yang terstruktur dan sistematis, seorang ahli hukum mampu menjelaskan pengetahuannya tentang hukum.

Berkaitan dengan ciri sebelumnya, ciri **ketigabelas** dari teori hukum adalah berbicara mengenai pertimbangan atau penalaran para ahli hukum. Dalam logika yang terstruktur dan sistematis tentang hukum, seorang ahli hukum dapat memberikan argumentasi hukum secara umum maupun mengenai suatu permasalahan hukum. Terakhir atau

92 Bruggink, Op.Cit., hlm. 172. Bandingkan dengan Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 3.

keempatbelas, ciri teori hukum adalah meneliti pertimbangan para ahli hukum dan instrumentarium yang digunakan para ahli hukum. Artinya, menggali lebih lanjut dasar argumentasi yang dikemukakan oleh para ahli hukum termasuk menganalisis instrumen hukum yang digunakan dalam berargumentasi.

C. Objek Teori Hukum

Dalam subbab sebelumnya telah diulas ciri-ciri teori hukum. Berdasarkan ciri-ciri tersebut, kita dapat mengetahui apa saja yang merupakan objek teori hukum. **Pertama**, objek teori hukum adalah ilmu hukum. Ilmu hukum ini meliputi ilmu hukum dogmatik dan ilmu hukum empiris. Dapatlah dikatakan bahwa teori hukum dalam arti sempit adalah *legal theory*, sedangkan teori hukum dalam arti luar mencakup baik *legal theory* maupun ilmu hukum yang terdiri dari ilmu hukum dogmatik dan ilmu hukum empiris⁹³.

Objek teori hukum yang **kedua** adalah asas-asas hukum. Pada hakikatnya asas hukum bukanlah peraturan hukum konkrit, melainkan sesuatu yang berada di belakang atau sesuatu yang terkandung dalam hukum positif. Kendatipun demikian, banyak asas hukum – terutama asas-asas hukum pidana – tertuang secara *expressive verbis* dalam peraturan hukum konkrit. Asas-asas hukum akan dibahas dalam Bab IV buku ini.

Ketiga, objek teori hukum adalah penemuan hukum. Penemuan hukum berada dalam wilayah penegakkan dalam hal ini adalah ilmu hukum empiris. Penegakkan hukum tidak hanya dilakukan dengan logika penerapan hukum yang mengandalkan penggunaan logika, melainkan melibatkan penilaian dan memasuki ranah pemberian makna⁹⁴. Kegiatan melakukan penilaian dan memasuki ranah

93 Ibid, hlm. 8 – 9.

94 Satjipto Raharjo, Penafsiran Hukum Yang Progresif dalam Anthon Freddy Susanto, 2005, Semiotika Hukum : Dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna, Refika Aditama, Bandung, hlm. 9 – 11.

pemberian makna pada suatu peraturan hukum konkrit pada hakikatnya adalah penemuan hukum. Secara garis besar metode penemuan hukum meliputi interpretasi dan argumentasi. Penemuan hukum akan diuraikan lebih lanjut dalam Bab IX buku ini.

Objek **keempat** teori hukum adalah analisis hukum. Analisis pada intinya penguraian suatu pokok atas berbagai bagiannya, penelaahan bagian itu sendiri serta hubungannya antar bagian untuk memperoleh pengertian yang tepat dan pemahaman arti keseluruhan⁹⁵. Dengan demikian analisis hukum adalah kegiatan mendiskripsikan, menjelaskan dan mengevaluasi permasalahan-permasalahan hukum yang ada. Dalam rangka melakukan analisis hukum dibutuhkan pengetahuan yang luas mengenai hukum itu sendiri, argumentasi yang kuat secara terstruktur dan sistematis untuk menjelaskan permasalahan hukum serta pemecahan masalah-masalah hukum yang dihadapi.

Objek **kelima** teori hukum adalah filsafat hukum. Kata '*philosophy*' berasal dari bahasa Yunani, *philo* yang berarti cinta dan *sophia* yang berarti kebijaksanaan⁹⁶. Dengan demikian *philosophy* berarti pencinta kebijaksanaan. Kendatipun letak filsafat hukum di atas teori hukum, namun kajian mendalam terhadap teori hukum pada hakikatnya telah memasuki wilayah filsafat hukum. Paling tidak ada tujuh aliran atau mazhab dalam filsafat hukum, masing-masing adalah : hukum alam, positivisme, utilitarianisme, mazhab sejarah, realisme hukum, *sociological jurisprudence* dan *critical legal studies*. Lebih lanjut filsafat hukum akan dibahas dalam Bab VI buku ini. **Keenam**, objek teori hukum adalah kritik ideologi hukum. Termasuk dalam kritik ideologi hukum adalah teori-teori hukum yang tumbuh dan berkembang dari masa ke masa. Kritik ideologi hukum juga meliputi teori keadilan, teori hukum Marxisme, teori sistem hukum dan teori-teori lainnya.

Ketujuh atau yang terakhir, objek dari teori hukum adalah metodologi

95 Departemen Pendidikan Dan kebudayaan, Op.Cit., hlm. 32.

96 Tom Butler, Op.Cit, hlm. 1.

hukum. Termasuk dalam metodologi hukum adalah metodologi pelaksanaan hukum. Metodologi adalah teknik penelitian atau penyelidikan atau cara untuk mendapatkan pengetahuan dengan menggunakan metode ilmiah⁹⁷. Dengan demikian metodologi hukum adalah teknik penelitian atau penyelidikan masalah-masalah hukum. Ilmu pengetahuan pada hakekatnya timbul oleh karena adanya hasrat ingin tahu dalam diri manusia⁹⁸. Ilmu pengetahuan sebagai produk adalah hasil penelaahan atau investigasi ilmiah. Demikian **Harton** dan **Hunt**. Hal ini mengandung arti bahwa pertumbuhan ilmu pengetahuan , dari awal mulanya hingga sekarang ini adalah berkat andil kegiatan penelitian yang selama ini dilakukan oleh para ilmuwan. Penelitian merupakan metode andalan para ilmuwan yang selama ini digunakan untuk menyingkap 'rahasia dunia alam' dan 'rahasia dunia sosial'⁹⁹.

Sugeng Istanto memberi pengertian penelitian sebagai serangkaian kegiatan yang teratur yang membantu pengembangan ilmu lain dalam mengungkapkan suatu kebenaran. Masih menurut **Istanto**, berdasarkan pengertian tersebut, penelitian dapat dilihat dari dua sudut pandang, yaitu sebagai proses dan sebagai ilmu. Sebagai proses, penelitian adalah serangkaian kegiatan yang menimbulkan suatu akibat, yakni pengungkapan suatu kebenaran. Serangkaian kegiatan di sini adalah penetapan permasalahan yang hendak diteliti, pengumpulan data yang diperlukan, mengelola data yang telah dikumpulkan dan menarik kesimpulan berdasarkan pengelolaan data tersebut. Sedangkan sebagai ilmu, penelitian adalah seperangkat pengetahuan tentang serangkaian kegiatan yang membantu pengembangan ilmu lain dalam mengungkap suatu kebenaran¹⁰⁰.

97 Muhamad Erwin, 2012, Filsafat Hukum : Refleksi Kritis Terhadap Hukum, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm.14.

98 Soerjono Soekanto, 2005, Pengantar Penelitian Hukum, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 1

99 Sanapiah Faisal, 2005, Format-Format Penelitian Sosial, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 11.

100 F. Sugeng Istanto, 2007, Penelitian Hukum, CV Ganda, Yogyakarta, hlm. 2.

Dalam definisi yang singkat, **Sanapiah Faisal** memberi arti penelitian sebagai aktivitas dan metode berpikir yang menggunakan metode ilmiah secara terancang dan sistematis untuk memecahkan atau menemukan jawaban sesuatu masalah¹⁰¹. Sedangkan dalam pengertian yang lebih lengkap, penelitian didefinisikan sebagai aktivitas menelaah sesuatu masalah dengan menggunakan metode ilmiah secara terancang dan sistematis untuk menemukan pengetahuan baru yang terandalkan kebenarannya (objektif dan sah) mengenai 'dunia alam' atau dunia sosial¹⁰². Tidak jauh berbeda dengan **Sugeng Istanto** dan **Sanapiah Faisal** adalah **Bambang Sunggono** yang memberi pengertian penelitian sebagai pencarian suatu pengetahuan yang benar untuk menjawab pertanyaan atau ketidaktahuan tertentu¹⁰³.

Demikian pula dengan **Husaini Usman** dan **Purnomo Setiady Akbar** yang mendefinisikan penelitian sebagai penerapan metode ilmiah dalam kegiatan keilmuan¹⁰⁴. Sementara **Soerjono Soekanto** mengartikan penelitian sebagai suatu bagian pokok dari ilmu pengetahuan yang bertujuan untuk lebih mengetahui dan lebih memperdalam segala segi kehidupan¹⁰⁵. Lebih lanjut dinyatakan oleh **Soerjono Soekanto** bahwa penelitian adalah suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis dan konsisten¹⁰⁶. Sedangkan **Manheim** memberi definisi penelitian sebagai, *".....the careful, diligent, and exhaustive investigation of a scientific subject matter, having, as is aim the advancement of mankind's knowledge...."*¹⁰⁷

Berdasarkan pengertian penelitian yang dikemukakan oleh **Sugeng**

101 Sanapiah Faisal, Op.Cit., hlm. 4

102 Ibid, hlm. 10.

103 Bambang Sunggono, 1997, Metodologi Penelitian Hukum, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 28.

104 Husaini Usman dan Purnomo Setiady Akbar, 2004, Metodologi Penelitian Sosial, Bumi Aksara, Jakarta, hlm 12

105 Soerjono Soekanto, Op.Cit., hlm. 3

106 Ibid, hlm. 42.

107 Loc. Cit., Bandingkan pula dengan Bambang Sunggono, Ibid, hlm. 29.

Istanto, Sanapiah Faisal, Bambang Sunggono, Husaini Usman – Purnomo Setiady Akbar, Soerjono Soekanto dan Manheim, dapat ditarik benang merah bahwa penelitian pada hakekatnya adalah : **Pertama**, serangkaian kegiatan yang menggunakan metode ilmiah. **Kedua**, penelitian bertujuan untuk mengungkapkan suatu kebenaran atau menemukan permasalahan tertentu. **Ketiga**, penelitian sangatlah penting bagi perkembangan ilmu pengetahuan.

Selanjutnya, apakah yang dimaksudkan dengan penelitian hukum ? kiranya pengertian penelitian pada umumnya secara mutatis mutandis juga berlaku pada pengertian penelitian hukum. Dengan kata lain – menurut **Sugeng Istanto** – penelitian hukum adalah suatu spesies dari penelitian pada umumnya. Artinya, penelitian tersebut dikhususkan pada ilmu hukum. Dengan demikian penelitian hukum adalah penelitian yang membantu pengembangan ilmu hukum dalam mengungkapkan suatu kebenaran hukum. Konsekuensinya, untuk melakukan penelitian hukum, seseorang harus memahami penelitian itu sendiri dan memahami ilmu hukum¹⁰⁸.

Soerjono Soekanto – sebagaimana juga dikutip oleh **Bambang Sunggono** –memberi pengertian penelitian hukum sebagai suatu kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode, sistematika dan pemikiran tertentu yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu dengan jalan menganalisisnya. Selain itu, penelitian hukum juga diadakan dengan pemeriksaan mendalam terhadap fakta hukum tersebut untuk kemudian mengusahakan suatu pemecahan atas permasalahan-permasalahan yang timbul di dalam gejala yang bersangkutan¹⁰⁹.

Fungsi penelitian tidaklah mungkin dipisahkan dari pengertian penelitian itu sendiri. Sebagaimana yang telah diutarakan di atas

108 Sugeng Istanto, Op.Cit., hLm. 29.

109 Soerjono Soekanto, Op.Cit., hlm. 43. Bandingkan pula dengan Bambang Sunggono, Op.Cit., hlm. 38.

bahwa penelitian pada hakekatnya adalah serangkaian kegiatan dengan menggunakan metode ilmiah untuk membantu ilmu lain dalam rangka mengungkapkan suatu kebenaran, maka dapat disimpulkan fungsi dari penelitian adalah membantu pengembangan ilmu lain dan mengungkapkan suatu kebenaran. Menurut **Sugeng Istanto**, penelitian untuk membantu pengembangan ilmu lain berarti merupakan sarana bagi ilmu lain untuk mengembangkan dirinya dengan cara menyatukan sasaran bahasan dan metode pembahasan dua ilmu tersebut. Sementara fungsi penelitian untuk mengungkapkan suatu kebenaran adalah mengutarakan keberadaan suatu kebenaran yang belum jelas menjadi lebih jelas, lebih dapat dimengerti dan lebih masuk akal.

Masih menurut **Sugeng Istanto**, untuk mengungkapkan suatu kebenaran dilakukan dengan kegiatan :

- a. Menegaskan keberadaan suatu kebenaran
- b. Menegaskan penyebab keberadaan suatu kebenaran
- c. Menegaskan akibat keberadaan suatu kebenaran
- d. Mengoreksi keberadaan suatu kebenaran¹¹⁰

Perihal mencari kebenaran, **Husaini Usman** dan **Purnomo Setiady Akbar** berpendapat bahwa kebenaran itu dapat ditemukan dengan proses nonilmiah dan ilmiah. Proses nonilmiah meliputi *common senses*, intuitif, *trial and error*, otoritas, prasangka dan wahyu. Sedangkan proses ilmiah untuk menemukan kebenaran adalah dengan cara penelitian¹¹¹.

Masih perihal kebenaran, paling tidak ada empat paham yang membahas mengenai kebenaran. **Pertama**, *coherence theory* atau teori koherensi. Paham ini menyatakan bahwa suatu preposisi cenderung benar, jika preposisi tersebut dalam keadaan saling berhubungan dengan preposisi-preposisi lain yang benar. Dengan kata lain, jika

110 Sugeng Istanto, Op.Cit., hlm. 4 – 7.

111 Husaini Usman dan Purnomo Setiady Akbar, Op.Cit., hlm. 1 – 3.

makna yang dikandungnya dalam keadaan saling berhubungan dengan pengalaman kita. **Kedua**, *correspondence theory* atau paham korespondensi. Menurut paham ini, suatu pernyataan itu benar jika yang diungkapkannya itu merupakan fakta.

Ketiga, paham empiris yang menyatakan bahwa kebenaran adalah sesuatu yang mendasarkan diri pada berbagai segi pengalaman dan biasanya menunjuk kepada pengalaman inderawi. **Keempat** atau yang terakhir adalah paham pragmatisme. Paham ini menyatakan bahwa kebenaran suatu pernyataan diukur dengan kriteria apakah pernyataan tersebut bersifat fungsional dalam kehidupan praktis. Dengan kata lain, pernyataan adalah benar jika pernyataan itu mempunyai kegunaan praktis dalam kehidupan manusia¹¹². Sementara menurut **Sugeng Istanto**, kebenaran adalah kesesuaian sesuatu dengan ukuran tertentu¹¹³.

Fungsi penelitian hukum adalah membantu pengembangan ilmu hukum dan mengungkapkan kebenaran hukum. Menurut **Sugeng Istanto**, membantu pengembangan ilmu hukum adalah dengan menyatukan sasaran bahasan dan metode pembahasan penelitian dengan sasaran bahasan dan metode pembahasan ilmu hukum yang dibantunya. Sedangkan pengungkapan kebenaran hukum terkait dengan pengertian pengungkapan dan pengertian kebenaran hukum¹¹⁴.

Sanapiah Faisal menyatakan, paling tidak ada lima jenis penelitian pada umumnya. **Pertama**, penelitian deskriptif yang dimaksudkan untuk mengeksplorasi dan mengklarifikasi suatu fenomena atau kenyataan sosial dengan jalan mendeskripsikan sejumlah variabel yang berkenaan dengan masalah dan unit yang diteliti. **Kedua**, penelitian eksplanasi adalah untuk menguji antar-variabel yang dihipotesiskan dengan tujuan apakah satu variabel berasosiasi atautkah tidak dengan

112 Bambang Sunggono, Op.Cit., hlm. 16 – 19.

113 Sugeng Istanto, Op.Cit., hlm. 5

114 Ibid, hlm. 38, 39 dan 42.

variabel lainnya.

Ketiga, penelitian studi kasus yaitu penelitian yang penelaahannya kepada satu kasus yang dilakukan secara mendalam, mendetail dan komprehensif. **Keempat**, penelitian survei yakni penelitian yang ditujukan pada jumlah besar atau kelompok. Oleh karena itu fokus pada penelitian survey hanya ditujukan pada beberapa variabel saja. **Kelima**, penelitian eksperimen adalah penelitian yang secara sengaja memanipulasi suatu variabel kemudian memeriksa efek atau akibat yang ditimbulkannya¹¹⁵.

Sedangkan **Soerjono Soekanto** membagi macam-macam penelitian secara garis besar dilihat dari empat aspek. **PERTAMA**, dari aspek sifatnya, macam-macam penelitian dapat dibagi menjadi tiga. **Pertama**, penelitian eksploratoris yaitu penelitian yang dilakukan jika pengetahuan tentang suatu gejala yang akan diselidiki masih kurang atau bahkan tidak ada. **Kedua**, penelitian deskriptif yang dimaksudkan untuk memberikan data yang seteliti mungkin tentang manusia, keadaan atau gejala-gejala lainnya. **Ketiga**, penelitian eksplanatoris yang dilakukan jika pengetahuan suatu masalah sudah cukup sehingga dimaksudkan untuk menguji hipotesa-hipotesa tertentu.

KEDUA, dari aspek bentuknya, macam-macam penelitian juga dibagi menjadi tiga. **Pertama**, penelitian diagnostik adalah suatu penelitian yang dimaksudkan untuk mendapatkan keterangan mengenai sebab-sebab terjadinya suatu atau beberapa gejala. **Kedua**, penelitian preskriptif yaitu suatu penelitian yang bertujuan mendapatkan saran-saran mengenai apa yang harus dilakukan untuk mengatasi masalah-masalah tertentu. **Ketiga**, penelitian evaluatif yakni suatu penelitian untuk menilai program-program yang dijalankan.

KETIGA, dari aspek tujuannya, macam-macam penelitian dibagi

115 Sanapiah Faisal, Op.Cit., hlm. 20 – 24.

menjadi empat. **Pertama**, penelitian *fact finding* yang hanya bertujuan untuk mencari fakta. **Kedua**, penelitian *problem finding* yang merupakan lanjutan dari penelitian *fact finding* dengan tujuan menemukan masalah. **Ketiga**, sebagai lanjutan penelitian *problem finding* adalah penelitian *problem identification* yang bertujuan untuk mengidentifikasi masalah. Selanjutnya penelitian yang **keempat** adalah *problem solution* yakni untuk mengatasi masalah sebagai lanjutan dari penelitian *problem identification*.

KEEMPAT, dari aspek penerapannya, macam-macam penelitian dibagi menjadi tiga. **Pertama**, penelitian murni biasanya ditujukan untuk kepentingan pengembangan ilmu pengetahuan atau teori atau untuk keperluan pengembangan metodologi penelitian. **Kedua**, penelitian berfokuskan masalah adalah kaitan antara bidang teori dengan bidang praktis yang sebenarnya merupakan penghubung antara penelitian murni dan penelitian terapan. **Ketiga**, penelitian terapan adalah penelitian yang tujuannya untuk memecahkan masalah-masalah masyarakat yang sifatnya praktis¹¹⁶.

Macam-macam penelitian yang lebih dari apa yang dikemukakan oleh **Sanapiah Faisal** dan **Soerjono Soekanto** adalah macam-macam penelitian menurut **Sugeng Istanto** yang membaginya ke dalam tujuh variasi. **PERTAMA**, variasi penelitian berdasarkan ilmu yang dibantu. Berdasarkan variasi ini, hanya ada dua macam penelitian, yakni penelitian ilmu alam dan penelitian ilmu sosial. **KEDUA**, variasi penelitian berdasarkan hakikat ilmu yang dibantu. Berdasarkan variasi tersebut, macam penelitian juga dibagi menjadi dua, yaitu penelitian ilmu dasar dan penelitian ilmu terapan.

KETIGA, variasi penelitian berdasarkan sifat kebenaran yang diungkapkan dibagi menjadi dua. **Pertama**, penelitian kualitatif yaitu kesesuaian sesuatu dengan suatu ukuran yang berupa keharusan

116 Soerjono Soekanto, Op.Cit.,, hlm. 9 – 11.

dipenuhinya persyaratan kualitas tertentu. **Kedua**, penelitian kuantitatif adalah kebenaran yang berupa keharusan dipenuhinya persyaratan kuantitas data pendukung tertentu. **KEEMPAT**, variasi penelitian berdasarkan tujuan penelitian yang dibagi menjadi empat macam penelitian. **Pertama**, penelitian eksploratoris adalah penelitian yang menjajaki suatu kebenaran. **Kedua**, penelitian deskriptif adalah penelitian yang bertujuan menggambarkan suatu kebenaran dalam keadaan seperti apa adanya. **Ketiga**, penelitian eksplikatif adalah penelitian yang bertujuan untuk menerangkan data yang ditemukan dalam kegiatan penelitiannya. **Keempat**, penelitian preskriptif yaitu penelitian yang bertujuan untuk menetapkan kebenaran yang seharusnya dalam peristiwa yang diteliti.

KELIMA, variasi penelitian berdasarkan kasus yang diteliti. Berdasarkan variasi ini, penelitian dibagi menjadi tiga macam. **Pertama**, penelitian survei yakni penelitian yang hendak mengungkapkan suatu kebenaran berdasarkan sejumlah kasus tertentu. **Kedua**, penelitian studi kasus adalah penelitian yang hendak mengungkapkan suatu kebenaran berdasarkan suatu kasus tertentu. **Ketiga**, penelitian eksperimental adalah penelitian yang hendak mengungkapkan suatu kebenaran berdasarkan kasus yang direkayasa.

KEENAM, variasi berdasarkan jumlah orang yang diteliti. Dalam penelitian sosial sasaran bahasanya adalah orang. Oleh karena itu, macam penelitian menurut variasi ini adalah penelitian yang sasaran bahasanya satu orang dan penelitian yang sasaran bahasanya sejumlah orang tertentu. **KETUJUH**, variasi penelitian berdasarkan tempat pengumpulan data yang dibagi menjadi tiga macam penelitian. **Pertama**, penelitian lapangan adalah penelitian yang dalam mengumpulkan data untuk mengungkapkan suatu kebenaran ditempuh dengan cara menghubungi orang-orang yang menghayati data tersebut dalam masyarakat. **Kedua**, penelitian pustaka adalah penelitian yang dalam mengumpulkan data untuk mengungkapkan suatu kebenaran ditempuh dengan cara membaca pustaka yang ada. **Ketiga**, penelitian laboratorium adalah penelitian yang dalam

mengumpulkan data untuk mengungkapkan suatu kebenaran ditempuh dengan cara mengadakan percobaan di laboratorium yang dilengkapi dengan peralatan tertentu¹¹⁷.

Apabila kita merujuk pada macam penelitian berdasarkan tujuan penelitian, baik menurut **Soerjono Soekanto** maupun **Sugeng Istanto**, terlihat jelas hubungan antara penelitian yang satu dengan penelitian lainnya. Berdasarkan tujuan penelitian, **Soerjono Soekanto** membagi macam penelitian menjadi empat bagian, masing-masing penelitian *fact finding*, penelitian *problem finding*, penelitian *problem identification* dan penelitian *problem solution*. Hubungan antara penelitian yang satu dengan penelitian yang lain adalah bahwa penelitian yang pertama bertujuan untuk mencari fakta, kemudian dilanjutkan dengan penelitian untuk menemukan masalah, selanjutnya penelitian untuk mengidentifikasi masalah dan pada akhirnya penelitian untuk mengatasi masalah.

Demikian pula menurut **Sugeng Istanto** bahwa berdasarkan tujuan penelitian, ada pendapat yang menyatakan bahwa empat macam penelitian – masing-masing penelitian eksploratoris, penelitian deskriptif, penelitian eksplikatif dan penelitian preskriptif – merupakan satu rangkaian penelitian. Artinya, penelitian eksploratoris dilakukan sebelum penelitian deskriptif, penelitian deskriptif dilakukan sebelum penelitian eksplikatif dan seterusnya. Akan tetapi – masih menurut **Sugeng Istanto** – masing-masing penelitian dapat merupakan suatu kegiatan penelitian yang berdiri sendiri¹¹⁸.

Selanjutnya yang akan kita bahas adalah macam-macam penelitian hukum. Menurut **Bambang Sunggono**, macam penelitian hukum secara garis besar dibagi menjadi dua, yakni penelitian hukum doktrinal dan penelitian hukum non-doktrinal. Penelitian hukum doktrinal paling tidak dibagi menjadi tujuh macam penelitian. **Pertama**, penelitian

117 Sugeng Istanto, Op.Cit., hlm. 8 – 13.

118 Sugeng Istanto, Op.Cit., hlm. 10.

inventarisasi hukum positif adalah penelitian awal yang harus dilakukan sebelum penelitian hukum lainnya. **Kedua**, penelitian asas dan doktrin hukum. Penelitian ini bertujuan untuk menemukan asas atau doktrin hukum positif yang berlaku. Lazimnya disebut penelitian studi dogmatik atau *doctrinal research*.

Ketiga, penelitian hukum untuk suatu perkara *in concreto*. Tujuan penelitian ini adalah hendak menguji apakah suatu postulat normatif tertentu memang dapat atau tidak dapat dipakai untuk memecahkan suatu masalah hukum tertentu *in concreto*. **Keempat**, penelitian terhadap sistematik hukum. Penelitian ini bertujuan untuk mengadakan identifikasi terhadap pengertian dasar dalam hukum. **Kelima**, penelitian terhadap taraf sinkronisasi. Penelitian ini bertujuan meneliti sinkronisasi antara aturan hukum positif yang satu dengan aturan hukum positif yang lain.

Keenam adalah penelitian perbandingan hukum. Penelitian ini adalah dengan menggunakan unsur-unsur sistem hukum sebagai titik tolak perbandingan yakni mencakup struktur hukum, substansi hukum dan budaya hukum. **Ketujuh**, penelitian sejarah hukum. Penelitian ini bertujuan untuk mengadakan identifikasi terhadap tahap-tahap perkembangan hukum yang dapat dipersempit ruang lingkungannya menjadi sejarah peraturan perundang-undangan. Sedangkan penelitian hukum non-doktrinal pada dasarnya adalah penelitian yang menyangkut permasalahan interrelasi antara hukum dengan lembaga-lembaga sosial lainnya¹¹⁹.

Macam penelitian hukum yang dikemukakan oleh **Bambang Sunggono** tidak jauh berbeda dengan macam penelitian hukum yang dikemukakan oleh **Soerjono Soekanto**. Menurut **Soerjono**, macam penelitian hukum secara garis besar dibagi menjadi dua yaitu penelitian hukum normatif dan penelitian hukum sosiologis

119 Bambang Sunggono, Op.Cit., hlm. 81 – 101.

atau empiris. Penelitian hukum normatif mencakup penelitian asas-asas hukum, penelitian sistematika hukum, penelitian sinkronisasi hukum, penelitian sejarah hukum dan penelitian perbandingan hukum. Sementara penelitian hukum sosiologis atau penelitian hukum empiris hanya mencakup penelitian terhadap identifikasi hukum dan penelitian terhadap efektivitas hukum¹²⁰.

Berbeda dengan macam penelitian hukum yang dikemukakan **Bambang Sunggono** dan **Soerjono Soekanto** adalah macam penelitian hukum yang dikemukakan **Sugeng Istanto**. Sebagaimana macam penelitian pada umumnya seperti yang dikemukakan oleh **Istanto**, secara mutatis mutandis juga berlaku terhadap macam penelitian hukum. Macam penelitian hukum menurut **Sugeng Istanto** dibagi ke dalam tujuh variasi. **PERTAMA**, variasi penelitian berdasarkan lingkup ilmu hukum. Oleh karena ilmu hukum yang dimaksud di sini adalah ilmu tentang hukum positif, maka penelitian berdasarkan lingkup ilmu hukum mencakup tiga hal. **Pertama**, penelitian tentang isi hukum positif. **Kedua**, penelitian penerapan hukum positif. **Ketiga**, penelitian pembuatan hukum positif.

KEDUA, variasi penelitian berdasarkan hakikat ilmu hukum. Berdasarkan variasi ini, macam penelitian hukum dibagi menjadi dua, yaitu penelitian ilmu hukum dasar dan penelitian ilmu hukum terapan. Penelitian ilmu hukum dasar adalah ilmu hukum yang sasaran bahasanya berkaitan dengan pengertian dan asas-asas hukum. Sedangkan penelitian ilmu hukum terapan adalah ilmu hukum yang sasaran bahasanya berkaitan dengan penggunaan hukum positif untuk menyelesaikan suatu masalah tertentu dalam kehidupan masyarakat. **KETIGA**, variasi penelitian berdasarkan sifat kebenaran hukum yang diungkapkan dibagi menjadi dua. **Pertama**, kebenaran hukum kualitatif yaitu kesesuaian sesuatu dengan ketentuan hukum yang menetapkan persyaratan kualitas tertentu yang harus dipenuhi.

120 Soerjono Soekanto, Op.Cit., hlm. 50 – 51.

Kedua, kebenaran hukum kuantitatif adalah kesesuaian sesuatu dengan ketentuan hukum yang menetapkan persyaratan kuantitas tertentu harus dipenuhi.

KEEMPAT, variasi penelitian berdasarkan tujuan penelitian yang dibagi menjadi empat macam penelitian. **Pertama**, penelitian hukum eksploratoris adalah penelitian yang menjajaki kemungkinan keberadaan suatu kebenaran. **Kedua**, penelitian hukum deskriptif adalah penelitian yang bertujuan menggambarkan suatu kebenaran hukum seperti apa adanya. **Ketiga**, penelitian hukum eksplikatif adalah penelitian yang bertujuan untuk menjelaskan kebenaran hukum hubungan antar variabel yang dipermasalahkan. **Keempat**, penelitian hukum preskriptif yaitu penelitian yang bertujuan untuk menentukan kebenaran hukum yang seharusnya ada bagi sesuatu¹²¹.

Perihal penelitian hukum deskriptif dan penelitian hukum eksplikatif ini, pendapat **Sugeng Istanto** tidak jauh berbeda dengan pendapat **Jan Gijssels**. Menurut **Gijssels**, penelitian deskriptif adalah penelitian yang hanya dibatasi pada suatu pemaparan, suatu analisis atau suatu konstruksi tanpa mengarah secara langsung pada pengujian atas hipotesis-hipotesis atau atas teori-teori. Secara tegas dinyatakan oleh **Gijssels**, "*Bij een beschrijvend onderzoek beperkt men het opzet van de studie tot een beschrijving, een analyse of een klassifikatie, zonder dat men hierbij rechtstreeks de konstruktie of de toetsing van hypotesen of van theorieen op het oog heeft*"¹²².

Sedangkan penelitian eksplikatif – masih menurut **Gijssels** – adalah penelitian dengan melakukan konstruksi hipotesis-hipotesis dan teori-teori untuk memahami bagian tertentu dari kenyataan, misalnya dengan memperlihatkan suatu hubungan tertentu diantara variabel-variabel suatu kenyataan. Secara gamblang dikatakan oleh **Gijssels**, "*Bij een verklarend onderzoek wordt er naar gestreefd via de konstruktie van*

121 Sugeng Istanto, Op.Cit., hlm. 46 – 48.

122 Jan Gijssels, Op.Cit., hlm. 131

*hypotesen en theorieen bepaalde deelen van de werkelijkheid beter te begrijpen, bijvoorbeeld door een bepaalde samenhang tussen elementen van de werkelijkheid aan te tonen,.....*¹²³.

Kembali kepada macam penelitian hukum menurut **Sugeng Istanto**, variasi **KELIMA** adalah berdasarkan kasus yang diteliti. Berdasarkan variasi ini, penelitian hukum dibagi menjadi tiga macam. **Pertama**, penelitian hukum eksperimen adalah penelitian yang mencari suatu kebenaran hukum berdasarkan kasus yang direkayasa. **Kedua**, penelitian hukum studi kasus adalah penelitian yang mencari suatu kebenaran hukum berdasarkan suatu kasus. **Ketiga**, penelitian hukum survei yakni penelitian hukum berdasarkan sejumlah kasus.

KEENAM, variasi berdasarkan jumlah orang yang diteliti. Dalam penelitian hukum menurut variasi ini adalah penelitian yang sasaran satu orang dan penelitian yang sasaran bahasannya sejumlah orang tertentu. **KETUJUHH**, variasi penelitian berdasarkan tempat pengumpulan data yang dibagi menjadi tiga macam penelitian. **Pertama**, penelitian hukum pustaka. **Kedua**, penelitian hukum lapangan. **Ketiga**, penelitian hukum laboratorium¹²⁴.

D. Tugas Teori Hukum

Hal terakhir yang akan diulas dalam bab pengantar ini adalah mengenai tugas teori hukum. Paling tidak ada lima tugas teori hukum. **Pertama**, menganalisis dan menerangkan pengertian hukum. Dalam hal ini teori hukum bertugas menguraikan dan menerangkan mengenai hukum beserta seluruh bagiannya dan hubungan antara bagian yang satu dengan bagian yang lain. Dengan demikian akan memperoleh pengertian yang tepat dan pemahaman arti keseluruhan tentang hukum.

¹²³ Ibid, hlm. 132.

¹²⁴ Sugeng Istanto, Op.Cit, hlm. 49 – 50.

Kedua, mempelajari hubungan hukum dan logika. Pada dasarnya logika adalah kegiatan berpikir secara khusus yaitu berpikir yang bertujuan¹²⁵. Hubungan hukum dan logika sangat penting dalam penemuan hukum. Dalam konteks ini penemuan hukum di dianggap sebagai kejadian yang teknis kognitif dengan peradilan yang berbentuk silogisme. Artinya, ada premis mayor, ada premis minor dan konklusi. Dalam hubungan hukum dan logika ada metode berpikir secara deduktif dan secara induktif. Secara deduktif berarti berpikir dari umum ke khusus, sedangkan secara induktif berarti berpikir dari khusus ke umum.

Ketiga, tugas teori hukum adalah mempelajari metodologi, meneliti objek dan metode pembentukan undang-undang serta penemuan hukum. **Maria Sumardjono** mendefinisikan metodologi sebagai ilmu yang membicarakan tentang metode-metode ilmiah dalam menggali kebenaran pengetahuan. Metode ilmiah adalah upaya menemukan kebenaran berdasarkan pertimbangan logis. Adapun ciri-ciri penelitian ilmiah adalah : data harus dapat dipercaya; cara kerja teliti, sistematis dan dapat dipertanggungjawabkan; bertolak dari teori, prinsip dan dalil; pengumpulan data bersifat objektif; pengolahan data sistematis; serta laporan yang rasional dan logis¹²⁶.

Keempat, mencari penjelasan untuk hukum itu sendiri dari faktor-faktor nonyuridis yang berlaku dalam kehidupan masyarakat. **Donald Black** dalam *The Behavior of Law* sebagaimana yang dikutip oleh **Achmad Ali**, mengemukakan teori perilaku hukum yang mencoba menjelaskan faktor-faktor sosial yang mempengaruhi penegakkan hukum dan bagaimana hukum berperilaku. Faktor-faktor sosial yang mempengaruhi hukum adalah :

1. Stratifikasi sosial, yaitu aspek vertikal dari kehidupan sosial atau setiap distribusi yang tidak seimbang dari kondisi-kondisi yang ada.
2. Morfologi sosial, yakni aspek horizontal atau distribusi dari orang

125 Muhamad Erwin, Op.Cit., hlm. 12.

126 Maria SW Sumardjono, 2014, Metodologi Penelitian Ilmu Hukum, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, hlm. 5.

dalam hubungannya dengan orang lain, termasuk pembagian kerja di antara mereka, integrasi dan keakraban yang berlangsung di antara mereka.

3. Budaya, yaitu aspek simbolik seperti religi dan folklore.
4. Organisasi, yaitu aspek korporasi atau kapasitas bagi tindakan kolektif.
5. Kontrol sosial atau pengendali sosial, yaitu aspek normatif dari kehidupan sosial atau definisi tentang perilaku yang menyimpang dan tanggapan terhadapnya¹²⁷.

Tugas teori hukum yang terakhir atau yang **kelima** adalah sintesa interdisipliner. Sintesa adalah perpaduan berbagai pengertian atau hal sehingga merupakan satu kesatuan yang selaras. Dalam konteks ini ilmu hukum bukanlah menara gading dan membutuhkan disiplin ilmu lain dalam memecahkan masalah-masalah hukum. Perkembangan lebih lanjut, sintesa interdisipliner melahirkan konsep-konsep ilmu baru seperti sosiologi hukum, analisis ekonomi terhadap bekerjanya hukum, kriminologi, antropologi hukum dan lain sebagainya.

127 Achmad Ali, 2012, Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence), Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 156.



BAB III

SUMBER HUKUM

”Sumber hukum adalah tempat di mana kita menemukan atau menggali hukumnya.”

Mengawali bab ini, Kami mengutip pendapat **Algra** sebagaimana dalam buku **Sudikno Mertokusumo**. Frasa "sumber hukum" menurut **van Apeldoorn** memiliki empat makna, masing-masing dalam arti historis, sosiologi, filsafati dan formil. **Pertama**, dalam arti historis, sumber hukum mengandung makna sumber pengenalan hukum, yakni berupa semua tulisan, dokumen dan lain sebagainya, dari mana kita dapat belajar tentang hukum. Secara historis sumber hukum juga berarti tempat dari mana pembentuk undang-undang memperoleh bahan untuk membentuk undang-undang. **Kedua**, dalam arti sosiologis, mengandung makna faktor-faktor yang menentukan isi hukum positif, seperti ekonomi, sosial, budaya, etnis dan agama. **Ketiga**, dalam arti filsafati, sumber hukum mengandung makna sumber untuk mengetahui isi hukum. Tegasnya, apa para meter yang dipakai untuk menentukan isi hukum tersebut baik ataukah buruk. Secara filsafati, sumber hukum juga berarti sumber kekuatan mengikat dari hukum itu sendiri. **Keempat**, secara formil, sumber hukum mengandung arti cara dan bentuk timbulnya hukum positif yang berlaku di suatu negara¹²⁸.

Zevenbergen menyatakan istilah sumber hukum sering digunakan dalam beberapa makna. **Pertama**, sebagai asas hukum yang berkaitan dengan permulaan suatu hukum. **Kedua**, menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan kepada hukum yang berlaku. **Ketiga**, sumber berlaku suatu ketentuan hukum yang memberikan kekuatan berlaku secara formil. **Keempat**, sumber dari mana kita mengenal hukum. **Kelima**, sebagai sumber terjadinya hukum¹²⁹.

Secara sederhana **Algra** berpendapat bahwa sumber hukum dapat dibagi menjadi sumber hukum materiil dan sumber hukum formil. Sumber hukum materiil ialah tempat dari mana materi hukum itu diambil, sedangkan sumber hukum formil adalah tempat atau sumber

128 L.J. van Apeldoorn, 1990, Pengantar Ilmu Hukum, PT Pradnya Paramita, Jakarta, hlm. 75 – 80.

129 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 82

dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum¹³⁰. Demikian pula menurut **Sugeng Istanto** yang menyatakan bahwa sumber hukum formil ialah faktor yang menjadikan suatu ketentuan menjadi ketentuan hukum yang berlaku umum. Tegasnya, sumber hukum formil adalah proses yang membuat suatu ketentuan menjadi ketentuan hukum positif yakni proses perundang-undangan dan kebiasaan. Sementara sumber hukum materiil ialah faktor yang menentukan isi ketentuan hukum yang berlaku¹³¹. Sumber hukum materiil dapat diambil dari suatu kebiasaan, perjanjian maupun doktrin, sedangkan sumber hukum formil dapat berupa undang-undang, peraturan pemerintah ataupun peraturan daerah.

Ada juga yang membedakan sumber hukum menjadi sumber hukum normal dan sumber hukum abnormal. Pada bab ini akan diuraikan lebih lanjut mengenai sumber hukum normal, sumber hukum abnormal dan sumber hukum internasional. Sumber hukum normal terdiri dari undang-undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi, perjanjian dan doktrin. Sedangkan sumber hukum abnormal meliputi proklamasi, revolusi dan *coup de tat*. Sementara sumber hukum internasional, kita akan merujuk pada Pasal 38 Paragraf Satu Statuta Mahkamah Interbasional.

A. Sumber Hukum Normal

Sumber hukum normal dapat juga dikatakan sebagai sumber hukum formil. Secara garis besar sumber hukum normal ini dibagi menjadi dua yaitu sumber hukum normal yang secara langsung atas pengakuan undang-undang dan sumber hukum normal yang secara tidak langsung atas pengakuan undang-undang. Sumber hukum normal yang secara langsung atas pengakuan undang-undang meliputi undang-undang, kebiasaan dan traktat, sedangkan sumber hukum normal yang

130 Ibid, hlm. 83.

131 Sugeng Istanto, 1998, Hukum Internasional, Penerbitan Universitas Atma Jaya Yogyakarta, hlm. 10 – 11.

secara tidak langsung atas pengakuan undang-undang mencakup yurisprudensi, perjanjian dan doktrin.

1. Undang-Undang

Sumber hukum yang paling utama adalah undang-undang. Undang-undang di sini baik dalam pengertian materiil, maupun formil. Undang-undang dalam arti materiil adalah segala sesuatu yang bersifat mengatur, dibentuk oleh yang berwenang dan keberlakukannya dapat dipaksakan serta mengikat setiap orang secara umum. Sedangkan undang-undang dalam pengertian formil adalah produk hukum yang dibuat oleh DPR dengan persetujuan Presiden.

Undang-undang dalam pengertian formil biasanya terdiri dari konsideran atau pertimbangan, *dictum* atau amar dan penjelasan. Pada bagian konsideran terdiri dari “menimbang”, “membaca” dan “mengingat”. “Menimbang” dan “membaca” berkaitan erat dengan aspek filosofis dibentuknya suatu peraturan hukum, sedangkan pada bagian “mengingat” selalu merujuk pada aturan yang lebih tinggi atau aturan yang sederajat. *Dictum* atau amar merupakan substansi dari undang-undang tersebut. Pada bagian penjelasan selalu terdiri dari penjelasan umum dan penjelasan pasal demi pasal.

Ada beberapa asas yang berkaitan dengan undang-undang. **Pertama**, adalah asas preverensi yang terdiri dari ***lex superior derogat legi inferior***, ***lex posterior derogat legi priori*** dan ***lex specialis derogat legi generali***. Mengenai asas pereversi ini akan diulas lebih lanjut dalam bab tentang Asas Hukum. Ada juga asas yang menyatakan bahwa undang-undang berlaku untuk masa mendatang dan tidak boleh berlaku surut. Selain itu ada pula asas yang menyatakan bahwa undang-undang tidak bisa diganggu gugat.

Setiap undang-undang pada umumnya mempunyai kekuatan mengikat pada saat diundangkan. Kendatipun demikian, dapat saja suatu undang-undang mempunyai kekuatan mengikat ditentukan secara

khusus dalam undang-undang tersebut. Ada kalanya suatu undang-undang diberlakukan surut untuk peristiwa tertentu seperti Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 yang memberlakukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme khusus terhadap peristiwa bom di Bali pada tanggal 20 Oktober 2002. Ada juga undang-undang yang kekuatan mengikatnya ditunda untuk beberapa tahun kemudian.

Selain kekuatan mengikat, undang-undang juga harus memiliki kekuatan berlaku yang secara garis besar dibagi menjadi tiga. **Pertama**, kekuatan berlaku secara yuridis. Artinya, persyaratan formil terbentuknya suatu undang-undang telah terpenuhi. Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji syarat formil terbentuknya suatu undang-undang bial ada yang memohonkan hal tersebut kepada Mahkamah Konstitusi. **Kedua**, kekuatan berlaku secara sosiologis yang berarti undang-undang tersebut dapat diterima atau tidak oleh masyarakat terlepas dari persyaratan formil terbentuknya suatu undang-undang. **Ketiga**, kekuatan berlaku secara filosofis. Artinya, kaedah hukum dalam suatu undang-undang harus sesuai dengan cita-cita hukum suatu negara. Dalam konteks Indonesia, cita-cita hukum kita adalah Pancasila.

2. Kebiasaan

Dapatlah diartikan bahwa kebiasaan atau *custom* adalah suatu perbuatan yang dilakukan berulang-ulang dalam suatu kehidupan masyarakat pada waktu dan tempat yang sama. Oleh karena itu, pelanggaran terhadap suatu perbuatan yang selalu dilakukan dianggap sebagai pelanggaran hukum. Keberlakuan hukum kebiasaan yang bersifat mengikat didasarkan pada postulat *longa et inveterata consuetudo, opinio necessitates*. Artinya, sesuatu yang berlangsung secara terus menerus dalam jangka waktu yang lama menimbulkan anggapan sebagai sesuatu hal yang mengikat. *Frequentia actus multum operator* yang berarti perbuatan yang diulang – ulang akan

memberikan pengaruh.

Custom atau kebiasaan harus dibedakan dengan *habit*, kendatipun dalam kosa kata Indonesia, baik *custom* maupun *habit* diartikan sebagai kebiasaan. *Habit* diartikan sebagai perbuatan yang dilakukan namun tanpa ada keterkaitannya dengan kewajiban atau suatu keharusan untuk melakukannya¹³². Hal ini berbeda dengan *custom* seperti yang telah dijelaskan di atas. Sedangkan konvensi pada hakikatnya suatu hukum kebiasaan dalam praktik ketatanegaraan yang telah berlangsung lama dan secara terus menerus.

Hukum kebiasaan merupakan sumber hukum yang mandiri dan diakui oleh undang-undang. Sejumlah pasal dalam KUH Perdata mengakui kebiasaan sebagai sumber hukum. Pasal 1339 KUH Perdata menyatakan, "*Perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang*". Demikian pula dalam Pasal 1347 KUH Perdata yang berbunyi, "*Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan*".

3. Traktak

Traktat atau perjanjian internasional atau *treaty* diartikan sebagai persetujuan dua negara atau lebih untuk mengadakan hubungan antar mereka menurut ketentuan hukum internasional. **Sugeng Istanto** menyatakan bahwa istilah "*treaty*" sebagai *nomengeneralissium* yang mencakup setiap persetujuan antar negara tanpa memperhitungkan bentuknya dan juga tanpa memperhitungkan petugas yang melaksanakannya. Sebagai istilah yang sangat umum, *treaty* juga mencakup persetujuan antar negara dengan organisasi internasional

132 Dennis Lloyd, Op.Cit., hlm 228.

maupun persetujuan antara satu organisasi internasional dengan organisasi internasional lainnya¹³³.

Sebagai sumber hukum yang secara langsung diakui, perjanjian internasional diatur dalam Pasal 11 UUD 1945 yang menyatakan bahwa Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain. Perjanjian dengan negara lain dalam pasal *a quo* adalah perjanjian antar negara atau perjanjian internasional. Mengikatnya perjanjian internasional didasarkan pada asas ***pacta sunt servanda*** yang berarti perjanjian mengikat para pihak ibarat undang-undang. Bahkan menurut pandangan dualisme dalam hukum internasional, perjanjian internasional adalah sumber hukum yang paling utama.

Tahapan pembuatan perjanjian internasional meliputi beberapa tahap¹³⁴ : ***Pertama***, akreditasi petugas perundingan. Pada tahap ini negara mengakreditasi petugas yang mewakili negaranya termasuk kewenangan. Akreditasi ini diperoleh dari kepala negara atau menteri luar negeri. ***Kedua***, perundingan. Dapatlah dikatakan bahwa inti dari pembuatan perjanjian internasional adalah perundingan karena pada tahap ini apa yang menjadi substansi perjanjian akan dibicarakan bersama antar kedua negara atau lebih. Tahap perundingan ini diakhiri dengan penetapan keputusan antar negara yang melakukan perundingan. Dalam perundingan multilateral, keputusan diambil berdasarkan suara terbanyak atau dua pertiga dari negara peserta.

Ketiga, penandatanganan keputusan hasil perundingan. Tahap ini dilakukan pada waktu dan tempat yang sama di mana para negara peserta menghadiri penandatanganan tersebut. Penandatanganan dimaksudkan sebagai otentikasi naskah keputusan hasil perundingan. ***Keempat***, ratifikasi. Dapatlah diartikan ratifikasi adalah perbuatan negara menetapkan persetujuannya untuk terikat pada perjanjian

133 Sugeng Istanto, Op.Cit., hlm. 64.

134 Ibid, hlm. 66 – 69.

internasional yang telah ditandatangani oleh utusannya. **Kelima**, tukar menukar naskah ratifikasi antar negara yang melakukan perjanjian atau penyerahan naskah kepada negara penyimpan dalam hal perjanjian multilateral.

4. Yurisprudensi

Secara umum yurisprudensi dapat diartikan setiap putusan hakim. Namun juga ada yang mengartikan yurisprudensi sebagai kumpulan putusan hakim yang disusun secara sistematis dari pengadilan tingkat pertama sampai kasasi dan pada umumnya diberi *annotatie*. Pengertian lain dari yurisprudensi adalah pandangan atau pendapat para ahli yang dianut oleh hakim dan dituangkan dalam putusannya. Dalam beberapa literatur, yurisprudensi diartikan berbagai macam penelaahan intelektual yang bersifat umum mengenai hukum yang tidak dibatasi semata-mata oleh teknis penafsiran.

Yurisprudensi tetap adalah kaedah dalam suatu putusan kemudian diikuti secara konstan oleh para hakim dalam putusannya dan dapat dianggap menjadi bagian dari keyakinan hukum umum. Dalam konteks penemuan hukum, yurisprudensi dapat dijadikan sumber penemuan hukum jika dapat dijelaskan hubungan antara perkara yang sedang ditangani dengan yurisprudensi tersebut¹³⁵. Hal ini didasarkan pada postulat ***citationes non concedantur priusquam exprimatur super qua re fieri debet citation***. Artinya, penggunaan yurisprudensi tidak akan diterima sebelum dijelaskan hubungan antara perkara dengan yurisprudensi tersebut.

5. Perjanjian

Perjanjian yang dibuat oleh para pihak mengikat ibarat undang-undang. Kendatipun demikian, perjanjian adalah sumber hukum normal yang

135 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit.,hlm. 50 – 52.

secara tidak langsung diakui oleh undang-undang. Paling tidak ada tiga unsur dalam setiap perjanjian. **Pertama**, unsur *essentialia*. Unsur ini terkait dengan syarat sahnya perjanjian. Bila merujuk pada Pasal 1320 KUH Perdata, maka syarat sahnya perjanjian terdiri dari kesepakatan, kecakapan para pihak, objek tertentu dan kausa yang halal.

Kedua, unsur *naturalia*. Unsur ini dianggap ada mekipun tidak diperjanjikan secara tegas. Sebagai misal, pembeli dilindungi terhadap cacat tersembunyi suatu barang yang dibelinya dari penjual. **Ketiga**, unsur *accidentalialia*. Unsur ini harus secara tegas diperjanjikan. Selain ketiga unsur tersebut, ada juga asas-asas dalam perjanjian seperti asas kebebasan berkontrak, asas itikat baik dan lain sebagainya. Perihal asas-asas tersebut akan dibahas lebih lanjut dalam bab asas-asas hukum.

6. Doktrin

Sumber hukum yang terakhir adalah doktrin. Kata 'doktrin' berasal dari bahasa Latin '*doctrina*' yang berarti kesatuan ajaran, instruksi atau keyakinan, asas-asas berfikir dalam suatu cabang ilmu pengetahuan tertentu (*'teaching', 'instruction' is a codification of beliefs or a body of teaching or instruction, taught principles, as the essence of teaching in a given branch of knowledge or in a belief system*)¹³⁶. Doktrin juga sering disebut sebagai ajaran para ahli hukum.

B. Sumber Hukum Abnormal

Abnormal daitikan sebagai menyimpang dari yang lazim atau yang umum. Dengan demikian sumber hukum abnormal dapat dimaknai

136 Muladi, 2019, Dilema Doktrinal Dalam Proses Kriminalisasi Tindak Pidana Korupsi (Antara Doktrin Ultimum Remedium Dan Primum Remedium), Makalah yang disampaikan dalam Seminar Nasional "Optimalisasi Penanggulangan Tindak Pidana Korupsi", Universitas Semarang, 10 April 2019, hlm. 1.

sebagai sumber hukum yang tidak lazim atau sumber hukum yang berbeda dari yang umum. Seperti yang telah dijelaskan di atas bahwa selain sumber hukum normal, terdapat sumber hukum abnormal yang adalah sebagai berikut :

1. Proklamasi

Secara harafiah, proklamasi diartikan sebagai pemberitahuan resmi kepada seluruh rakyat. Proklamasi juga dapat diartikan sebagai permakluman atau pengumuman atau pernyataan. Dalam konteks sumber hukum, proklamasi yang dimaksud adalah pengumuman atau pernyataan kemerdekaan suatu negara dari negara yang menjajahnya. Mengapa proklamasi merupakan sumber hukum ? Dengan adanya proklamasi pertanda berlakunya tertib hukum baru yang tadinya berlaku tertib hukum kolonial atau tertib hukum negara yang menjajah menjadi tertib hukum suatu negara yang merdeka dan berdaulat.

Dalam konteks Indonesia, Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945 adalah sumber tertib hukum. Dikatakan demikian karena dengan Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945 menandai berakhirnya tertib hukum pemerintahan kolonial dan lahirnya tertib hukum baru Indonesia sebagai negara yang merdeka dan berdaulat. Dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia, selain Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945, sumber tertib hukum lainnya adalah Dekrit Presiden 5 Juli 1959, Undang-Undang Dasar 1945 dan Surat Perintah Sebelas Maret 1966.

2. Revolusi

Ada beberapa pengertian revolusi. **Pertama**, revolusi diartikan sebagai perubahan yang cukup mendasar dalam suatu bidang. **Kedua**, revolusi juga diartikan sebagai peredaran bumi dan planet-planet lain mengelilingi matahari. **Ketiga**, revolusi diartikan sebagai perubahan ketatanegaraan yang dilakukan dengan kekerasan. Dalam konteks sumber hukum abnormal, revolusi diartikan sebagai perubahan

ketatanegaraan secara mendasar.

Selain istilah 'revolusi', ada juga istilah 'reformasi' yang juga berarti perubahan radikal dalam suatu negara. Revolusi hampir selalu dikotakan perubahan mendasar dengan kekerasan, sedangkan sebaliknya, reformasi selalu dikotakan dengan perubahan mendasar tanpa kekerasan. Dalam konteks yang demikian dapatlah dipahami, mengapa perubahan ketatanegaraan dari Orde Lama ke Orde Baru acap kali disebut Revolusi 1965, sementara perubahan ketatanegaraan dari Orde Baru pada tahun 1998 sering disebut Reformasi 1998.

Sama halnya dengan proklamasi, revolusi disebut sebagai sumber hukum karena pada saat itu mulailah berlaku tertib hukum baru untuk menggantikan tertib hukum lama yang dianggap tidak adil atau tidak sesuai dengan perlindungan terhadap hak asasi manusia dan lain sebagainya. Sebagai misal Revolusi Perancis pada tanggal 4 Juli 1789 adalah untuk menghapuskan kekuasaan **Raja Louis XVI** yang sangat otoriter yang digantikan dengan pemerintahan yang demokratik, pengakuan terhadap hak asasi manusia dengan semboyan *liberte* (kemerdekaan), *egaliter* (kesamaan) dan *fraternite* (persaudaraan).

3. Coup de tat

Selain proklamasi dan revolusi, sumber hukum abnormal yang terakhir adalah *coup de tat* atau kudeta. Kudeta diartikan sebagai perebutan kekuasaan secara paksa. Biasanya kudeta dilakukan dengan menggunakan kekuatan senjata dan membentuk suatu pemerintahan junta militer. Dalam sejarah dunia banyak sekali terjadi kudeta militer untuk merebut pemerintahan yang sah seperti kudeta militer **Idi Amin** terhadap **Presiden Obote** di Uganda pada tahun 1971. Demikian pula kudeta militer **Jenderal Augusto Pinochet Ugarte** terhadap **Presiden Salvador Allende** di Chile pada tanggal 11 September 1973 atau kudeta **Salotsar** alias **Polpot** terhadap **Jenderal Lon Nol** di Kamboja

pada tahun 1975¹³⁷. Ketika pemerintahan baru lahir sebagai hasil kudeta, dapat dipastikan saat itu berlaku pula tertib hukum baru dari sang penguasa yang merebut kekuasaan dengan kekuatan senjata. Perubahan tertib hukum dengan cara yang tidak lazim inilah yang memasukkan *coup de tat* atau kudeta sebagai sumber hukum abnormal.

C. Sumber Hukum Internasional

Dalam konteks hukum internasional, sumber hukum mengacu pada Pasal 38 Paragraf 1 Statuta Mahkamah Internasional yang menetapkan ketentuan-ketentuan hukum internasional yang dapat diterapkan oleh Mahkamah Internasional dalam menyelesaikan sengketa yang diajukan kepadanya. Ada empat sumber hukum internasional sebagaimana dimaksud dalam Statuta Mahkamah Internasional. :

1. *"International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states";*
2. *"International custom, as evidence of a general practice accepted as law";*
3. *"The general principle of law recognized by civilized nations";*
4. *"Subject to provisions of article 59¹³⁸, Judicial decisions and the teaching of the most highly qualified publicist of the various nations as subsidiary means for the determination of rules of law".*

Berdasarkan ketentuan dalam pasal 38 pragraf 1 tersebut sumber hukum internasional terdiri dari : **Pertama**, konvensi internasional yaitu proses yang menetapkan suatu ketentuan menjadi ketentuan hukum internasional yang berlaku umum. **Kedua**, kebiasaan internasional

137 Tim Narasi, 2006, *The Mass Killers Of The Twentieth Century*, Narasi, Yogyakarta, hlm. 43, 179 dan 200.

138 Putusan pengadilan hanya mengikat para pihak yang bersengketa dan oleh karena itu harus dihormati berdasarkan asas *res judicata pro veritate habetur* bahwa setiap putusan pengadilan harus dianggap benar dan dihormati. Lihat dalam Anthony Aust, 2005, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, hlm. 6.

merupakan bukti praktek umum yang diterima sebagai hukum. **Ketiga**, prinsip-prinsip umum hukum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab. Prinsip-prinsip hukum di sini ada yang bersumber dari hukum internasional maupun prinsip-prinsip hukum yang bersumber dari hukum nasional suatu negara. Prinsip-prinsip hukum ini ada yang bersifat umum dan ada juga yang bersifat khusus. **Keempat**, putusan pengadilan dan ajaran para ahli hukum dari berbagai bangsa sebagai sarana pelengkap untuk menetapkan ketentuan-ketentuan hukum. Putusan pengadilan yang kemudian dirujuk oleh putusan hakim berikutnya akan menimbulkan yurisprudensi. Demikian pula ajaran para ahli hukum yang diyakini kebenarannya akan menimbulkan doktrin.

Secara garis besar keempat sumber hukum tersebut dapat dibagi menjadi dua yakni sumber hukum primer dan sumber hukum sekunder. Konvensi internasional, kebiasaan internasional dan prinsip-prinsip umum hukum digolongkan dalam sumber hukum primer. Ketiga sumber hukum tersebut bersifat independen sebagai aturan-aturan hukum yang mengikat secara umum. Sedangkan putusan pengadilan dan doktrin atau ajaran para ahli hukum digolongkan dalam sumber hukum sekunder. Konsekuensinya, sumber hukum sekunder ini tidak mengikat secara umum. Putusan pengadilan hanya mengikat sebatas para pihak yang bersengketa, sedangkan doktrin hanya dapat menjadi ketentuan hukum melalui sumber hukum primer¹³⁹. Menurut **Sugeng Istanto**, keempat sumber hukum tersebut dibagi menjadi sumber hukum formil dan sumber hukum materil. Sumber hukum formil hukum internasional meliputi konvensi internasional dan kebiasaan internasional, sedangkan sumber hukum materil meliputi prinsip-prinsip umum hukum dan ajaran para ahli hukum¹⁴⁰.

Terlepas dari penggolongan sumber hukum di atas, urutan penyebutan sumber hukum internasional sebagaimana terdapat dalam Pasal 38

139 Illias Bantekas and Susan Nash, 2007, International Criminal Law, Third Edition, Routledge – Cavendish, London And New York, hlm. 2.

140 Sugeng Istanto, Op.Cit., hlm. 12 – 13.

Paragraf 1 Statuta Mahkamah Internasional bersifat hirarkis. Putusan pengadilan dan doktrin mempunyai fungsi yang bersifat subordinat dalam hirarki sumber hukum, sementara prinsip-prinsip umum hukum bersifat sebagai pelengkap terhadap konvensi dan kebiasaan internasional. Dalam hirarki sumber hukum internasional, konvensi internasional menempati tingkatan yang paling atas, kemudian kebiasaan internasional. Hal ini karena konvensi internasional biasanya diformulasikan untuk menggantikan kebiasaan internasional yang eksis¹⁴¹. Kebiasaan internasional itu sendiri terdiri dari dua elemen yaitu elemen yang objektif dan elemen yang subjektif. Elemen yang objektif terbangun dari keseragaman dan keberlangsungan praktek negara-negara terhadap hal-hal tertentu. Sementara elemen yang subjektif berasal dari keyakinan suatu negara dalam praktek untuk melaksanakan suatu kewajiban hukum¹⁴².

Dalam konteks hukum pidana internasional, **Antonio Cassese** berpendapat bahwa sumber hukum pidana internasional lebih menekankan pada *treaties* yang pada dasarnya adalah konvensi internasional dan kebiasaan internasional¹⁴³. Sedangkan **Cherif Bassiouni** menyatakan bahwa sumber hukum pidana internasional adalah konvensi internasional, kebiasaan internasional dan prinsip-prinsip umum hukum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab di dunia¹⁴⁴. Selain itu terdapat juga apa yang disebut dengan istilah *jus cogens*. *Jus cogens* adalah hukum pemaksa yang tertinggi dan harus ditaati oleh bangsa-bangsa beradab di dunia sebagai prinsip dasar yang umum dalam hukum internasional yang berkaitan dengan moral¹⁴⁵.

141 Malcolm N. Shaw, 2004, *International Law*, 5th Edition, Cambridge University Press, hlm. 96.

142 Ilias Bantekas and Susan Nash, *Op.Cit.*, hlm. 3.

143 Antonio Cassese, 2003, *International Criminal Law*, Oxford University Press, hlm. 26

144 M. Cherif Bassiouni, 2003, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publisher, Inc. Ardsley, New York, hlm. 2.

145 Henry J. Steiner & Philip Alston, 2000, *International Human Rights In Context : Law, Politics Morals*, Oxford University Press, New York, hlm. 77.

BAB IV

ASAS HUKUM

“.....dat rechtsbeginselen geen permanent geficeerde inhoud hebben; zij kunnen ook niet worden beoordeeld los van de historische dimensie en van de maatschappelijke context waarin zij zijn ingebed....”

Kata “*asas*” menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia berarti dasar hukum¹⁴⁶. Kata “*asas*” ini adalah terjemahan dari kata “*beginse*”¹⁴⁷ dalam bahasa Belanda atau kata “*principle*”¹⁴⁸ dalam bahasa Inggris. Dengan demikian bila kata “*asas*” digabungkan dengan “*hukum*” menjadi ‘*asas hukum*’ secara harafiah berarti dasarnya dasar hukum. Artinya, *asas hukum* adalah sesuatu yang sangat mendasar dari dasar hukum itu sendiri. Oleh sebab itu, *asas hukum* bukanlah hukum positif melainkan sesuatu yang terkandung atau berada di belakang hukum positif. Ada tiga hal yang akan diulas dalam bab ini, masing-masing adalah definisi *asas hukum*, karakter, fungsi dan ciri-ciri *asas hukum* serta beberapa *asas hukum*.

A. Definisi Asas Hukum

Secara sederhana **Bellefroid** memberi arti *asas hukum* sebagai pengendapan hukum positif dalam suatu masyarakat. Dijelaskan lebih lanjut oleh **Bellefroid** bahwa *asas hukum* adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan oleh ilmu hukum dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum¹⁴⁹. Oleh karena itu, *asas hukum* tidaklah dapat dipisahkan dari konteks kemasyarakatan di mana *asas* itu lahir. Dalam hal ini, apa yang dikemukakan **T’ Hart** sebagaimana yang dikutip pada awal bab ini menjadi relevan bahwa *asas-asas hukum* tidak mempunyai isi yang pasti dan permanen; *asas-asas* itu juga tidak dapat dinilai lepas dari dimensi sejarah dan konteks kemasyarakatan di mana *asas* itu berada.

Paul Scholten tidak memberikan definisi *asas hukum*, namun

146 Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, Op.Cit., hlm. 52.

147 A. Broers, 1933, Engels Woordenboek, Tweede Deel Nederlands – Engels, J.B. Wolters’ Uitgeversmaatschappij, Groningen – Batavia, hlm. 78.

148 John M. Echols Dan Hassan Shadily, 2005, Kamus Inggris Indonesia : An English – Indonesian Dictionary, Penerbit PT Gramedia Jakarta, Hlm. 447.

149 Sudikno Mertokusumo, 2014, Penemuan Hukum : Suatu Pengantar, Cahaya Atma Pusataka, Yogyakarta, hlm. 5.

menyatakan bahwa asas hukum adalah kecenderungan yang disyaratkan oleh pandangan kesusilaan pada hukum dan bersifat umum. Demikian pula **van der Velden** yang menyatakan bahwa asas hukum adalah tipe putusan tertentu yang dapat digunakan sebagai tolok ukur untuk menilai situasi atau digunakan sebagai pedoman berperilaku. Masih menurut **Velden**, asas hukum didasarkan atas satu nilai atau lebih yang menentukan situasi yang bernilai dan yang harus direalisasikan¹⁵⁰.

Pengertian asas hukum yang lebih detail dikemukakan oleh **Sudikno Mertokusumo**. Secara tegas dikatakan oleh **Mertokusumo** bahwa asas hukum bukanlah peraturan hukum konkrit tetapi pikiran dasar yang umum sifatnya atau latar belakang dari peraturan konkrit yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim sebagai hukum positif dan dapat ditemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkrit tersebut. Demikian juga yang ditegaskan oleh **van Eikema Hommes** bahwa asas hukum tidak boleh dianggap sebagai norma hukum konkrit akan tetapi perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku¹⁵¹.

Bila merujuk pada pengertian asas hukum sebagaimana diutarakan para ahli di atas, ada beberapa catatan penting. **Pertama**, asas hukum merupakan norma dasar yang tidak bisa dipisahkan dari kehidupan masyarakat. **Kedua**, asas hukum adalah sebagai tolok ukur dan pedoman dalam berperilaku. **Ketiga**, asas hukum direalisasikan ke dalam peraturan hukum konkrit dan putusan pengadilan. **Keempat**, asas hukum bukanlah peraturan hukum konkrit. Terhadap hal yang terakhir ini, pada kenyataannya, banyak asas hukum yang dituangkan dalam peraturan hukum konkrit. Sebagian besar asas hukum dalam konteks hukum pidana merupakan peraturan hukum konkrit. Hal ini adalah pengejawantahan asas legalitas dalam hukum pidana sebagai

150 Ibid, hlm. 6.

151 Ibid, hlm. 7.

salah satu prinsip yang sangat fundamental.

Berdasarkan catatan-catatan tersebut, asas hukum dapat diartikan sebagai pikiran dasar dan bersifat umum yang melatarbelakangi atau terdapat dalam peraturan hukum konkrit sebagai satu kesatuan sistem hukum yang diwujudkan dalam peraturan perundang-undangan, putusan hakim dan hubungan hukum lainnya dalam kehidupan masyarakat.

B. Karakter, Fungsi Dan Ciri-Ciri Asas Hukum

Ketika berbicara mengenai kaidah hukum dalam Bab I di atas, telah disinggung postulat ***ubi societas ibi ius*** : di mana ada masyarakat di situ ada hukum. Postulat ini mengandung kedalaman arti bahwa hukum hidup dari, oleh dan untuk masyarakat. Hukum berasal dari nilai-nilai yang dipilih oleh masyarakat sebagai pedoman perilaku. Nilai-nilai yang bersifat abstrak kemudian dikristalisasi menjadi asas-asas hukum yang kemudian diwujudkan dalam peraturan hukum konkrit dan direalisasikan dalam putusan pengadilan serta tindakan-tindakan lainnya dalam kehidupan masyarakat. Dengan demikian karakteristik yang ***pertama*** dari asas hukum adalah berlandaskan pada kenyataan masyarakat dan nilai-nilai yang dipilih sebagai pedoman untuk kehidupan bersama.

Kedua, karakteristik asas hukum ada yang dituangkan dalam peraturan hukum konkrit dan ada yang tidak dituangkan dalam peraturan hukum konkrit. Asas hukum yang dituangkan dalam peraturan hukum konkrit seperti asas ***pacta sunt servanda*** : setiap perjanjian yang dibuat para pihak mengikat ibarat undang-undang (Pasal 1338 KUH Perdata). Asas legalitas : tidak ada suatu perbuatan yang dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan perundang-undangan pidana yang sudah ada sebelum perbuatan tersebut dilakukan (Pasal 1 ayat (1) KUHP). Asas ***ne bis in idem*** : seseorang tidak dapat dituntut lebih dari satu kali di depan pengadilan dengan perkara yang sama (Pasal 76 KUHP).

Asas hukum yang tidak dituangkan dalam peraturan hukum konkrit seperti ***nemo ius ignorare consetur*** : setiap orang dianggap tau akan undang-undang. Asas ***in dubio pro reo*** : dalam keragu-raguan hakim harus memutuskan hal yang meringankan terdakwa. Asas ***cogitationis peonam nemo patitur*** : seseroang tidak dapat dihukum hanya berdasarkan apa yang ada dalam pikirannya. Asas ***justitia est ius suum cuique tribuere*** : keadilan diberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya¹⁵².

Karakteristik ***ketiga*** dari asas hukum adalah ada asas hukum yang bersifat umum dan ada yang bersifat khusus. Asas hukum yang bersifat umum artinya berlaku bagi semua bidang hukum. Contoh asas hukum yang bersifat umum seperti ***lex superior derogat legi inferior*** : aturan yang derajat lebih tinggi harus digunakan dari aturan yang derajatnya lebih rendah. Asas ***lex specialis derogat legi generali*** : aturan yang sifatnya khusus harus diutamakan dari pada aturan yang bersifat umum. Asas ***lex posteriori derogat legi priori*** : aturan yang lahir kemudian harus didahulukan dari pada aturan yang lahir sebelumnya.

Asas hukum yang bersifat khusus hanya digunakan dalam bidang hukum tertentu. Asas hukum yang bersifat khusus misalnya ***res inter alibs acta*** : perjanjian hanya mengikat para pihak yang membuatnya. Asas ini merupakan asas khusus dalam hukum perdata. Asas ***incriminalibus, probationes bedent esse luce clariores*** : dalam perkara-perkara pidana, bukti-bukti yang ada harus lebih terang dari pada cahaya. Asas ini khusus dalam hukum pidana, bahkan lebih khusus lagi hanya diperuntukkan dalam hukum pembuktian pidana. Lebih lanjut perihal asas-asas hukum akan dibahas pada subbab terakhir dalam bab ini.

Selain karakter asas hukum, **Klanderma**n sebagaimana yang dikutip oleh **Sudikno Mertokusumo** menyatakan bahwa asas hukum

152 Peter Stein, 2007, Roman Law In European History, Cambridge University Press, hlm. 80.

mempunyai dua fungsi. **Pertama**, fungsi dalam hukum dan yang **kedua**, fungsi dalam ilmu hukum. Terhadap hukum itu sendiri, asas hukum berfungsi untuk mengesahkan. Artinya, memberi pengaruh kepada norma hukum dan mengikat para pihak. Selain itu, asas hukum juga berfungsi melengkapi sistem hukum. Sedangkan terhadap ilmu hukum, asas hukum berfungsi untuk mempermudah memberi ikhtisar dan bersifat mengatur serta menjelaskan¹⁵³.

Adapun ciri-ciri asas hukum adalah sebagai berikut : **Pertama**, bersifat abstrak. Hal ini karena asas hukum pada umumnya merupakan latar belakang dari peraturan hukum konkrit atau apa yang terkandung dalam peraturan hukum konkrit. Ciri asas hukum yang **kedua** adalah bersifat umum. Artinya, asas hukum ini tidak hanya diterapkan pada suatu peristiwa konkrit. Kendatipun demikian, asas hukum mengenal pengecualian. Sebagai contoh : asas ***par in parem non hebet imperium*** : seorang kepala negara tidak bisa dihukum dengan menggunakan hukum negara lain. Asas ini dikecualikan terhadap kejahatan-kejahatan serius terhadap masyarakat internasional seperti agresi, genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang. Pengecualian ini merujuk kepada asas ***impunitas semper ad deteriora invitat***. Artinya, impunitas mengundang pelaku untuk melakukan kejahatan yang lebih besar. Asas ini pada dasarnya menolak impunitas dalam hukum pidana¹⁵⁴.

Antara asas hukum yang satu dengan asas hukum yang lain terkadang ada pertentangan, akan tetapi antara asas hukum yang saling bertentangan, tidak dapat menegasikan antara satu dengan yang lain. Hal ini karena asas hukum tidak mengenal hirarki sebagai ciri **ketiga**. Ciri **keempat** dari asas hukum adalah bersifat dinamis. Hal ini tidak terlepas dari adanya pertentangan antara asas hukum yang satu dengan asas hukum yang lain namun tidak dapat saling menegasikan sehingga asas hukum menjadi dinamis. Ciri dinamis dari

153 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit, hlm. 8.

154 Eddy O.S Hiariej, Prinsip-Prinsip Hukum Pidana, Op.Cit., hlm. 303.

asas hukum ini juga memberi makna bahwa asas hukum tidak terlepas dari konteks kemasyarakatan pada saat asas hukum itu lahir, namun dapat disesuaikan dengan perkembangan zaman.

Sebagai misal, asas ***nullum crimen sine lege*** : tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang. Asas ini lahir untuk melindungi kepentingan individu dari kesewenang-wenangan negara. Secara tegas seorang jurisdiktor terkenal dari Jerman, **Franz von Liszt** menulis, "*the nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege principles are the bulwark of the citizen against the State's omnipotence; they protect the individual against the brutal force of the majority, against the Leviathan*¹⁵⁵". Bila merujuk kepada asas *nullum crimen sine lege*, pasca-perang dunia kedua, berbagai kejahatan serius terhadap masyarakat internasional tidak bisa diadili karena belum ada undang-undang yang mengatur sebelumnya, namun kejahatan-kejahatan tersebut tetap diadili berdasarkan hukum kebiasaan internasional. Dalam konteks ini, asas hukum bersifat dinamis mengikuti perkembangan zaman. Asas ***nullum crimen sine lege*** berubah menjadi ***nullum crimen sine jure*** : tidak ada perbuatan pidana tanpa hukum. Hukum di sini diartikan tidak hanya undang-undang semata tetapi juga hukum tidak tertulis termasuk hukum kebiasaan.

Meskipun asas hukum bersifat dinamis, namun **Mertokusumo** yang mengutip pendapat **Scholten** menyatakan bahwa ada asas-asas hukum yang bersifat universal. Artinya, asas-asas hukum tersebut berlaku kapan saja dan di mana saja serta tidak dibatasi oleh ruang dan waktu. Asas-asas tersebut adalah asas kepribadian, asas persekutuan, asas kesamaan, asas pemisahan antara baik dan buruk, serta asas kewibawaan. Masih menurut **Scholten**, asas kepribadian, asas persekutuan, asas kesamaan dan asas kewibawaan terdapat dalam semua sistem hukum. Keempat asas tersebut berasal dari

155 Antonio Cassese, Op.Cit., hlm.141.

pemikiran untuk memisahkan antara baik dan buruk¹⁵⁶.

Ciri terakhir atau ciri **kelima** dari asas hukum adalah bahwa asas hukum hanyalah berupa anggapan atau suatu cita-cita. **Nieuwenhuis** menyatakan bahwa asas hukum itu memberi dimensi etis pada hukum¹⁵⁷. Asas hukum adalah sesuatu yang idiil terjadi. Beberapa asas hukum yang secara eksplisit sebagai suatu anggapan : **ius curia novit** : hakim dianggap tau akan hukumnya. **Presumption of innocent** : setiap orang dianggap tidak bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan dia bersalah dan telah mempunyai kekuatan hukum tetap. **Res judicata pro veritate habetur** : Setiap putusan pengadilan harus dianggap benar dan harus dihormati.

C. Beberapa Asas Hukum

Ada beberapa istilah yang sering digunakan untuk mengganti istilah “asas hukum”. Beberapa istilah tersebut adalah “adagium”, “*old maxim*” dan “postulat”. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, adagium diartikan sebagai pepatah atau peribahasa¹⁵⁸. **Regula pro lege, si deficit lex** (ketika hukum tidak sempurna, maka pepatah dapat digunakan). Dalam Kamus Hukum, kata “adagium” diartikan sebagai pedoman ilmiah atau semboyan, kata-kata mutiara atau slogan¹⁵⁹. Sedangkan kata “*old maxim*” diterjemahkan sebagai pepatah lama. Dengan demikian kata “adagium” yang berasal dari Bahasa Latin adalah sinonim atau persamaan arti dengan kata “*maxim*”.

Berbeda dengan kata “adagium” dan “*old maxim*” adalah kata “postulat”

156 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 9.

157 Ibid., hlm. 8.

158 Deparetemen Pendidikan Dan Kebudayaan Republik Inodnesia, Op.Cit., hlm. 5.

159 Andi Hamzah, 1986, Kamus Hukum, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 20. Bandingkan dengan Yan Pramana Puspa, 1977, Kamus Hukum, Aneka Ilmu, Semarang, hlm. 33.

yang berasal dari bahasa Latin yaitu *postulatum*. *Postulatum* berasal dari kata yang lebih tua yaitu *postulare*. Secara harafiah *postulare* berarti meminta atau menuntut, sedangkan *postulatio* diartikan sebagai suatu pengaduan¹⁶⁰. Kata “postulat” itu sendiri berarti preposisi yang merupakan titik tolak pencarian yang bukan definisi atau pengandaian sementara. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, postulat adalah asumsi yang menjadi pangkal dalil yang dianggap benar tanpa perlu membuktikan. Postulat juga dapat diartikan sebagai anggapan dasar¹⁶¹.

Berdasarkan berbagai pengertian tersebut, kata “asas hukum” lebih mendekati pada arti kata “postulat”. Kendatipun demikian pada subbab terakhir ini, yang diulas tidak sebatas beberapa postulat atau asas hukum namun ada juga yang bersifat sebagai *old maxim* atau adagium. Beberapa asas hukum atau postulat dan beberapa adagium atau *old maxim* adalah sebagai berikut :

1. *Accessorium non ducit, sed sequitur, suum principale.*

Secara harafiah postulat ini berarti peserta pembantu tidak memimpin, melainkan mengikuti pelaku utamanya. Postulat ini dikenal dalam hukum pidana, khususnya ajaran penyertaan terkait pertanggungjawaban. Siapa saja yang dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana dalam delik penyertaan ? Secara tegas **Simons**, “*Bij de leer der deelneming worden gemeenlijk twee vormen van deelneming onderscheiden, de zelfstandige en de onzelfstandige deelneming*¹⁶²” (Dalam ajaran penyertaan biasanya dibagi dalam dua bentuk penyertaan, penyertaan yang berdiri sendiri dan penyertaan yang tidak berdiri sendiri). **Pertama**, *zelfstandige deelneming* atau penyertaan yang berdiri sendiri adalah tindakan masing-masing peserta dalam melakukan suatu perbuatan pidana diberi penilaian atau kualifikasi tersendiri dan

160 Andi Hamzah, Op.Cit., hlm. 479.

161 Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan Republik Indonesia, Op.Cit., hlm. 697.

162 D. Simons, 1937, *Leerboek Van Het Nederlandsche Strafrecht, Eerste Deel*, Zesde Druk, P. Noordhoof, N.V.- Groningen - Batavia, hlm. 306.

tindakan mereka masing-masing diadili secara sendiri pula. **Kedua**, *onzelfstandige deelneming* atau penyertaan yang tidak berdiri sendiri adalah dapat–tidaknya seorang peserta dihukum tergantung pada peranannya dalam perbuatan pidana yang telah dilakukan oleh seorang pelaku dan tergantung pula apakah perbuatan yang dilakukan oleh pelakunya itu merupakan suatu tindak pidana ataukah bukan¹⁶³.

Termasuk penyertaan yang berdiri sendiri adalah pelaku, yang menyuruh lakukan dan turut serta melakukan. Sedangkan penyertaan yang tidak berdiri sendiri adalah yang menggerakkan dan yang membantu. Mereka ini adalah sebagai asesor kepada peserta lain yang pemedanaannya tergantung kepada pemedanaan orang lain¹⁶⁴. Ajaran ini di Belanda dianut oleh **Simons, van Hamel** dan *wetgever* (pembentuk) KUHP Belanda. Kendatipun demikian, beberapa ahli hukum pidana tidak sependapat dengan pembagian penyertaan ke dalam penyertaan berdiri sendiri dan penyertaan yang tidak berdiri sendiri. Mereka adalah, **van Bemmelen, van Hattum, Pompe** dan **Moeljatno**. Argumentasi **van Bemmelen** dan **van Hattum** bahwa dalam hukum pidana modern, dipidananya seseorang adalah tergantung dari apa yang dilakukannya sendiri dan tidak dapat digantungkan kepada pemedanaan orang lain. Kendatipun demikian, perlu diingat bahwa sejarah pembentukan KUHP menganut penyertaan yang berdiri sendiri dan penyertaan yang asesor atau tidak dapat berdiri sendiri¹⁶⁵. Komentar **Pompe** terkait ajaran tersebut adalah sebagai berikut :

“Deze onderscheiding is historisch gerechtvaardigd geweest. Zij dateert van de middeleeuwse Italiaanse juristen, die in de de materie der deelneming door dogmatische onderscheidingen

163 P.A.F. Lamintang, 1990, Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia, Penerbit Sinar Baru Bandung, hlm. 574.

164 Moeljatno, 1985, Hukum Pidana Delik-Delik Percobaan Delik-Delik Penyertaan, PT. Bina Aksara, Jakarta, hlm. 96.

165 J.M. van Bemmelen En W.F.C. van Hattum, 1953, Hand En Leerbook Van Het Nederlandse Strafrecht, S. Gouda Quint – D. Brouwer En Zoon, Arnhem, hlm. 384.

orde moesten brengen, daar de wet er toen geen orde in schiep. Zelfstandige deelnemers waren dan zij, die doen plegen en zij die medeplegen. Te zamen met hen, die plegen, werden zij, wel genoemd daders, onderscheiden in onmiddellijke, middellijke en mededaders. Onzelfstandige deelnemers waren daarentegen de uitlokkers en de medeplichtigen¹⁶⁶”

(Pembedaan tersebut dalam sejarah pernah dibenarkan. Pembedaan seperti itu dilakukan oleh para ahli hukum Italia di abad pertengahan, dengan membuat pembedaan-pembedaan secara dogmatis, mereka harus mengatur materi penyertaan karena undang-undang tidak mengaturnya. Penyertaan yang berdiri sendiri yang mereka maksudkan adalah mereka yang menyuruh lakukan dan mereka yang turut serta melakukan. Bersama-sama dengan mereka yang melakukan itu disebut sebagai pelaku yang dapat dibagi menjadi pelaku langsung, pelaku tidak langsung dan pelaku penyerta. Sebagai lawannya adalah penyertaan yang tidak berdiri sendiri yang terdiri dari mereka yang menggerakkan dan mereka yang membantu).

Masih menurut **Pompe**, semua penyertaan adalah tidak berdiri sendiri, kendatipun perbuatan masing-masing peserta harus ditinjau sendiri-sendiri. Ditambahkan oleh **van Bemmelen** dan **van Hattum** dalam pembantuan pun diperlukan adanya pelaksanaan yang dapat dipidana. Ketentuan dalam KUHP sebenarnya untuk menghindari ajaran penyertaan asesor yang ekstrim¹⁶⁷. **Moeljatno** yang sependapat dengan **van Bemmelen**, **van Hattum** dan **Pompe** juga menyatakan bahwa antara satu peserta dengan peserta lainnya adalah satu kesatuan¹⁶⁸. Selain postulat di atas, postulat lainnya yang menjadi landasan pemisahan penyertaan yang berdiri sendiri dan penyertaan yang tidak berdiri sendiri adalah **res accessoria sequitur**

166 W.P.J. Pompe, 1959, *Handboek Van Het Nederlandse Strafrecht*, Vijfde Herzienne Druk, N.V. Uitgevers-Maatschappij, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, hlm. 234.

167 J.M. van Bemmelen En W.F.C. van Hattum, *Op.Cit.*, hlm. 385.

168 Moeljatno, *Op.Cit.*, hlm. 101.

rem principalem yang berarti pelaku pembantu mengikuti pelaku utamanya¹⁶⁹.

2. Actio libera in causa, qui peccat ebrius, luat sobrius

Berdasarkan ilmu kedokteran, keadaan mabuk merupakan intoksikasi fungsi otak. Minuman keras mengakibatkan psikosa akut yang dicirikan oleh kondisi psikis yang membawa akibat tidak ada atau berkurangnya pertanggungjawaban¹⁷⁰. Hal ini hanya dimungkinkan jika seseorang tanpa sepengetahuannya dibuat mabuk, namun seseorang yang secara sadar mengonsumsi minuman keras atau narkoba dan dalam keadaan tidak sadarkan diri melakukan suatu perbuatan pidana, tidaklah dapat dijadikan alasan pemaaf. Di sini berlaku **actio libera in causa, qui peccat ebrius, luat sobrius**. Artinya, keadaan tidak sadarkan diri karena buatan, biarkanlah orang mabuk yang melanggar hukum dan dihukum ketika ia sadar¹⁷¹.

3. Actori in cumbit probatio

Asas ini dikenal dalam hukum pembuktian perdata. **Actori in cumbit probatio** mengandung makna siapa yang menggugat dialah yang wajib membuktikan. Asas ini secara eksplisit diatur dalam Pasal 163 *Herzine Indische Reglement*, Pasal 283 *Reglement op de Burgelijke* dan Pasal 1865 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyebutkan bahwa yang diembani kewajiban untuk membuktikan adalah pihak yang mendalilkan bahwa ia mempunyai sesuatu hak atau untuk mengukuhkan haknya sendiri maupun membantah suatu hak orang lain yang menunjuk pada suatu peristiwa.

Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat : beban pembuktian ada pada orang yang menggugat, bukan yang tergugat, **probandi**

169 Eddy O.S Hiariej, Prinsip-Prinsip Hukum Pidana, Op.Cit., hlm. 351 – 354.

170 Jan Rimmelink, Op.Cit., hlm. 224.

171 Eddy O.S Hiariej, Op.Cit., hlm. 262.

necessitas incumbit illi qui agit (beban pembuktian dilimpahkan kepada penggugat) dan ***semper necessitas probandi incumbit ei qui agit*** (beban pembuktian selalu dilimpahkan pada penggugat) . Ada beberapa postulat lain yang juga berkaitan adalah : ***Pertama, affirmanti, non neganti, incumbit probatio***. Artinya, pembuktian bersifat wajib bagi yang mengiakan bukan yang menyangkal. ***Kedua, affirmantis est probare*** yang berarti orang yang mengiakan harus membuktikan. ***Ketiga, reo negate actori incumbit probatio***. Artinya, jika tergugat tidak mengakui gugatan, maka penggugat harus membuktikan.

4. **Actori incumbit onus probandi, actore non probante, reus absolvitur**

Asas ***actori incumbit onus probandi*** dikenal dalam hukum pembuktian pidana. Artinya, siapa yang menuntut dialah yang wajib membuktikan. Dalam konteks hukum pidana yang melakukan penuntutan adalah jaksa penuntut umum sehingga jaksa penuntut umumlah yang diwajibkan membuktikan kesalahan terdakwa. Lanjutan dari asas tersebut adalah ***actore non probante, reus absolvitur*** yang berarti jika tidak dapat dibuktikan, terdakwa harus dibebaskan. Tegasnya, jika jaksa penuntut umum dalam perkara pidana tidak dapat membuktikan kesalahan terdakwa (***actore non probante***), maka terdakwa harus diputus bebas (***reus absolvitur***). Postulat lain yang berkaitan adalah ***in genere quicumque aliquid dicit, sive actor sive reus, necesse est ut probat*** yang berarti secara umum, siapapun yang membuat tuduhan, baik itu penggugat ataupun tergugat, harus membuktikannya. Putusan hakim dalam perkara pidana terdapat tiga kemungkinan: ***Pertama***, terdakwa diputus bersalah dan dijatuhi pidana jika dakwaan jaksa penuntut umum terbukti secara sah dan meyakinkan.

Kedua, terdakwa akan diputus bebas (***vrijspraak***), jika jaksa penuntut umum tidak berhasil membuktikan secara sah dan meyakinkan bahwa terdakwa telah melakukan suatu tindak pidana. Di sini unsur-unsur suatu tindak pidana yang didakwakan jaksa penuntut umum kepada

terdakwa tidak terbukti secara sah dan meyakinkan. *Ketiga*, terdakwa diputus lepas dari segala tuntutan hukum (*onslag van rechtsvervolging*) jika perbuatan yang didakwakan terbukti tetapi perbuatan tersebut bukanlah perbuatan pidana. Dalam hal putusan lepas dari segala tuntutan hukum, terdapat alasan penghapus pidana, apakah alasan pbenar atautkah alasan pemaaf. Alasan pbenar berarti sifat melawan hukumnya perbuatan ditiadakan, sedangkan alasan pemaaf berarti sifat dapat dicelanya pelaku yang diabaikan.

5. Actor sequitur forum rei

Secara harafiah postulat ini berarti gugatan diajukan di tempat tinggal tergugat. Postulat ini dapakai dalam hukum acara perdata, khususnya terkait pengadilan mana yang hendak mengadili suatu perkara perdata. Secara eksplisit asas ini diatur Pasal 163 *Herzine Indische Reglement* (HIR) yang menyatakan bahwa gugatan dilakukan di tempat tinggal tergugat. Kendatipun demikian, asas ini tidak serta merta berlaku jika diperjanjikan lain oleh para pihak yang melakukan hubungan hukum. Biasanya dalam suatu perjanjian ada ketentuan yang menyatakan bilamana terjadi sengketa akan diselesaikan di pengadilan yang telah disepakati dalam perjanjian tersebut. Jika tidak terdapat ketentuan mengenai penyelesaian sengketa di pengadilan tertentu, maka berlakulah asas ini. Artinya, asas ini bersifat fakultatif.

Dalam hukum administrasi negara, khususnya berkaitan dengan gugatan di Pengadilan Tata Usaha Negara, asas ini juga berlaku. Perbedaan prinsip asas ini dalam hukum acara perdata dan hukum acara tata usaha negara adalah mengenai sifatnya. Jika asas ini dalam hukum acara perdata bersifat fakultatif, maka dalam hukum acara tata usaha negara, asas ini bersifat imperatif. Artinya, gugatan diajukan ditempat tinggal tergugat yang dalam hal ini adalah pemerintah atau negara. Hal ini karena dalam hukum acara perdata kedudukan para pihak seimbang atau setara. Berbeda dengan hukum acara tata usaha negara yang mana kedudukan tidak seimbang antara penggugat dan tergugat yang adalah pemerintah atau negara.

6. Actus dei nemini facit injuriam

Asas **actus dei nemini facit injuriam** berarti tidak seorang pun dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian akibat kecelakaan yang tidak dapat dihindari. Asas ini merupakan asas hukum umum. Bila suatu kerugian yang ditimbulkan akibat kecelakaan yang tidak dapat dihindari seperti adanya bencana alam berupa banjir, gempa bumi, gunung meletus, maka keadaan-keadaan yang demikian tidak perlu dibuktikan. Bencana alam yang demikian dianggap sebagai *notoir feiten* atau peristiwa alamiah yang tidak perlu dibuktikan. Postulat lain yang mirip dengan ini adalah **ad vim majorem vel ad casus fortuitos non tenetur quis, nisi sua culpa intervenerit**. Artinya, tidak ada seorang pun yang diwajibkan untuk bertanggung jawab atas akibat dari kecelakaan atau keadaan di luar kendali kecuali ia yang menyebabkan.

7. Actus non facit reum nisi mens sit rea

Dalam *Black Law Dictionary* asas ini tertulis **actus non reum facit nisi mens sit rea**¹⁷². Secara harafiah asas tersebut berarti suatu perbuatan tak dapat menjadikan seseorang bersalah bilamana maksudnya tak bersalah. Biasanya asas ini disebut “tiada piana tanpa kesalahan” atau *geen straf zonder schuld* (Belanda) atau *keine strafe ohne schuld* (Jerman). Dalam beberapa literatur asas ini disingkat *actus reus mens rea*. Asas ini merupakan dasar dari pertanggungjawaban pidana dan tidak ditemukan dalam undang-undang.

Ada juga postulat lain yang berbunyi **nemo punitur sine injuria, facto, seu defalta**. Artinya, tidak ada seorang pun yang dihukum kecuali ia telah berbuat salah. Kedua asas ini mempunyai sejarah yang dimulai dari aliran klasik dalam hukum pidana bahwa hukum pidana hanya melihat pada perbuatan dan akibatnya saja atau yang disebut *tatstrafrecht*. Dalam perkembangannya, hukum pidana aliran modern

172 Bryan A. Garner, 1999, *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group, St. Paul, Minn., Hlm. 1616.

mulai menitikberatkan pada orangnya atau pelaku yang dikenal dengan istilah *taterstrafrecht* namun tidak meninggalkan *tatstrafrecht*. Dewasa ini atau aliran neo-klasik, hukum pidana berorientasi pada perbuatan, akibat dan orang atau pelakunya, yang dikenal dengan istilah *tat-taterstrafrecht* atau *daad-daderstrafrecht*.

Hukum pidana memisahkan antara karakteristik perbuatan yang dijadikan tindak pidana dan karakteristik orang yang melakukan.

George P. Fletcher secara lengkap menyatakan :

We distinguish between characteristics of the act (wrongful, criminal) and characteristics of the actor (insane, infant). Indeed, the Model Penal Code builds on this distinction by defining insanity as a state of non responsibility involving, in part, the absence of "substantial capacity to appreciate the wrongfulness" of the criminal act. This definition would not be coherent unless the issue of responsibility were separable from the issues of wrongfulness; if non-responsible acts were not wrongful, it would not make sense to say that insane actor did not appreciate the wrongfulness of his act"¹⁷³

Orang yang melakukan perbuatan pidana belum tentu dijatuhi pidana, tergantung apakah orang tersebut dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana ataukah tidak. Sebaliknya, seseorang yang dijatuhi pidana, sudah pasti telah melakukan perbuatan pidana dan dapat dipertanggungjawabkan. Elemen terpenting dari pertanggungjawaban pidana adalah kesalahan.

8. Ad officium justiciariorum spectat unicuique coram eis placitanti justitiam exhibere

Arti dari adagium ini adalah tugas penegak hukum untuk memberikan

¹⁷³ George P. Fletcher, 2000, Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, hlm. 455.

keadilan bagi siapa pun yang memohon. Hal ini mengandung kedalaman makna bahwa setiap orang sama dan sederajat di depan hukum. Oleh karena itu, aparat penegak hukum harus memberikan keadilan kepada siapapun tanpa diskriminasi atas haknya yang dilanggar oleh pihak lain.

9. *Aedificia solo cedunt*

Dalam hukum perdata tidak dikenal pemisahan antara tanah dan bangunan yang berada di atasnya. Hal ini merujuk pada asas ***aedificia solo cedunt*** yang berarti bangunan termasuk dengan tanahnya. Konsep ini berbeda dengan hukum adat yang mengenal asas pemisahan horizontal. Artinya, kepemilikan tanah bisa berbeda dengan kepemilikan bangunan yang ada di atas tanah tersebut.

10. *Aequitas sequitur legem*

Antara hukum dan keadilan tidaklah dapat dipisahkan. Pada dasarnya tujuan etis hukum adalah untuk mencapai keadilan. ***Jus respicit aequitatem*** : hukum memihak kepada keadilan. Tujuan etis hukum yang dikemukakan oleh **Geny** berdasarkan adagium yang lahir dari mazhab hukum alam ***mihi lex esse von videtur, quae justa non fuerit*** : Sesuatu yang tidak adil bukanlah hukum. Kendatipun demikian, dalam paham legisme yang tidak mengenal hukum di luar undang-undang, melihat bahwa keadilan adalah apa yang tertuang dalam undang-undang. Artinya, keadilan mengikuti hukum atau ***aequitas sequitur legem***.

11. *Aequum et bonum est lex legume*

Tugas kaedah hukum adalah melaksanakan keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Keadilan adalah nilai dasar, kemanfaatan adalah nilai praktis dan kepastian adalah nilai instrument. Kendatipun demikian, antara keadilan dan kemanfaatan di satu sisi acap kali bertentangan dengan kepastian hukum. Jika terjadi pertentangan

antara keadilan – kemanfaatan dengan kepastian hukum, maka yang harus didahulukan adalah keadilan – kemanfaatan. Hal ini didasarkan pada *old maxim* bahwa apa yang dianggap adil dan baik adalah hukumnya hukum atau ***aequum et bonum est lex legume***.

12. **Affectio tua nomen imponit operi tuo**

Dalam hukum pidana salah satu corak kesengajaan adalah kesengajaan sebagai maksud atau *opzet als oogmerk*. Artinya, kesengajaan untuk mencapai suatu tujuan sehingga antara motivasi, niat, perbuatan dan akibat haruslah terwujud. Dalam konteks ini berlaku asas ***affectio tua nomen imponit operi tuo*** yang berarti motivasi seseorang sangat mempengaruhi perbuatannya.

13. **Affectus punitur licet non sequatur effectus**

Berkaitan dengan kesengajaan, dalam teori hukum pidana ada yang dikenal dengan *aberratio actus*. Artinya, kekeliruan yang timbul karena berbagai hal sehingga akibat yang timbul, berbeda atau berlainan dari yang dikehendaki¹⁷⁴. Contohnya, ketika A hendak membunuh B dengan cara menembakkan peluru yang ada pada senjata apinya, namun saat peluru tersebut ditembakkan, B berhasil menghindar dan mengenai C. Terhadap A tetap dijatuhi pidana meskipun tidak menghendaki kematian C. Dalam beberapa literatur ada yang menyebut contoh yang demikian sebagai *transferred malice* atau disebut juga sebagai *transferred mens rea*¹⁷⁵. Dasar penjatuhan pidana terhadap A adalah asas ***affectus punitur licet non sequatur effectus*** yang berarti kesengajaan dapat dihukum walaupun kehendak atau tujuannya tidak tercapai.

174 D. Simons, Op.Cit., hlm. 261.

175 Routledge, 2011, Criminal Law, Routledge Taylor & Francis Group, London And New York, hlm. 19.

14. Animus ad se omne jus ducit

Masih berkaitan dengan kesengajaan, dalam teori hukum pidana dikenal berbagai macam corak kesengajaan dan jenis kesengajaan. Oleh karena itu, untuk menentukan corak atau jenis kesengajaan, tidaklah terlepas dari kasus konkrit. Dalam konteks ini berlaku adagium ***animus ad se omne jus ducit***. Artinya, hukum pidana akan melihat unsur kesengajaan berdasarkan kasus per kasus. Adagium lain yang berkaitan dengan hal ini adalah ***animus hominis est anima scripti*** yang berarti kesengajaan seseorang merupakan inti perbuatan. Ada juga adagium yang berbunyi ***in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*** yang berarti kesengajaan lebih diperhitungkan bila dibandingkan dengan kejadiannya atau fakta yang sesungguhnya.

15. Apices juris non sunt jura

Bukanlah suatu asas atau postulat melainkan suatu adagium atau semboyan yang berarti hukum yang lemah bukanlah hukum. Makna dari adagium ini, hukum harus menjadi panglima dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Hukum harus kuat dan ditegakkan tanpa diskriminasi.

16. Audi et alteram partem

Secara harafiah asas ini berarti mendengar para pihak. Postulat ini dikenal dalam hukum acara perdata yang mengandung kedalaman makna bahwa hakim dalam mengadili harus mendengar kedua belah pihak, baik penggugat maupun tergugat. Konsekuensi dari asas ini, hakim dalam pemeriksaan perkara perdata di pengadilan – khususnya terkait pembuktian – harus memberikan kesempatan yang sama dan adil kepada penggugat untuk membuktikan dalilnya dan kesempatan yang sama serta adil pula diberikan kepada tergugat untuk menyanggah atau membantah dalil penggugat. Berdasarkan asas inilah, **Milton C. Jacobs** menyatakan, “*general rules of evidence*

are the same in equity as law"¹⁷⁶.

17. Aut dedere aut judicare

Dalam hukum pidana internasional terdapat banyak asas. Ada asas hukum pidana internasional yang bersumber dari hukum pidana dan ada asas hukum pidana internasional yang bersumber dari hukum internasional. Salah satu asas hukum pidana internasional yang bersumber dari hukum internasional adalah asas *aut dedere aut judicare*. **Cherif Bassiouni** menyatakan asas ini berarti setiap negara berkewajiban menuntut dan mengadili pelaku kejahatan internasional serta berkewajiban melakukan kerjasama dengan negara lain dalam rangka menahan, menuntut dan mengadili pelaku kejahatan internasional¹⁷⁷.

Sangat mungkin kejahatan yang terjadi di suatu negara menurut hukum internasional dikualifikasikan sebagai kejahatan internasional, padahal negara di mana terjadi kejahatan tersebut menurut hukum nasionalnya bukan merupakan suatu kejahatan atau belum diatur oleh hukum nasional negara yang bersangkutan. Jika terjadi demikian, negara tersebut tidak dapat menuntut atau mengadili pelaku kejahatan internasional tersebut, namun berkewajiban untuk melakukan penahanan dan diteruskan dengan ekstradisi terhadap negara yang meminta sebagai wujud kerjasama dengan negara lain dalam rangka menegakkan hukum pidana internasional. Disinilah arti penting dari asas *aut dedere aut judicare*.

18. Aut dedere aut punere

Asas hukum pidana internasional lainnya yang bersumber dari hukum

176 Achmad Ali Dan Wiwie Heryani, 2012, Asas-Asas Hukum Pembuktian Perdata, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 61.

177 M. Cherif Bassiouni, 2003, Introduction To International Criminal Law, Transnational Publisher, Inc. Ardsley New York, hlm. 8.

internasional adalah asas *aut dedere aut punere* yang diciptakan oleh **Hugo de Groot**. Artinya, pelaku kejahatan internasional diadili menurut hukum tempat di mana ia melakukan kejahatan. Dengan kata lain, pelaku kejahatan internasional diadili sesuai dengan *locus delicti*. Asas ini bersumber dari asas *universal* dalam hukum pidana yang pada intinya menyatakan bahwa setiap negara berhak menuntut dan menghukum pelaku kejahatan internasional. Akan tetapi jika seorang pelaku kejahatan internasional telah dihukum oleh suatu negara maka negara lain tidak boleh menghukumnya kembali dalam kasus yang sama.

19. Bonafides

Dalam hukum Romawi, *bonafides* diterjemahkan sebagai itikad baik atau *good faith* dalam bahasa Inggris dan *te goede trouw* dalam bahasa Belanda. Pada awalnya asas itikad baik merupakan postulat dalam hukum perdata. Secara *expressive verbis* dalam Pasal 1338 KUHPerdata menyatakan bahwa persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik. Perihal itikad baik itu sendiri, **Siti Ismijatie Jenie** menyatakan bahwa dalam pengertian subjektif itikad baik adalah kejujuran, sedangkan itikad baik dalam pengertian objektif adalah kepatutan¹⁷⁸. Dalam perkembangan lebih lanjut, asas itikad baik tidak lagi merupakan postulat dalam hukum perdata, melainkan asas hukum umum.

Itikad baik dalam hukum pidana terdapat dalam alasan pemaaf berupa perintah jabatan yang tidak sah. Seseorang dikatakan melakukan perintah jabatan yang tidak sah jika memenuhi syarat subjektif dan syarat objektif. Syarat subjektif adalah bahwa dalam batin orang yang menerima perintah harus mengira bahwa perintah tersebut adalah

178 Siti Ismijatie Jenie, 2007, Itikad Baik, Perkembangan Dari Asas Hukum Khusus Menjadi Asas Hukum Umum Di Indonesia, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 10 September 2007, hlm. 3 – 4.

perintah yang sah dan oleh karena itu dilaksanakan dengan itikad baik. Sedangkan syarat objektif adalah bahwa perintah tersebut masih berada dalam lingkungan pekerjaan yang diperintah¹⁷⁹.

Dalam hukum internasional, asas itikad baik merupakan salah satu prinsip yang fundamental. Asas ini mengandung makna bahwa semua kewajiban yang diembani oleh hukum internasional harus dilakukan dengan sebaik-baiknya. Menurut **Oppenheim** sebagaimana yang dikutip oleh **Anthony Aust** bahwa termasuk dalam asas itikad baik ini adalah keadilan yang berarti bahwa kewajiban yang diembani hukum internasional harus dilaksanakan secara adil¹⁸⁰.

Masih berkaitan dengan hukum internasional, khususnya hukum perang, juga berlaku *fides etiam hosti servanda* yang berarti itikad baik harus ditunjukkan walaupun kepada musuh. Kita harus membuka celah untuk berdamai dan mendengarkan apa yang akan disampaikan sehingga dengan demikian akan mudah menjalin hubungan baru seperti perdamaian. Itikad baik lebih di dasarkan pada pertimbangan kemanusiaan.

20. C'est le crime qui fait la honter, et non pas vechafaus

Old maxim ini berarti kejahatan yang membuat malu, bukan hukuman matinya. Hal ini merupakan dasar pembenaran adanya pidana mati. Selain pidana mati merupakan retribusi atau pembalasan, juga dimaksud sebagai penjeraan¹⁸¹. Bahkan, retribusi tidak hanya bagian dari pidana mati, melainkan merupakan kunci utama dalam sistem peradilan pidana, khususnya aliran klasik dalam hukum pidana¹⁸².

179 Moeljatno, Asas-Asas Hukum Pidana, Op.Cit., hlm. 163.

180 Anthony Aust, 2005, Handbook of International Law, Cambridge University Press, hlm. 9

181 Charles L. Black Jr, 1974, Capital Punishment: The Inevitability Of Caprice And Mistake, Second Edition, Augmented, W.W. Norton & Company Inc, New York, hlm. 24.

182 Victor Streib, 2008, Death Penalty In A Nutshell, Third edition, Thomson West, hlm. 10.

Pidana mati diperuntukkan terhadap kejahatan-kejahatan kejam yang dilaksanakan oleh negara sebagai representasi korban bagi para pelaku yang bermoral buruk¹⁸³. Adagium lainnya yang berkaitan dengan pidana mati adalah *crimina morte extinguntur* (kejahatan dapat dimusnahkan dengan hukuman mati), *mors dicitur ultimum supplicium* (hukuman mati adalah hukum terberat) dan *mors omnia solvit* (hukuman mati menyelesaikan perkara).

21. Carcer ad homines custodiendos, non ad puniendos, dari debet

Salah satu sistem pemenjaraan yang terkenal adalah *Pennsylvanian system*. Dinamakan Pennsylvania karena mengikuti liturgi Quaker (sempalan Kristen) di Pennsylvania, Amerika. Sistem ini bertujuan agar narapidana menyesali perbuatannya dan bertobat¹⁸⁴ yang memberlakukan *the most rigid and unremitted solitude*. Selama menjalani pidana, narapidana hanya boleh membaca kitab suci dan tidak melakukan pekerjaan lainnya. Hal ini dianggap sebagai jalan bagi narapidana untuk mendapatkan ‘*pertobatan diri*’ karena dengan bersama-sama dalam diam, menunggu kemunculan *the inner light* (wahyu Illahi)¹⁸⁵. Dalam konteks ini berlaku adagium *carcer ad homines custodiendos, non ad puniendos, dari debet* : pidana penjara ditujukan untuk mengurung narapidana, bukan untuk menghukumnya.

22. Civitas maxima

Dalam beberapa literatur asas *civitas maxima* dikenal dengan istilah asas *imperium romanum* atau asas *roman empire*. Asas ini lahir ketika kekuasaan Romawi mencapai dua pertiga dunia. Postulat ini

183 Karen S. Miller, 2006, *Wrongful Capital Convictions And The Legitimacy Of The Death Penalty*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, hlm. 63.

184 Herman Mannheim, 1955, *Group Problems In Crime And Punishment*, Routledge And Kegan Paul Limited Broadway House, 68 – 74 Carter Lane London, hlm. 173.

185 Jan Rimmelink, *Op.Cit.*, hlm. 467.

adalah asas hukum pidana internasional yang bersumber dari hukum internasional umum yang mengandung arti bahwa hanya ada satu sistem hukum universal yang dianut oleh semua bangsa di dunia dan harus dihormati serta dilaksanakan¹⁸⁶. Bila dikaitkan dengan teori hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional, asas ini sejalan dengan teori monisme yang melihat hukum internasional dan hukum nasional sebagai satu kesatuan sistem dengan menempatkan hukum internasional di atas hukum nasional.

23. *Coactus, attamen voluit*

Dalam hukum pidana salah satu alasan pemaaf yang menghapuskan sifat dapat dicelanya pelaku adalah daya paksa. Secara teoretik, daya paksa ini ada yang bersifat absolut dan ada yang bersifat relatif. ***Coactus, attamen voluit*** bukanlah suatu asas namun lebih pada sebuah doktrin yang berarti pelaku sesungguhnya mewujudkan kehendak bebasnya. Sebagai contoh seorang kasir bank yang ditodong kawanannya perampok dipaksa untuk menyerahkan uang. Di sini, paksaan tersebut sebenarnya dapat dilawan, namun orang yang berada dalam paksaan itu tidak dapat diharapkan bahwa ia akan melakukan perlawanan¹⁸⁷. Artinya, sekalipun dipaksa, kasir bank tersebut tetap mewujudkan kehendak bebasnya untuk menyerahkan uang¹⁸⁸.

24. *Cogitationis peonam nemo patitur*

Hal yang sangat dipentingkan dalam hukum adalah sikap lahir dan bukan sikap batin. Artinya, perbuatan atau perlakuan lahiriah atau yang tampak luar lah yang akan dinilai oleh hukum. Sebaliknya, sesuatu

186 M. Cherif Bassiouni, Op.Cit., hlm. 31

187 Sudarto, 1990, Hukum Pidana I, Yayasan SudartoFakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, hlm.141.

188 Jan Remmelink, Op.Cit., hlm. 227.

yang hanya berada dalam batin seseorang, tidaklah dapat dijerat oleh hukum. Adagium ***cogitationis poenam nemo patitur*** secara harafiah mengandung makna tidak ada seorang pun yang dihukum karena memiliki pemikiran sendiri. Adagium yang sama adalah ***cogitationis poenam nemo meretur*** yang berarti tidak ada seorang pun yang layak dihukum karena memiliki pemikiran sendiri.

25. **Commodum ex injuria sua non habere debet**

Dalam proses perkara pidana, barang atau benda yang berhubungan dengan perkara pidana yang sedang diproses disita oleh negara. Secara garis besar benda atau barang yang disita terdiri dari benda atau barang yang digunakan untuk melakukan kejahatan dan benda atau barang yang merupakan hasil kejahatan. Terkait benda atau barang hasil kejahatan yang disita berlaku postulat ***commodum ex injuria sua non habere debet***. Artinya, pelaku tidak boleh mendapatkan keuntungan apapun dari perbuatan jahatnya. Jika perkara tersebut telah diputus dan mempunyai kekuatan hukum tetap maka nasib barang atau benda yang disita ada tiga kemungkinan. *Pertama*, benda atau barang tersebut dimusnahkan. *Kedua*, benda atau barang tersebut dikembalikan kepada pemiliknya atau yang berhak. *Ketiga*, benda atau barang tersebut dirampas untuk negara.

26. **Conatus quid sit non definitur in jure**

Selalu menjadi perdebatan diantara para ahli pidana terkait delik percobaan. Ada yang menyatakan bahwa delik percobaan adalah *delicta sui generis* atau delik yang berdiri sendiri. Sebaliknya, ada pendapat yang mengatakan bahwa percobaan bukanlah delik yang berdiri sendiri. Hal ini berdasarkan adagium ***conatus quid sit non definitur in jure*** yang berarti percobaan tidak didefinisikan oleh hukum. Adagium tersebut mengandung kedalaman makna bahwa percobaan bukanlah sesuatu yang berdiri sendiri, namun mengikuti kejahatan pokoknya.

27. *Confessio facta in judicio omni probatione major est*

Merupakan asas dalam hukum acara perdata yang berarti pengakuan yang dibuat di hadapan persidangan merupakan bukti. Berdasarkan postulat ini, salah satu alat bukti dalam hukum acara perdata adalah pengakuan para pihak. Dalam hukum acara pidana, istilah ‘pengakuan’ diganti dengan ‘keterangan’, dalam hal ini adalah keterangan terdakwa. Dalam konteks hukum acara pidana ada juga postulat yang menyatakan ***confessus in judicio pro judicato habetur et quodammodo sua sententia damnatur***. Artinya, seseorang yang telah mengakui kesalahannya pada tahap pembacaan dakwaan, dianggap telah diadili dan dijatuhi hukuman.

28. *Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumuenit*

Apa sesungguhnya arti frasa “melawan hukum”, mengingat hal ini tidak pernah ada penjelasan dalam sejarah pembentukan, baik KUH Pidana maupun KUH Perdata. Perkembangan lebih lanjut, frasa melawan hukum dapat dilihat dari beberapa perspektif. *Pertama*, melawan hukum sebagai elemen perbuatan pidana. *Kedua*, arti kata “hukum” dalam frasa “melawan hukum”. *Ketiga*, sifat melawan hukum. Istilah “melawan hukum” itu sendiri bersumber pada postulat ***contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumuenit***. Artinya, seseorang dinyatakan melawan hukum ketika perbuatan yang dilakukan adalah suatu perbuatan yang dilarang oleh hukum.

Berkaitan dengan hal tersebut berlakulah postulat ***in quo quis delinquit, in eo de jure est puniendus***. Artinya, setiap orang yang melakukan perbuatan melawan hukum apapun patut dihukum. Sebab perbuatan seseorang terhadap orang lain tidaklah boleh merugikan (***factum unius alteri nocere non debet***). Kendatipun tidak selamanya suatu perbuatan yang merugikan bersifat melawan hukum. ***Damnum***

sine injuria esse potest (kerugian masih bisa terjadi tanpa adanya perbuatan melawan hukum).

29. **Crimen laesae magestatis omnia alia criminal excedit quoad poenam**

Adagium ini mengandung makna tindakan makar dihukum dengan hukuman terberat dibandingkan dengan kejahatan lain. Adagium ini lahir dari kejahatan-kejahatan yang dilakukan terhadap negara pada masa Kekaisaran Romawi. Beberapa adagium lainnya yang berkaitan dengan kejahatan makar adalah ***felonia implicatur in quolibet proditione*** yang berarti perbuatan makar termasuk tindak pidana yang tergolong berat. Demikian pula adagium ***in alta proditione nullus potest esse accessorius sed principalis solummodo*** : dalam makar, tidak ada istilah pelaku pembantu, semuanya adalah pelaku utama.

Berbagai adagium tersebut memberikan penegasan bahwa makar adalah *delicta sui generis* atau delik khusus. Kendatipun *element of crimes* dari makar yakni niat dan permulaan pelaksanaan sama dengan *element of crimes* dari percobaan, namun dalam penjatuhan sanksi pidana, makar adalah delik selesai. Demikian pula dalam hal permufakatan jahat, penyertaan dan pembantuan, semuanya dihukum sama dengan perbuatan yang selesai dilakukan.

30. **Crimen trahit personam**

Dalam hukum acara pidana, tempat kejadian perkara merupakan hal yang prinsip karena akan membawa kompetensi pengadilan yang akan mengadili kejahatan tersebut. Kompetensi pengadilan yang akan mengadili bersumber dari asas ***crimen trahit personam*** yang berarti tempat di mana kejahatan itu dilakukan, memberikan pengadilan setempat untuk mengadili pelakunya. Hal ini berkaitan dengan kompetensi relatif dari suatu peradilan. Kompetensi relatif ini terdiri dari kompetensi relatif yang positif dan kompetensi relatif yang negatif. Kompetensi relatif yang positif jika lebih dari satu pengadilan merasa

berhak mengadili suatu perkara pidana. Sedangkan kompetensi relatif yang negatif jika tidak ada satupun pengadilan yang merasa berhak mengadili suatu perkara pidana. Adagium lain yang berkasitan dengan hal ini adalah ***debet quis juri subjacere ubi delinquit*** : pelaku kejahatan diadili oleh pengadilan tempat di mana ia melakukan kejahatannya.

31. Cujus est instituere, ejus est abrogare

Selain unsur niat dan permulaan pelaksanaan, dalam delik percobaan terdapat unsur “tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri”. Menurut *Memorie van Toelichting*, unsur ini adalah untuk menjamin tidak akan dipidana orang yang dengan kehendak sendiri, sukarela mengurungkan pelaksanaan kejahatan yang telah dimulai. Hal ini berdasarkan *old maxim* ***cujus est instituere, ejus est abrogare*** : siapa yang memulainya, ia dapat menghentikannya. Secara *a contrario*, seseorang dapat dipidana percobaan jika terhentinya permulaan pelaksanaan karena sesuatu di luar kehendaknya sendiri.

32. Cujus juris est principale, ejusdem juris erit accessorium

Secara harafiah asas ini berarti perkara pelaku pembantu termasuk dalam yurisdiksi yang sama dengan pelaku utamanya. Hal ini terkait pembantuan dalam hukum pidana. Pada hakikatnya tidak akan mungkin ada pembantuan tanpa pelaku utama. Dengan demikian pengadilan di mana pelaku utama diadili, maka di pengadilan yang sama pelaku pembantu diadili. Postulat lain yang berkaitan dengan masalah ini adalah ***juri non est consonum quod aliquis accessories in curia regis vincatur antequam aliquis de facto fuerit attinctus***. Artinya, pelaku pembantu tidak boleh diadili sebelum pelaku utama terbukti bersalah. Demikian pula postulat ***non est consonum rationi quod cognition accessorii in curia christianitatis impediatur, ubi cognition causae principalis ad forum ecclesiasticum noscitur pertinere*** yang berarti sangat tidak pantas apabila pelaku pembantu

diadili di pengadilan yang berbeda dengan pelaku utamanya.

Masih berkaitan dengan pembantuan, ada juga postulat yang menyatakan seseorang tidak bisa disebut sebagai pelaku pembantu hanya karena ia kenal pelaku utamanya, namun pembantuan harus tahu apa yang ia perbuat dan dengan cara apa membantunya : ***nullus dicitur accessories post feloniam sed ille qui novit principalem feloniam fecisse, et illum receptavit et comfortavit***. Ada juga postulat yang menyatakan, ***nullus dicitur felo principalis nisi actor aut qui praesens est, abettans aut auxilians actorem ad feloniam faciendam***. Artinya, seseorang dapat disebut sebagai pelaku kejahatan ketika ia melakukan kejahatannya, atau ia membantu dan ikut serta melakukan kejahatan. Postulat terakhir adalah ***omne principale trahit ad se accessorium*** : di mana ada pelaku utama, di situ ada pelaku pembantu.

33. Culpae poena par esto

Aliran klasik dalam hukum pidana terletak pada tiga pilar. **Pertama**, asas legalitas. **Kedua**, asas kesalahan dan **ketiga** atau yang terakhir adalah asas pembalasan yang sekuler yang berisi bahwa pidana secara konkret tidak dikenakan dengan maksud untuk mencapai sesuatu hasil yang bermanfaat, melainkan setimpal dengan berat–ringannya perbuatan yang dilakukan¹⁸⁹. Asas pembalasan ini bersumber pada postulat dalam hukum Romawi yang berbunyi ***culpae poena par esto*** : hukuman harus setimpal dengan kejahatannya. Tegasnya, ada hubungan yang erat antara perbuatan pidana dan pemidanaan itu sendiri¹⁹⁰. Postulat lain yang berkaitan dengan pidana sebagai pembalasan adalah ***non alio modo puniatur aliquis, quam***

189 Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, Teori-Teori Dan Kebijakan Pidana, Penerbit Alumni Bandung hlm. 26 – 27.

190 Michael Tonry, 2000, The Handbook Of Crime And Punishment, Oxford University Press, hlm. 21.

secundum quod se habet condemnation. Artinya, seseorang tidak dapat dihukum dengan hukuman yang tidak sesuai dengan perbuatannya. Demikian pula postulat ***quae sunt minoris culpae sunt majoris infamiae*** (kejahatan yang kejam akan dihukum dengan hukuman yang kejam).

34. Delegata potestas non potest delegare

Merupakan asas dalam hukum administrasi yang berarti, pihak yang didelegasikan kekuasaan, tidak bisa mendelegasikan lagi kekuasaannya. Postulat yang sama adalah ***delegatus non potest delegare***. Artinya, seorang delegasi tidak dapat menunjuk orang lain sebagai delegasinya. Postulat ini mengandung kedalaman makna bahwa seorang delegataris atau penerima delegasi, tidak boleh memberikan delegasi kepada pihak lain, kecuali jika delegan atau yang memberikan delegasi, membolehkan delegataris mendelegasikan kepada pihak lain.

35. Destinata tantum pro factis non hebentur

Bukanlah suatu postulat atau adagium, namun lebih pada peribahasa yang berarti maksud baik tidak serta merta membawa kita pada tindakan-tindakan yang baik. Terkadang dalam mencapai suatu tujuan yang baik, orang akan melakukan perbuatan-perbuatan tercela atau yang bertentangan dengan hukum. Oleh karena hukum lebih pada hal-hal yang kasat mata, dalam pengertian realita yang ada, maka maksud baik haruslah diikuti pula dengan tindakan-tindakan yang baik.

36. Errare humanum est, turpe in errore perseverare

Sifat dasar manusia adalah selalu berbuat dosa dan salah. ***Maximus erroris populus magister*** : manusia adalah sumber kesalahan. Dengan demikian kekeliruan yang terjadi dalam perkataan maupun perbuatan setiap orang adalah sesuatu yang manusiawi. Akan tetapi, kesalahan atau kekeliruan tersebut tidaklah boleh dipertahankan

melainkan harus diperbaiki. Dalam konteks ini berlaku peribahasa ***errare humanum est, turpe in errore perseverare*** yang berarti membuat kekeliruan adalah sifat manusia, namun tidaklah baik untuk terus mempertahankan kekeliruan itu.

37. Ex aequo et bono

Ex aequo et bono lebih pada suatu peristilahan yang berarti mohon putusan yang seadil-adilnya. Dalam gugatan perkara perdata, maupun dalam suatu permohonan di pengadilan – termasuk permohonan uji materiil di Mahkamah Konstitusi – selain petitum yang diajukan oleh penggugat atau pemohon, pada bagian akhir petitum biasanya tertulis ***ex aequo et bono***. Peristilahan ini mengandung kedalaman makna, jika hakim tidak mengabulkan petitum yang diajukan oleh penggugat atau pemohon, maka mohon putusan yang seadil-adilnya. Tugas hakim adalah mengadili dengan adil dan baik sebagaimana postulat yang menyatakan ***bonus iudex secundum aequum et bonum iudicat, et aequitatem stricto juri praefert***. Artinya, hakim yang baik adalah ia yang mengadili dengan adil dan baik serta memihak pada keadilan dari pada hukum yang keras.

Demikian juga beberapa postulat lainnya yang mendukung hal ini: ***discretio est discernere per legem quid sit justum*** (keputusan yang dibuat melalui hukum harus adil), ***discretio est scire per legem quid sit justum*** (sebuah putusan mewakili keadilan menurut hukum), ***iudex aequitatem semper spectare debet*** (hakim harus selalu mempertimbangkan keadilan), ***iudex ante oculos aequitatem semper habere debet*** (hakim harus selalu berfikir adil) dan ***iudex bonus nihil ex arbitrio suo faciat nec propositione domesticae voluntatis, sed juxta leges et jura pronunciet*** (seorang hakim tidak boleh mengadili sesuai dengan keinginan ataupun preferensinya sendiri, melainkan harus sesuai dengan hukum dan keadilan).

38. Exceptio non adimpleti contractus

Tidak dipenuhinya prestasi oleh salah satu pihak sebagai akibat tidak dipenuhinya prestasi oleh pihak lain. Demikianlah makna dari adagium ini. Pada dasarnya **exceptio non adimpleti contractus** adalah suatu tangkisan atau bantahan terhadap gugatan wanprestasi terhadap salah satu pihak terhadap pihak lain, padahal pihak yang melakukan gugatan wanprestasi juga tidak melaksanakan prestasinya.

Asas ini melatarbelakangi ketentuan peraturan hukum konkrit yang terdapat dalam Pasal 1266 dan Pasal 1267 KUHPerdara. Menurut **Fockema Andrae**, **exceptio non adimpleti contractus** adalah sangkalan dalam suatu persetujuan timbal balik yang dikemukakan oleh suatu pihak bahwa pihak lawan juga berada dalam keadaan lalai (*gebreke*) dan dengan demikian tidak dapat menuntut pemenuhan prestasi¹⁹¹. Masih dalam konteks tangkisan atau bantahan, ada juga yang dikenal dengan istilah **ex turpi causa non oritur actio**. Artinya, seorang hakim dapat tidak mengabulkan permohonan penggugat apabila permasalahan yang terjadi disebabkan oleh penggugat sendiri¹⁹².

39. Exceptio firmitatis in casibus non exceptis

Maksud dari asas tersebut adalah bahwa jika penyimpangan terhadap aturan umum dilakukan, maka penyimpangan tersebut harus diartikan secara sempit. Dalam beberapa literatur asas ini biasanya disingkat **exceptio firmitatis regulam**. Asas ini merupakan salah satu prinsip dalam penemuan hukum. Sebagai misal, perkembangan hukum di Indonesia banyak melahirkan sejumlah undang-undang di luar kodifikasi. Acap kali undang-undang tersebut memuat aturan yang

191 Fockema Andrae, 1983, Kamus Istilah Hukum Belanda-Indonesia, Bina Cipta, Bandung., hlm. 127.

192 Graham Virgo, 2016, The Principles of the Law of Restitution, Third Edition, Oxford University Press, hlm. 709.

menyimpang dari aturan umum baik secara materiil maupun formil. Jika terjadi demikian, maka penyimpangan tersebut harus diartikan secara sempit dalam pengertian khusus terhadap hasil-hal yang diatur dalam undang-undang tersebut.

40. *Exceptio plurium litis consortium*

Tangkisan atau bantahan atas dasar ada perkara yang sedang diperiksa di pengadilan dan belum diputus. Demikian arti dari ***exceptio plurium litis consortium***. Ada juga yang mengartikan bahwa pihak tergugat ingin menarik pihak lain atau pihak ketiga dalam perkara yang sedang ditangani. ***Exceptio plurium litis consortium*** bukanlah suatu asas atau postulat. Bukan juga suatu *old maxim* atau adagium, namun lebih pada istilah yang dikenal dalam hukum acara perdata atau hukum acara tata usaha negara.

41. *Fiat justitia et pereat mundus*

Penegakkan hukum harus dilakukan tanpa terpengaruh oleh intervensi dari siapa pun dan dari mana pun. Hukum hanya mengabdikan pada hukum itu sendiri. Oleh karena itu, dalam penegakkan hukum, tidak hanya substansi dari hukum itu sendiri, namun juga profesionalisme aparat penegak hukum, termasuk sarana dan prasarana. Terkadang dalam penegakkan hukum terjadi benturan dengan berbagai kepentingan, seperti kepentingan politik, kepentingan ekonomi dan kepentingan lainnya. Namun demikian, hukum harus tetap ditegakkan apapun risiko yang dihadapi. Dalam konteks ini berlakukannya peribahasa ***fiat justitia et pereat mundus*** yang berarti meskipun langit runtuh, hukum harus ditegakkan. *Old maxim* yang sama adalah ***fiat justitia ruat caelum*** (keadilan harus dilakukan meskipun langit dapat jatuh).

42. *Furiosi nulla voluntas est*

Pertanggungjawaban dalam hukum pada dasarnya dapat dimintakan kepada setiap orang. Akan tetapi terhadap mereka yang gila atau

sakit jiwa tidaklah dapat dimintakan pertanggungjawaban. Orang dengan gangguan jiwa, tidak sah menandatangani sebuah komitmen. Demikian pula dalam hukum pidana, harus ada unsur penting dalam pertanggungjawaban berupa pikiran yang patut disalahkan dan kondisi seperti itu tidak dapat secara adil diperhitungkan kepada orang gila sebab mereka berada dibawah ketidakmampuan alami untuk membedakan antara yang baik dan yang buruk. Dalam konteks ini berlaku **postulat furiosi nulla voluntas est** yang mengandung makna bahwa seseorang yang gila atau sakit jiwa tidak memiliki kehendak. Oleh sebab itu, orang gila tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana dan tidak pula dijatuhi pidana. **Furiosus solo furore punitur** (orang gila akan dihukum dengan penyakit jiwa itu sendiri).

43. Ignorantia leges excusat neminem

Merupakan suatu postulat yang berarti ketidaktahuan akan hukum bukan merupakan alasan pemaaf. Mengapa demikian ? Hal ini sangat erat terkait dengan asas hukum umum lainnya yang berbunyi **nemo ius ignorare consetur**. Artinya, setiap orang dianggap tahu akan undang-undang (*iedereen wordt geacht de wet te kennen*). Asas ini juga dikenal dengan istilah **fictie** hukum. Prinsip hukum ini menyatakan bahwa orang yang tidak mengetahui hukum, tidak luput dari tanggung jawab. Postulat yang berkaitan dengan hal ini adalah yang dikemukakan **Aristoteles**, **nemo consetur ignorare legem** : tidak ada yang dianggap bodoh dengan hukum atau **ignorantia iuris nocet** : tidak mengetahui hukum itu berbahaya.

Beberapa postulat lain yang berkaitan erat dengan postulat tersebut adalah **ignorantia facti excusat**, **ignorantia juris non excusat** yang berarti ketidaktahuan terhadap kejadian dapat dimaafkan, namun ketidaktahuan hukum, tidak dapat dimaafkan. Demikian pula postulat yang menyatakan **ignorantia juris non excusat** (ketidaktahuan akan hukum bukan alasan), **ignorantia juris quod quisque scire tenetur neminem excusat** (ketidaktahuan akan hukum, dimana seharusnya

semua orang dianggap tahu, bukan alasan), *ignorantia eorum quae quis scire tenetur non excusat* (ketidaktahuan terhadap hal – hal yang seharusnya diketahui bukan alasan) dan *ignorantia excusatur non juris sed facti* (ketidaktahuan terhadap kejadian dapat dimaafkan, namun tidak demikian dengan ketidaktahuan terhadap hukum).

Dasar filosofi dari berbagai postulat tersebut adalah jika ketidaktahuan hukum adalah alasan seseorang yang didakwa karena pelanggaran pidana atau digugat karena pelanggaran perdata hanya akan mengklaim bahwa dia tidak mengetahui hukum untuk menghindari pertanggungjawaban. Dengan demikian postulat ini mengimplikasikan bahwa pengetahuan tentang semua undang-undang kepada semua orang dalam suatu yurisdiksi baik bersifat sementara maupun selamanya. Bila dirujuk lebih jauh, postulat ini berasal dari Alkitab dalam Imamat 5:17 yang menyatakan bahwa “*Jika seseorang berdosa dan melakukan apa yang dilarang dalam perintah Tuhan, meskipun dia tidak mengetahuinya, dia bersalah dan akan bertanggung jawab*”.

Penjelasan lain terhadap postulat ini juga ditemukan dalam filsafat orang-orang Yunani dan Romawi. Postulat ini dipengaruhi oleh sistem hukum adat. Dalam sistem ini, hukum dipelajari ketika seseorang berpartisipasi dalam budaya dan adat istiadat masyarakat. Oleh karena itu tidak masuk akal untuk mempercayai bahwa seseorang tidak mengetahui hukum. Hukum dan adat istiadat ini juga terjalin dengan dialog etis dan agama sehingga hukum menyatakan apa yang benar dan mana yang tidak. **Cicero** menyatakan di *De republica* (*On The Republic*) : “*ada hukum yang benar, alasan yang benar, dapat diterima oleh alam, diketahui oleh semua orang, konstan dan abadi, yang menyerukan kewajiban ajarannya, menghalangi kejahatan dengan larangannya*”.

Kendatipun demikian dalam hukum pidana ada yang dikenal dengan

istilah *rechtsdwaling* atau kesesatan hukum atau *error juris*¹⁹³ yaitu suatu perbuatan dengan perkiraan hal itu tidak dilarang oleh undang-undang. Kesesatan hukum ini dibedakan menjadi kesesatan hukum yang dapat dimengerti dan kesesatan hukum yang tidak dapat dimengerti. Kedua kesesatan hukum ini merujuk pada tingkat pengetahuan dan latar belakang yang objektif dari pelaku. Contohnya, seseorang yang berasal dari pedalaman dan pertama kali ke kota, kemudian mengendarai sepeda motor tanpa menggunakan helm karena tidak tahu ada peraturan yang mewajibkan penggunaan helm, maka kesesatan hukum demikian termasuk dalam kesesatan hukum yang dapat dimengerti. Konsekuensi lebih lanjut dari kesesatan hukum yang dapat dimengerti, dapat tidak dipertanggungjawabkan secara pidana. Namun sebaliknya, kesesatan hukum yang dilakukan oleh orang yang berlatar belakang pendidikan memadai, termasuk dalam kesesatan yang tidak dapat dimengerti dan dapat dijatuhi pidana¹⁹⁴.

44. *Ignoscitur ei qui sanguinem suum qualiter redemptum voluit*

Salah satu alasan penghapusan pidana adalah alasan pemaaf. Hakikat alasan pemaaf adalah menghapuskan sifat dapat dicelanya pelaku. Ada beberapa alasan pemaaf, antara lain daya paksa. Secara garis besar, daya paksa ini terdiri dari daya paksa absolut, daya paksa relatif dan keadaan darurat. Daya paksa yang relatif juga disebut sebagai *vis compulsiva* dalam arti sempit atau karena paksaan psikis¹⁹⁵ atau *contrainte morale*¹⁹⁶. Seperti contoh di atas, seorang kasir bank yang ditodong perampok dan diminta untuk menyerahkan uang. Kasir bank tersebut terpaksa menyerahkan uang karena takut akan kehilangan nyawanya. Dalam keadaan demikian juga berlaku adagium ***ignoscitur***

193 Hazewinkel Suringa, 1953, *Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlandse Strafrecht*, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. - Haarlem, hlm 102.

194 Eddy O.S Hiariej, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Op.Cit., hlm 170-171.

195 Loc.cit. Bandingkan dengan Sudarto, Op.Cit., hlm. 142.

196 Jan Remmelink, loc.Cit.

ei qui sanguinem suum qualiter redemptum voluit : apapun yang dilakukan oleh seseorang karena ketakutan akan kehilangan hidupnya, tidak akan dihukum.

45. Imperitia culpae annumeratur.

Adagium ini berarti kealpaan adalah kesalahan. Dalam hukum pidana. Hubungan antara sikap batin dan perbuatan yang dilakukan melahirkan dua bentuk kesalahan yaitu kesengajaan dan kelapaaan. Ada beberapa postulat lainnya terkait kealpaan. ***Imperitia est maxima mechanicorum poena***. Artinya, kealpaan memiliki mekanisme pidana terbaik, meskipun dapat membuat seseorang dituntut pertanggungjawabannya. Kealpaan merupakan bentuk kesalahan yang lebih ringan dari pada kesengajaan, tetapi tidak berarti bahwa kealpaan adalah kesengajaan yang ringan. Oleh karena dalam penghukuman, kealpaan lebih ringan dari pada kesengajaan:

Postulat lain yang berkaitan dengan kealpaan adalah ***negligentia semper habet infortuniam comitem*** yang berarti kealpaan selalu membawa kemalangan kepada orang lain. Postulat ini dalam *Memorie van Toelichting* memandang kealpaan semata-mata pengecualian kesengajaan sebagai tindakan umum dan adanya keadaan yang sedemikian membahayakan keamanan orang atau barang atau mendatangkan kerugian terhadap seseorang yang sedemikian besarnya dan tidak dapat diperbaiki lagi, sehingga undang-undang juga bertindak terhadap kurang penghati-hatian, sikap sembrono atau sikap teledor¹⁹⁷.

Remmelink berpendapat bahwa sengaja dan alpa merupakan dua kutub yang berseberangan. Pelaku yang “sengaja” menghendaki akibat yang diancamkan pidana, sedangkan pelaku yang “alpa” tidak menghendaki akibat yang dianggap tidak pantas oleh perundang-

197 Jan Remmelink, Op.Cit., hlm.175.

undangan. Kealpaan yang berhadapan dengan kesengajaan bukanlah merupakan *minus* dalam pengertian sesuatu yang lebih ringan, namun merupakan *aliud* atau sesuatu yang berbeda. Kesengajaan diarahkan secara positif pada akibat, sedangkan kealpaan justru sebaliknya. Dalam hal ini berlakulah adagium ***culpa dolo exonerat*** yang berarti ketidakhati-hatian membebaskan seseorang dari *dolus*¹⁹⁸.

46. In casu extremae necessitates omnia sunt communia

Seperti yang telah diutarakan di atas bahwa salah satu alasan penghapus pidana adalah keadaan darurat atau keadaan terpaksa. Banyak postulat terkait keadaan terpaksa atau keadaan darurat yang kemudian membenarkan perbuatan yang tadinya perbuatan pidana menjadi bukan perbuatan pidana. Dengan kata lain, perbuatan yang dilakukan dalam keadaan darurat atau keadaan terpaksa akan menghapuskan sifat melawan hukum dari perbuatan tersebut. Beberapa postulat terkait keadaan terpaksa ini adalah : ***in casu extremae necessitates omnia sunt communia*** : dalam keadaan terpaksa, tindakan yang diambil dipandang perlu. Ada juga postulat yang menyatakan ***necessitas excusat aut extenuate delictum in capitalibus, quod non operator idem in civilibus***. Artinya, pembelaan terpaksa membebaskan seseorang dari hukuman namun tidak demikian dalam perkara perdata.

Pustulat lain yang berkaitan dengan keadaan terpaksa adalah ***necessitas facit licitum quod alias non est licitum***. Artinya, keadaan terpaksa memperbolehkan apa yang tadinya dilarang oleh hukum¹⁹⁹. ***Necessitas non hebet legem*** atau *not kennt kein gebot* atau keadaan darurat tidak mengenal larangan. ***Necessitas quod cogit defendit*** : keadaan terpaksa melindungi apa yang harus diperbuat. ***Necessitas sub lege non continetur, quia quod alias non est licitum necessitas facit licitum*** yang berarti keadaan terpaksa tidak ditahan oleh hukum,

198 Ibid, hlm. 178 – 179.

199 Ibid., hlm. 255.

perbuatan yang dilarang oleh hukum, namun dilakukan dalam keadaan terpaksa maka perbuatan tersebut dianggap sah. ***Quod alias non fuit licitum necessitas licitum facit***. Artinya, keadaan terpaksa memperbolehkan apa yang tadinya dilarang oleh hukum. Berbagai postulat tersebut menurut filsuf Jerman, **Immanuel Kant** berasal dari hukum kanonik bahwa dalam pandangan hukum alam, perbuatan yang dilakukan dalam keadaan terpaksa atau keadaan darurat dianggap tercakup dalam hukum.

47. Id damnum dat qui iubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parrere necesse sit.

Demikian suatu postulat yang berkaitan dengan perintah jabatan, baik dalam konteks hukum administrasi maupun dalam konteks hukum pidana. Asas tersebut berarti pertanggungjawaban tidak akan diminta terhadap mereka yang patuh melaksanakan perintah melainkan akan diminta kepada pihak yang memberikan perintah²⁰⁰. Postulat ini berasal dari hukum Romawi yang sama tuanya ketika berbicara mengenai kekuasaan negara. Dalam peraturan hukum konkrit, postulat ini diejawantahkan dalam KUHP yang berlaku universal di seluruh dunia sebagai perintah jabatan yang merupakan alasan pembenar. Dalam KUHP Indonesia, asas ini terkandung dalam Pasal 51 ayat (1) KUHP yang menyatakan, "*Barangsiapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang, tidak dipidana*".

48. Impunitas continuum affectum tribuuit delinquendi

Imunitas atau kekebalan dalam hukum pidana pada dasarnya tidak dikenal. Hal ini didasarkan pada postulat ***impunitas continuum affectum tribuuit delinquendi*** yang berarti imunitas yang dimiliki

200 Ibid., hlm. 253.

seseorang membawa kecenderungan kepada orang tersebut untuk melakukan kejahatan. Postulat lain yang berkaitan dengan imunitas adalah ***impunitas semper ad deteriora invitata*** yang berarti imunitas mengundang pelaku untuk melakukan kejahatan yang lebih besar. Kendatipun demikian, imunitas dalam hukum pidana hanya diberikan kepada orang tertentu atas tindak pidana yang dilakukan di luar teritorial negaranya. Artinya, orang tersebut hanya bisa diadili oleh hukum negaranya seperti kepala negara, duta besar dan konsul serta diplomat.

49. ***Incriminalibus, probationes bedent esse luce clariores***

Asas ini hanya dipakai dalam hukum pembuktian pidana yang berarti dalam perkara-perkara pidana, bukti-bukti harus lebih terang dari pada cahaya. Artinya, untuk membuktikan seseorang sebagai pelaku tindak pidana, tidaklah hanya berdasarkan persangkaan semata tetapi bukti-bukti yang ada harus jelas, terang dan akurat dalam rangka meyakinkan hakim untuk menjatuhkan pidana tanpa keraguan sedikit pun. ***Probationes debent esse evidentes, (id est) perspicuae et faciles intelligi*** (bukti harus jelas dan mudah dimengerti). Mengapa demikian ? Hal ini karena dalam hukum pidana yang dicari adalah kebenaran materiil. Ada perbedaan prinsip antara pembuktian dalam perkara perdata dengan perkara pidana.

Dalam perkara perdata, para pihak yang melakukan hubungan hukum keperdataan semaksimal mungkin mengadakan bukti dengan maksud jika di kemudian hari terjadi sengketa maka para pihak akan mengajukan bukti-bukti untuk memperkuat argumentasinya di pengadilan. Sebaliknya, dalam perkara pidana yang terjadi, pelaku selalu berusaha semaksimal mungkin meniadakan bukti atau menghapus jejak atas kejahatan yang dilakukan. Oleh karena itu dalam perkara pidana putusan harus didasarkan pada dakwaan dan bukti serta keyakinan sebagaimana postulat ***judex debet judicare secundum allegata et probate***. Artinya, seorang hakim harus memberikan suatu keputusan berdasarkan tuduhan serta bukti – buktinya.

50. In dubio pro reo

Postulat ini merupakan asas hukum umum yang berarti jika terdapat keragu-raguan harus diambil keputusan yang meringankan. ***Optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis; optimus iudex qui minimum sibi*** : hukum yang terbaik adalah hukum yang meninggalkan sedikit keraguan pada hakim; hakim terbaik adalah hakim yang tidak merasa ragu. Dalam konteks perkara pidana, jika terdapat keragu-raguan, diambil putusan yang meringankan terdakwa. Demikian pula dalam perkara perdata atau dalam perkara administrasi. Jika terdapat keragu-raguan, maka diambil putusan yang meringankan tergugat atau termohon. Adagium lain yang memiliki arti yang sama adalah ***nobiliores et benigniores praesumptiones in dubiis sunt praeferaendae***. Artinya, ketika menghadapi keraguan, lebih baik memihak kepada asumsi yang lebih baik.

Dalam hukum pidana, lawan dari asas ini adalah ***in dubio pro lege fori*** yang berarti jika terdapat keragu-raguan, hakim tetap menghukum terdakwa. Berdasarkan ***in dubio pro lege fori***, Pompe kemudian berpendapat bahwa pada dasarnya setiap orang dianggap bertanggung jawab secara pidana sehingga tetap dihukum kendatipun ada keragu-raguan, kecuali jika dapat dibuktikan sebaliknya. Secara tegas dinyatakan oleh Pompe :

"..... wegens het publiekrechtelijke karakter van strafrecht en strafprocesrecht beide dienen bij aanvankelijke onzekerheid de vervolgende ambtenaar en de rechter zelf er naar te streven deze onzekerheid door onderzoek op te heffen. Ook na uitgebreid en nauwkeurig onderzoek kan de zaak echter onzeker blijven, en dan volgts strafbaarverklaring van de verdachte²⁰¹.

201 W.P.J. Pompe, 1959, Handboek Van Het Nederlandse Strafrecht, Vijfde Herzienedruk, N.V. Uitgevers-Maatschappij, W.E.J Tjeenk Willink, Zwolle, hlm. 101 – 102.

("..... berdasarkan karakter hukum pidana dan hukum acara pidana sebagai hukum publik, jika ada keragu-raguan tentang sesuatu, penuntut umum dan hakim berusaha menghilangkan keragu-raguan itu dengan penyelidikan. Setelah penyelidikan yang luas tentang perkara tersebut, masih tidak pasti, terdakwa harus dinyatakan bersalah).

51. *In judicio non creditor nisi juratis*

Salah satu alat bukti yang berlaku universal untuk semua proses perkara di pengadilan adalah keterangan saksi. Syarat sah keterangan saksi sebagai alat bukti jika keterangan tersebut disampaikan di depan sidang pengadilan, mengenai apa yang dilihat, di dengar atau dialami dan disampaikan di bawah sumpah. Mengenai kewajiban bersumpah sebagai syarat sah berlakunya saksi sebagai alat bukti didasarkan pada *old maxim in judicio non creditor nisi juratis*. Artinya, dalam pengadilan, tidak ada yang bisa dipercaya kecuali mereka yang disumpah.

52. *Interest reipublicae quod homines conserventur*

Pada dasarnya hukum pidana suatu negara berlaku bagi setiap perbuatan pidana yang dilakukan dalam wilayah teritorial negara tersebut. Namun dalam perkembangan lebih lanjut ada perluasan terhadap asas teritorial. Salah satu perluasan asas teritorial adalah perluasan berdasarkan prinsip kewarganegaraan. Perluasan asas teritorial berdasarkan prinsip kewarganegaraan terdiri dari prinsip kewarganegaraan aktif dan prinsip kewarganegaraan pasif.

Prinsip kewarganegaraan aktif juga disebut sebagai asas nasional aktif atau asas **personal** yang berarti hukum pidana suatu negara mengikuti warga negaranya di manapun berada. Asas nasional pasif menyatakan bahwa hukum pidana suatu negara berlaku bagi setiap orang yang melakukan perbuatan pidana dan korbannya merupakan warga negara tersebut. Asas nasional pasif ini didasarkan pada postulat *interest reipublicae quod homines conserventur* yang berarti kepentingan suatu negara agar warga negaranya dilindungi.

53. *Ius curia novit*

Hakim dianggap tahu akan hukumnya. Demikian pengertian dari asas ***ius curia novit***. Profesi hakim adalah *officium nobile* atau profesi mulia yang menuntut tidak hanya integritas pribadi tetapi juga kapasitas intelektual yang memadai. Dalam konteks pembuktian pidana, beberapa negara – termasuk Belanda – memasukkan pengetahuan hakim sebagai bukti. Asas ***ius curia novit*** inilah yang dijadikan dasar hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak ada hukumnya. Postulat lain yang berkaitan adalah ***boni iudicis est causas litium dirimere***. Artinya, tugas hakim yang baik adalah untuk menyelesaikan perkara. Demikian juga postulat yang berbunyi, ***boni iudicis est iudicium sine dilatione mandare executione*** yang berarti tugas hakim yang baik adalah untuk tidak menunda putusan dan ***plena et celeris justitia fiat partibus*** (berikanlah para pihak yang bersengketa keadilan penuh dan cepat).

54. *Judex Ne Procedat Ex Officio*

Postulat ini dikenal dalam hukum acara perdata yang berarti di mana tidak ada penggugat, di sana tidak ada hakim. Asas ini menandakan bahwa hakim perdata bersifat menunggu gugatan dari para pihak. Postulat yang sama juga dikenal dalam perkara pidana yang dalam bahasa Jerman dikenal dengan asas *wo kein klager ist, ist kein richter* yang berarti tidak ada pengaduan maka tidak ada hakim. Perkembangan lebih lanjut dalam hukum acara pidana ditinggalkan karena tidak semua perkara pidana bersifat delik aduan yang berarti bahwa pengaduan merupakan syarat mutlak diprosesnya suatu perkara pidana. Dalam konteks hukum pembuktian perdata, ***judex ne procedat ex officio*** berkaitan dengan kewajiban membuktikan dalam persidangan sebatas dalil-dalil yang diajukan oleh para pihak.

55. *Juris ignorantia nocet, facti non nocet*

Secara harafiah peribahasa ini berarti tidak mengetahui hukum rugi,

tidak mengetahui fakta tidak rugi. Peribahasa ini berkaitan dengan elemen-elemen penemuan hukum. Ada dua elemen penting dalam penemuan hukum yakni hukum itu sendiri dan fakta. Penemuan hukum adalah konkritisasi hal-hal yang bersifat umum – dalam hal ini adalah hukum – terhadap peristiwa-peristiwa konkrit yang bersifat khusus – dalam hal ini adalah fakta – sehingga penyelesaian masalah hukum dapat tercapai. Namun demikian dalam penemuan hukum, mengetahui hukum itu sendiri jauh lebih penting bila dibandingkan fakta. Dalam konteks demikian peribahasa ini berlaku.

56. **Jus istud non humani generis propium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur**

Seperti yang telah disinggung pada awal bab buku ini bahwa hukum mengatur segala kehidupan manusia, bahkan tidak hanya itu, namun hukum juga mengatur kehidupan makhluk hidup. Hal ini menandakan bahwa banyak bidang, banyak bagian, banyak hal yang diatur oleh hukum. Dalam konteks inilah peribahasa ini berlaku ***jus istud non humani generis propium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur*** yang berarti hukum bukanlah suatu khas spesies manusia, melainkan merupakan hukum atas semua makhluk hidup yang terlahir di langit, di bumi atau di laut. Peribahasa ini berasal dari hukum alam romawi yang memandang manusia dan makhluk hidup yang ada di alam semesta sebagai satu kesatuan²⁰².

57. **Legatus regis vice fungitur a quo destinatur, et honorandus est sicut ille cujus vicem gerit**

Kekebalan terhadap duta besar, konsul dan diplomat, didasarkan pada

202 Carl Joachim Friedrich, 2010, Filsafat Hukum : Perpektif Historis, Nusa Media, Jakarta, hlm. 34 – 35.

Konvensi Wina 1961 Tentang Hubungan Diplomatik. Kekebalan ini sudah dimulai dalam abad ke-16–abad ke-17 pada waktu pertukaran duta-duta besar secara permanen di antara negara-negara di Eropa. Seorang Duta Besar dapat diusir tetapi tidak dapat ditangkap atau diadili di negara yang bukan negara asalnya²⁰³. Kekebalan seorang duta besar didasarkan pada adagium ini yang berarti seorang duta besar mewakili raja yang mengutusinya, maka ia harus dihormati karena ia mengisi posisi sang raja.

58. *Lex dura, sed tamen scripta*

Undang-undang itu kejam, namun demikianlah bunyinya adalah arti dari *lex dura sed tamen scripta*. Lebih pada suatu pepatah dan bukan merupakan asas atau postulat. Pepatah ini berasal dari paham legisme yang tidak mengenal hukum di luar undang-undang. Hukum adalah undang-undang dan sebaliknya undang-undang adalah hukum. Paham legisme lebih mengutamakan kepastian hukum bahwa segala sesuatu haruslah tertulis.

59. *Lex favor reo*

Merupakan asas hukum umum yang mengandung makna bahwa jika terjadi perubahan perundang-undangan, diterapkan aturan yang meringankan bagi setiap orang yang terdampak dari perubahan aturan tersebut. Dalam konetks hukum pidana, asas ini berlaku secara universal hampir di semua negara di dunia. Asas ini merupakan pembatasan terhadap asas legalitas. Pasal 1 ayat (2) WvS Belanda secara tegas menyatakan, "*Bij veradering in de wetgeving na et tijdstip waarop het feit began is, woorden de voor den verdachte gunstigste bepalingen toegepast*".

203 Sumaryo Suryokusumo, 1995, Hukum Diplomatik: Teori Dan Kasus, Penerbit Alumni, Bandung, hlm. 50.

Demikian pula dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP Indonesia berbunyi, “*Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa.*” Hal yang sama juga terdapat dalam undang-undang pidana Jerman yang dengan tegas menyatakan, “*Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden*” (Jika ada perbedaan antara ketentuan pidana yang berlaku pada waktu tindak pidana dilakukan dan ketentuan pidana yang kemudian berlaku pada waktu tindak pidana yang sama diperiksa di pengadilan, ketentuan pidana yang paling ringanlah yang harus ditetapkan).

Namun demikian, ada juga beberapa negara yang tidak merujuk pada asas ***lex favor reo*** seperti Inggris dan Swedia. Di Inggris, pelaku kejahatan tetap diadili menurut undang-undang yang lama, meskipun terjadi perubahan peraturan perundang-undangan pada saat melakukan perbuatan dan pada saat diadili. Dengan kata lain, diadili dengan undang-undang yang berlaku pada saat dia melakukan perbuatan pidana. Hal ini dianggap lebih tepat untuk menghormati kepastian dan keadilan hukum. Sebaliknya di Swedia, undang-undang barulah yang diberlakukan terhadap terdakwa apabila terjadi perubahan peraturan perundang-undangan pada saat melakukan perbuatan dan pada saat diadili. Argumentasinya, setiap perubahan perundang-undangan niscaya merupakan suatu perbaikan dan hal itu selalu membawa akibat baik terhadap perkara-perkara yang belum diadili²⁰⁴.

Bila dihubungkan dengan asas ***in dubio pro reo***, pada hakikat memiliki tujuan yang sama dengan asas ***lex favor reo*** dalam hal menerapkan aturan yang meringankan. Perbedaannya, dalam asas ***in dubio pro reo*** mensyaratkan adanya keragu-raguan terhadap sesuatu

204 Jan Rummelink, Op.Cit, hlm. 363 – 364.

pokok permasalahan, sedangkan dalam asas *lex favor reo* harus ada kondisi di mana terjadi perubahan perundang-undangan.

60. Lex posterior derogat legi priori

Dalam teori hukum murni, ada yang dikenal dengan asas preferensi. Salah satu asas preferensi tersebut adalah *lex posterior derogat legi priori* yang secara harafiah berarti hukum baru menggantikan hukum lama. Asas preferensi ini selalu digunakan bila terjadi konflik antara undang-undang yang satu dengan undang-undang yang lain. Jika terjadi demikian, maka yang digunakan adalah undang-undang yang lahirnya kemudian dan bukan undang-undang yang lahirnya lebih dulu. *Leges posteriores priores contrarias abrogant* : hukum baru mengalahkan hukum sebelumnya yang bertentangan dan *quod populus postremum jussit, id jus ratum esto* (hukum yang berlaku, adalah hukum terakhir yang dibuat).

61. Lex ratio summa insita in natura, quae juber ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria

Hukum adalah rasio yang menyatu dengan alam. Hal ini merupakan landasan hukum alam rasional. Bahwa berdasarkan nalar ada perbuatan-perbuatan yang harus dilakukan dan ada perbuatan-perbuatan yang dilarang atau tidak boleh dilakukan. Artinya, ada pemisahan antara yang baik dan buruk, antara benar dan salah. Dalam konteks ini, **Cicero** dengan mengutip **Chrysippus** yang mengemukakan *old maxim* : *lex ratio summa insita in natura, quae juber ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria*. Artinya, hukum merupakan nalar tertinggi yang melekat dengan alam, yang memerintahkan apa yang harus dilakukan dan melarang yang sebaliknya²⁰⁵.

62. Lex specialis derogat legi generali

205 Carl Joachim Friedrich, Op.Cit., hlm 37.

Asas preferensi lainnya adalah ***lex specialis derogat legi generali*** atau hukum khusus mengganti hukum umum. Artinya, jika substansi suatu aturan diatur dalam undang-undang yang bersifat umum dan diatur juga dalam undang-undang yang bersifat khusus, maka yang digunakan adalah undang-undang yang bersifat khusus. Dalam konteks hukum pidana postulat ini berkembang pesat. Bagi negara-negara dengan sistem Eropa Kontinental – termasuk Indonesia – salah satu cirinya adalah kodifikasi hukum dalam suatu kitab undang-undang seperti KUHP dan KUH Perdata. Perkembangan lebih lanjut, banyak kejahatan yang diatur di luar kodifikasi dan merupakan hukum khusus, baik dari segi materiil maupun formil sebagai *lex specialis*.

Banyaknya undang-undang khusus sebagai *lex specialis* tersebut tentunya juga tidak akan lepas dari permasalahan dalam implementasinya. Permasalahan yang timbul, jika suatu perbuatan yang diduga sebagai suatu tindak pidana tersebut diatur oleh lebih dari satu undang-undang yang bersifat sebagai *lex specialis*, manakah aturan hukum yang harus digunakan dengan mengingat undang-undang yang saling bertentangan tersebut sama-sama merupakan *bijzonder delict* atau tindak pidana khusus? Jawaban atas pertanyaan tersebut tentunya akan mempengaruhi penegakkan hukum pidana karena hukum formil yang diatur oleh masing-masing undang-undang tersebut berbeda. Oleh karenanya dibutuhkan asas lain untuk menyelesaikan masalah yuridis tersebut, yaitu asas ***lex specialis sistematis***

Menurut **Remmelink** –*lex specialis sistematis* sebagai derivat atau turunan dari asas ***lex specialis derogat legi generali*** – di Belanda, asas ini dikenal dengan istilah *specialitas juridikal* atau *specialitas sistematika*²⁰⁶, di samping *logische specialiteit*²⁰⁷. Ada pun kriteria dari spesialitas sistematis adalah objek dari definisi umum

206 Jan Remmelink, Op. Cit., hlm. 578

207 Ch. J., Enschede, 2002, *Beginnselen Van Strafrecht*, Kluwer, Deventer, hlm. 186.

diatur lebih lengkap dalam kerangka ketentuan khusus. Sedangkan, spesialisas logis memiliki kriteria definisi rinci dari kejahatan dalam batas-batas definisi umum²⁰⁸. Perkembangan lebih lanjut dari asas ***lex specialis sistematicis*** adalah postulat ***lex consumer derogat legi consumepte*** yang berarti ketentuan yang satu memakan ketentuan yang lainnya. Di Jerman, istilah ini menunjukkan pada suatu keadaan yang diputuskan berdasarkan suatu situasi konkret. Semisal ada dua ketentuan pidana yang sama sifatnya, misalnya sama-sama sebagai *lex specialis*, maka yang dijadikan pedoman adalah ketentuan pidana yang paling mendominasi terhadap perbuatan pelanggaran ketentuan pidana tersebut. Dalam asas ini, bukan sanksi pidana yang terberat yang akan diberlakukan, tapi ancaman pidana yang berkaitan dengan perbuatan yang secara nyata atau konkret diejawantahkan oleh pelanggaran ketentuan tersebut²⁰⁹.

63. *Lex superior derogat legi inferior*

Asas preferensi yang terakhir adalah ***lex superior derogat legi inferior*** atau hukum yang hiraknya lebih tinggi menggantikan hukum yang lebih rendah. Artinya, jika terjadi konflik antara peraturan perundang-undangan, maka yang digunakan adalah peraturan yang lebih tinggi derajatnya. Asas ini tidak terlepas dari *stufenbau* teori yang dikemukakan oleh **Hans Kelsen** terkait hirarki atau tata urutan perundang-undangan. Dalam konteks Indonesia, tata urutan perundang-undangan ini diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

64. *Manifesta non egeat prosatione*

Postulat ini merupakan asas umum yang dalam hukum pembuktian bahwa hal-hal atau fakta-fakta yang telah diketahui umum tidak

208 D. Schaffmeister, N. Keijzer En E.Ph. Sutorius, 1995, Hukum Pidana, Liberty, Yogyakarta, hlm. 194.

209 Jan Rimmelink, Op. Cit., hlm. 578-579

perlu dibuktikan. Ada juga yang dikenal dengan istilah *notoir feiten* atau peristiwa alamiah yang memiliki konsekuensi yang sama dalam hukum pembuktian untuk tidak perlu dibuktikan. Dalam konteks hukum pembuktian pidana, ***manifesta non egent prosatione*** melahirkan doktrin *substitute evidence*, yaitu sesuatu yang tidak perlu dibuktikan secara langsung maupun tidak langsung karena menyangkut hal yang sudah jelas atau menjadi pengetahuan umum atau pengetahuan hukum²¹⁰. ***Lex non requirit verificari quod apparet curiae*** : hukum tidak membutuhkan pembuktian untuk hal – hal yang sudah jelas. Sebagai contoh, pencurian yang dilakukan pada saat terjadi bencana alam menjadi alasan pemberatan pidana. Kendatipun bencana alam merupakan unsur pasal, namun adanya bencana alam tersebut tidak perlu dibuktikan karena dianggap sebagai *notoir feiten* atau fakta yang sudah diketahui umum. ***Manifesta probatione non indigent*** yang berarti fakta – fakta yang sudah jelas tidak perlu dibuktikan.

65. **Melius est accipere quamfacere injuriam**

Peribahasa ini berarti lebih baik mengalami ketidakadilan daripada melakukan ketidakadilan. Bahwa dalam kehidupan masyarakat sering kali terjadi pertentangan antar individu dalam melaksanakan hak dan kewajiban. Acap kali pula terjadi perlakuan yang tidak adil antara satu dengan yang lain. Agar hal ini tidak terjadi, maka dalam mazhab hukum alam setiap orang diharapkan mengingat *old maxim* ini dalam benaknya. Dengan demikian perbuatan yang tidak adil terhadap orang lain dapat dicegah atau terhindar dengan sendirinya.

66. **Moneat lex prius quam feriat**

Seorang filsuf Inggris terkenal, **Francis Bacon** mengemukakan

210 William R. Bell, 2002, *Practical Criminal Investigations in Correctional Facilities*, Boca Raton – New York : CRC Press, hlm. 115 – 117.

adagium *moneat lex, piusquam feriat*. Artinya, undang-undang harus memberikan peringatan terlebih dahulu sebelum merealisasikan ancaman yang terkandung di dalamnya²¹¹. Adagium ini merupakan dasar adanya asas legalitas dalam hukum pidana, khususnya di negara-negara *common law system* yang tidak mengenal kodifikasi. Maksud dari adanya ancaman yang diatur dalam undang-undang terhadap suatu perbuatan yang diperintahkan atau dilarang, agar orang menjadi tau mana perbuatan yang boleh dilakukan dan mana perbuatan yang tidak boleh dilakukan.

67. *Mortuus exitus non est exitus*

Bukanlah suatu adagium atau postulat melainkan suatu doktrin yang berarti bayi yang meninggal pada saat dilahirkan, dianggap tidak pernah hidup. Doktrin ini secara eksplisit tertuang dalam Pasal 2 ayat (2) KUH Perdata yang menyatakan “*Bila telah mati sewaktu dilahirkan, dia dianggap tidak pernah ada*”. Demikian juga doktrin lain yang menyatakan *non nasci et natum mori paria sunt*. Artinya, tidak lahir dan meninggal ketika dilahirkan merupakan dua hal yang sama. Sebaliknya dalam Pasal 2 ayat (1) KUH Perdata disebutkan bahwa anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan dianggap telah lahir, setiap kali kepentingan si anak menghendaknya. Ketentuan ini didasarkan pada *old maxim qui in utero est, pro jam nato habetur quoties de ejus commodo quaeritur*. Artinya, bayi dalam kandungan sudah dianggap sebagai anak. Hal lain yang berkaitan dengan kelahiran anak adalah postulat yang berbunyi *qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequitur* yang berarti seorang anak yang lahir di luar nikah, akan mengikuti ibunya.

211 Jan Rammelink, Op.Cit, hlm. 356.

68. Ne bis in idem

Postulat ini mengandung makna bahwa seseorang tidak dapat dituntut lebih dari satu kali di depan pengadilan dalam perkara yang sama. Dalam terminologi *Anglo Saxon system*, postulat ini dikenal dengan istilah *double jeopardy*. Ada tiga postulat lainnya yang berkaitan erat dengan ***ne bis in idem***. Pertama, ***nemo debet bis vexari*** yang berarti tidak seorang pun boleh diganggu dengan penuntutan dua kali untuk perkara yang sama. Kedua, ***nihil in lege intolerabilius est (quam) eandem rem diverso jure censer***. Artinya, hukum tidak membiarkan kasus yang sama diadili di beberapa pengadilan. Ketiga, ***nemo bis punitur pro eodem delicto*** yang berarti tidak ada yang boleh dihukum dua kali atas perbuatan yang sama.

69. Negativa non sunt probanda

Negativa non sunt probanda diartikan sebagai membuktikan sesuatu yang negatif sangatlah sulit. Asas ini berkaitan dengan beban pembuktian dalam hukum pembuktian yang berlaku umum. Oleh karena itu sebagaimana yang telah diutarakan di atas bahwa pembuktian dalam perkara perdata maupun administrasi berlaku asas ***actori in cumbit probatio***, sedangkan dalam perkara pidana berlaku asas ***actori incumbit onus probandi***. Dalam perkara pidana misalnya, ketika si A dituduh melakukan suatu kejahatan, maka yang harus membuktikan adalah penuntut umum. Tidak sebaliknya, bahwa si A yang harus membuktikan bahwa dia tidak melakukan kejahatan yang dituduh. Hal ini dianggap lebih sulit karena si A harus membuktikan sesuatu yang negatif dalam pengertian sesuatu yang tidak dilakukannya.

Dalam kejahatan-kejahatan luar biasa seperti korupsi, dikenal pembalikan beban pembuktian atau pembuktian terbalik. Artinya, orang yang disangkakan atau didakwa melakukan korupsi wajib membuktikan bahwa harta kekayaan yang diperoleh bukan berasal dari tindak pidana korupsi. Demikian pula dalam kejahatan pencucian uang, pelaku

yang disangkakan atau didakwakan harus membuktikan bahwa harta kekayaan yang dimiliki bukan merupakan hasil kejahatan. Kendatipun demikian, ketika seorang pelaku dapat membuktikan bahwa harta kekayaan yang dimilikinya bukan merupakan hasil korupsi atau hasil kejahatannya lainnya, tidak serta merta dibebaskan oleh pengadilan. Jika terjadi demikian, hakim akan meminta kepada penuntut umum untuk mengajukan *tegen bewijs* atau bukti yang berlawanan dengan bukti-bukti yang diajukan terdakwa.

70. *Nemo iudex idoneus in propria causa*

Asas hukum dalam dunia peradilan yang berlaku universal salah satu diantaranya adalah bahwa tidak ada seorang hakim yang boleh mengadili perkara yang berkaitan dengan dirinya. Demikian arti dari ***nemo iudex idoneus in propria causa***. Hal ini adalah untuk menjamin objektivitas peradilan. Bilamana seorang hakim ditunjuk untuk mengadili suatu perkara, padahal perkara tersebut ada kaitan dengan dirinya, maka wajib mengundurkan diri. Sebaliknya, jika seorang hakim sudah terlanjut mengadili suatu perkara yang mana ia terlibat di dalamnya, maka pemeriksaan perkara tersebut harus diulang.

Keterlibatan seorang hakim dalam suatu perkara tidak mesti secara langsung, namun juga dapat secara tidak langsung. Contohnya, perkara yang diadili tersebut melibatkan suami atau istri – termasuk mantan suami atau istri – atau anak atau saudara kandung atau karena satu dan lain hal akan ada konflik kepentingan, maka hakim tersebut wajib mengundurkan diri. Beberapa postulat lainnya yang berkaitan adalah : ***Pertama, aliquis non debet esse iudex in propria causa, quia non potest esse iudex et pars***. Artinya, seseorang tidak dapat menghakimi perkaranya sendiri karena ia tidak bisa sekaligus bertindak sebagai hakim dan salah satu pihak yang bersengketa. ***Kedua, iniquum est aliquem rei sui esse iudicem*** yang berarti tidak adil bagi seseorang untuk menjadi hakim pada perkaranya sendiri.

Ketiga, in re propria iniquum admodum est alicui licentiam tribuere

sententiae : sangat tidak adil untuk memperbolehkan seseorang agar menjadi hakim pada perkaranya sendiri. *Keempat, nemo debet esse judex in propria causa*. Artinya, tidak ada seorang pun yang boleh menjadi hakim dalam perkaranya sendiri. *Kelima, nemo sibi esse judex vel suis jus dicere debet* yang berarti tidak ada orang yang boleh menjadi hakim pada perkara yang menyangkut dirinya. *Keenam, nemo unquam judicet in se* : jangan biarkan siapa pun menjadi hakim dalam perkaranya sendiri.

71. Nemo prudens punit, quia peccatum, sed ne peccetur

Seneca yang merujuk pada filsuf Yunani, **Plato**, menyatakan **nemo prudens punit, quia peccatum, sed ne peccetur**. Artinya, seorang bijak tidak menghukum karena dilakukan dosa, melainkan agar tidak lagi terjadi dosa. Seorang pelaku kejahatan harus mendapatkan hukuman yang setimpal atas perbuatan yang dilakukannya untuk memberi pelajaran kepada orang lain agar tidak melakukan perbuatan yang sama. *Old maxim* ini dijadikan dasar aliran modern dalam hukum pidana bahwa pidana bertujuan sebagai *general prevention*. Demikian pula teori edukasi dalam hukum pidana yang pada intinya menyatakan bahwa pidana bertujuan sebagai edukasi kepada masyarakat mengenai mana perbuatan yang baik dan mana perbuatan yang buruk. Adagium lain yang berkaitan adalah **poena ad paucos, metus ad omnes perveniat** yang berarti biarkanlah hukuman dijatuhkan kepada beberapa orang agar memberi contoh kepada orang lain. Adagium ini memiliki kedalaman makna yang berfungsi sebagai prevensi umum agar orang lain tidak berbuat jahat.

72. Nemo punitur pro alieno delicto

Asas umum dalam pertanggungjawaban pidana hanyalah mengenal pertanggungjawaban pribadi. Artinya, orang hanya bertanggungjawab atas kesalahan yang dilakukannya. **Poena suos tenere debet actors et non alios** yang berarti hukuman hanya berlaku bagi orang yang bersalah. Asas umum ini bersumber dari postulat **nemo punitur pro**

alieno delicto yang berarti tidak ada seorang pun yang dihukum karena perbuatan orang lain. Berdasarkan postulat ini pula, seorang yang telah meninggal dunia dianggap menggugurkan tuntutan pidana terhadapnya. Demikian pula seorang terpidana yang telah meninggal dunia, maka dengan sendirinya pelaksanaan putusan terhadapnya gugur dan tidak bisa digantikan. Hal ini didasarkan pada asas ***in haeredes non solent transire actiones quae poenales ex maleficio sunt***. Artinya, hukuman yang dijatuhkan pada perkara pidana tidak berlaku bagi keturunan sang terpidana. Demikian juga postulat yang menyatakan ***poena ex delicto defunci haeres teneri non debet*** (hukuman seseorang tidak boleh diberlakukan kepada keturunannya).

73. *Nit agit exemplum litem quo lite resolvit*

Adalah suatu postulat yang berarti menyelesaikan suatu perkara dengan mengambil contoh perkara lain sama halnya dengan tidak menyelesaikan perkara tersebut. Postulat ini merupakan pedoman di negara-negara yang mewarisi tradisi sistem Eropa Kontinental – termasuk Indonesia – bahwa dalam mengadili setiap perkara, hakim sangat bersifat otonom dan tidak terikat pada putusan hakim sebelumnya. Masing-masing perkara mempunyai sifat dan karakter tersendiri yang sudah tentu didasarkan pada fakta yang berbeda pula. ***Judicandum est legibus non exemplis***. Artinya, putusan harus dibuat berdasarkan hukum, bukan berdasarkan contoh.

74. *Non scripta sed nata lex*

Merupakan suatu prinsip hukum umum yang mengandung makna bahwa sesuatu yang tidak tertulis, namun secara moral harus tetap diperhatikan oleh hukum. Artinya, moral dan etika tidaklah dapat dipisahkan secara tegas dengan hukum. Dalam hukum administrasi negara, postulat *non scripta sed nata lex* berkaitan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Postulat ini dalam hukum pidana diulas oleh **van Hamel** ketika berbicara mengenai pembelaan terpaksa sebagai alasan pembenar yang menghapuskan pertanggungjawaban pidana.

Pada awalnya, pembelaan terpaksa tidak dikenal karena didasarkan pada postulat di zaman kuno yang menyatakan, *vim vi repellere licet*. Artinya, kekerasan tidak boleh dibalas dengan kekerasan²¹². Dalam perkembangannya adagium ini sudah ditinggalkan dalam rangka menegakkan ketertiban umum. Demikian pula prinsip moral dalam proses pidana (*non scripta sed nata lex*)²¹³, tidak selayaknya orang yang melakukan pembelaan terpaksa dijatuhi pidana. Esensi dari pembelaan terpaksa adalah pelaku melakukan tindakan untuk menghindari kejahatan yang lebih besar atau menghindari bahaya yang mengancam²¹⁴.

75. Non tam ira, quam causa irae excusat

Jika pembelaan terpaksa merupakan alasan pembenar, maka pembelaan terpaksa yang melampaui batas merupakan alasan pemaaf. Ada dua syarat untuk dapat menyatakan seseorang melakukan pembelaan terpaksa yang melampaui batas. **Pertama**, harus ada situasi yang menimbulkan pembelaan terpaksa. **Kedua**, harus ada kegoncangan jiwa yang hebat akibat serangan tersebut sehingga menimbulkan pembelaan terpaksa yang melampaui batas²¹⁵. Menurut **Hazewinkel Suringa** kegoncangan jiwa yang hebat tidak hanya *asthenische affecten* berupa kecemasan, rasa takut, atau ketidakberdayaan, tetapi juga *sthenische affecten* seperti kemarahan, kemurkaan atau ketersinggungan²¹⁶. Alasan tidak dijatuhi pidana terhadap orang yang melakukan pembelaan terpaksa yang melampaui batas bukan karena tidak ada kesalahan, namun pembentuk undang-undang menganggap adil, jika pelaku yang menghadapi serangan yang demikian tidak dijatuhi pidana. Hal ini berdasarkan adagium *non tam ira, quam*

212 Hazewinkel Suringa, Op.Cit., hlm. 173. Bandingkan dengan Jan R Emmelink, Op.Cit., hlm. 239.

213 G.A. van Hamel, 1913, Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlandsche Strafrecht, Derde Druk, De Erven F. Bohn Haarlem & Gebr. Belinfante 's-Gravenhage, hlm. 275.

214 Routledge, Op.Cit., hlm. 125

215 D. Schaffmeister, N. Keijzer, En E. PH. Sutorius, Op.Cit., hlm. 62.

216 Hazewinkel Suringa, Op.Cit., hlm. 182.

*causa irae excusat*²¹⁷. Artinya, tindakan atas suatu serangan yang provokatif, dimaafkan.

76. *Nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis*

Dalam *Black Law Dictionary*, postulat ini tertulis ***omnis nova constitutio futuris (temporibus) formam imponere debet, non praeteritis***. Artinya, setiap undang – undang baru seharusnya berlaku pada saat diundangkan dan untuk masa depan bukan untuk masa lalu²¹⁸. Postulat ini merupakan asas hukum umum yang secara implisit mensyaratkan bahwa hukum tidaklah boleh berlaku surut. Jika suatu hukum berlaku surut, maka dipastikan tidak boleh merugikan pihak yang terdampak dari undang-undang atau peraturan tersebut.

77. *Nullum delictum, noela poena sine praevia lege poenali*

Postulat ini dikenal sebagai asas legalitas yang merupakan prinsip fundamental dalam hukum pidana. Asas legalitas diciptakan oleh **Paul Johan Anslem von Feuerbach** (1775 –1833), seorang sarjana hukum pidana Jerman dalam bukunya *Lehrbuch des penlichen recht* pada tahun 1801. Apa yang dirumuskan oleh **Feuerbach** mengandung arti sangat mendasar yang dalam bahasa Latin berbunyi: *nulla poena sine lege* (tidak ada pidana tanpa undang-undang) ; *nulla poena sine crimine* (tidak ada pidana tanpa perbuatan pidana) ; *nullum crimen sine poena legali* (tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang)²¹⁹. Ketiga frasa tersebut kemudian menjadi postulat *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali* yang berarti tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang

217 Jan Rimmelink, Op.Cit., hlm. 248.

218 Black Law Dictionary, Op.Cit., hlm. 1671

219 Bambang Poernomo, 1989, Manfaat Telaah Ilmu Hukum Pidana Dalam Membangun Model Penegakkan Hukum Di Indonesia, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 5 Juli 1989, hlm. 8.

pidana sebelumnya²²⁰.

Asas ini lahir di daratan Eropa yang mana pada saat itu hukum pidana sebagian besar tidak tertulis sehingga kekuasaan raja yang sangat absolut dapat menyelenggarakan pengadilan dengan sewenang-wenang. Penduduk tidak mengetahui secara pasti mana perbuatan yang dilarang dan mana perbuatan yang tidak dilarang. Proses pengadilan berjalan tidak *fair* karena hukum ditetapkan menurut perasaan hukum hakim yang mengadili²²¹. Pada saat yang bersamaan muncul para ahli pikir seperti **Montesquieu** dan **Rousseau** yang menuntut agar kekuasaan raja dibatasi dengan undang-undang tertulis. Pasca-revolusi Perancis struktur hukum mulai dibangun dengan adanya hubungan antara yang memerintah dan yang diperintah, antara kekuasaan negara dan individu²²².

Ada empat poostulat lainnya yang terkandung dalam asas legalitas. *Pertama, **nullum crimen, noela poena sine lege praevia***. Artinya tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang sebelumnya. Konsekuensi dari makna ini adalah ketentuan hukum pidana tidak boleh berlaku surut. *Kedua, **nullum crimen, nulla poena sine lege scripta***. Artinya, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang tertulis. Konsekuensi dari makna ini adalah semua ketentuan pidana harus tertulis. *Ketiga, **nullum crimen, nulla poena sine lege certa***. Artinya, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa aturan undang-undang yang jelas. Konsekuensi selanjutnya dari makna ini adalah bahwa rumusan perbuatan pidana harus jelas sehingga tidak bersifat multi tafsir yang dapat membahayakan bagi kepastian hukum. *Keempat, **nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*** yang berarti tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat.

220 Jan Remmelink, Op.Cit.,hlm. 605.

221 Bambang Poernomo, 1982,Asas-Asas Hukum Pidana, Liberty, Yogyakarta, hlm. 24.

222 Rene David & John E.C Brierley, 1985, Major Legal Systems In The World Today, Third Edition, Stevens & Sons, London, hlm.63.

Konsekuensi dari makna ini secara implisit tidak memperbolehkan analogi. Ketentuan pidana harus ditafsirkan secara ketat sehingga tidak menimbulkan perbuatan pidana baru.

Bila dirujuk lebih jauh, ruh dari postulat *nullum delictum, noela poena sine praevia lege poenali* sebenarnya terdapat dalam Perjanjian Baru yang berisi Injil, surat-surat **Paulus** dan surat-surat lainnya. Dalam Surat **Paulus** Kepada Jemaat Di Roma, tepatnya Roma Pasal 5 ayat (13) berbunyi, "*Sebab sebelum hukum Taurat ada, telah ada dosa di dunia. Tetapi dosa itu tidak diperhitungkan kalau tidak ada hukum Taurat*"²²³. Berdasarkan Roma Pasal 5 ayat (13) tersebut, jika kita menganalogikan dosa itu sebagai perbuatan pidana, maka tidak ada perbuatan pidana sebelum ada aturan hukumnya.

Demikian pula dalam hukum Islam secara implisit terdapat dalam Al-Qur'an, Surat Al Israa' ayat 15. Dalam surat tersebut dikatakan, "*Siapa yang mengikuti petunjuk, maka perbuatan itu untuk dirinya sendiri. Siapa yang berbuat salah, maka ia sendiri yang akan menderita. Seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain. Kami tidak akan menghukum sebelum Kami mengutus seorang rasul*"²²⁴. Berdasarkan ayat tersebut, hukum Islam tidak hanya mengakui asas legalitas tetapi juga memberi dasar bagi asas pertanggungjawaban pribadi dalam hukum pidana.

223 Lembaga Alkitab Indonesia, 2000, Alkitab Dan Kidung Jemaat, cetakan kedua, hlm. 187.

224 M. Shokry El – Dakkak, 2000, *State's Crimes Against Humanity : Genocide, Deportation And Torture : From The Prespectives Of International And Islamic Laws*, A.S. Noordeen, hlm. 203. Lihat juga H. Oemar Bakry, 1983, *Tafsir Rahman*, Mutiara, Jakarta, hlm. 543.

78. Omnes actiones in mundo infra certa tempora habent limitationem

Setiap perkara ada batas waktu untuk diajukan tuntutan. Demikian arti dari postulat ini. Pada dasarnya postulat ini merupakan prinsip hukum umum yang berlaku untuk setiap perkara, baik perkara pidana, perkara perdata maupun perkara administrasi. Postulat lain yang memiliki arti sama adalah ***omnis querela et omnis actio injuriarum limitata est infra certa tempora***. Artinya, setiap perkara memiliki batas waktu tertentu yang mana jika batas itu telah berlalu, maka tidak bisa mengajukan tuntutan. Dalam hukum perdata, lamanya daluwarsa adalah 30 tahun, sedangkan dalam hukum pidana lamanya daluwarsa tergantung pada maksimum pidana yang diancamkan.

Ada dua alasan dalam hukum pidana sebagai dasar argumentasi adanya pranata daluwarsa. **Pertama**, dari sudut hukum pidana materiil, sudah tidak ada lagi kebutuhan pembedaan dari masyarakat karena lampainya waktu. Hal ini di didasarkan pada postulat ***punire non necesse est*** : menghukum tidak selamanya perlu. **Remmelink** dengan mengutip pendapat **Jescheck** menyatakan bahwa lewatnya waktu barangkali pelaku kejahatan akan berubah menjadi baik²²⁵. **Kedua**, dari sudut hukum pidana formil, dalam hal ini adalah masalah pembuktian. Kemampuan daya ingat manusia yang terbatas dan keadaan alam yang memungkinkan petunjuk alat bukti lenyap atau tidak mempunyai nilai pembuktian²²⁶.

225 Jan Remmelink, Op.Cit., hlm. 435.

226 Marcus Priyo Gunarto, 2014, Alasan Penghapus Pidana, Alasan Penghapus Penuntutan Dan Gugurnya Menjalani Pidana, Makalah Pada Pelatihan Hukum Pidana Dan Kriminologi yang diselenggarakan atas kerjasama Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dengan Masyarakat Hukum Pidana Dan Kriminologi Indonesia, Yogyakarta, 23 – 27 Februari 2014, hlm. 17.

79. *Omnia praesumuntur legitime facto donec probetur in contrarium*

Merupakan salah satu asas fundamental dalam hukum administrasi negara yang dikenal dalam beberapa literature sebagai *rechmatige vermoeden beginsel* atau asas praduga sah. Artinya, tindakan aparatur negara selalu dianggap sah sampai bisa dibuktikan sebaliknya. Secara harafiah, asas tersebut berarti segala perbuatan diasumsikan sah, sampai dibuktikan sebaliknya. Demikian pula postulat yang berbunyi ***omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta donec probetur in contrarium***. Artinya, segala hal dianggap telah dilakukan dengan cara yang biasa dan sesuai dengan peraturan sampai dapat dibuktikan sebaliknya. Landasan filosofi dari kedua postulat tersebut adalah karena aparat negara merupakan profesi mulia yang selalu berpegang pada moral dan etika sehingga segala sesuatu tindakan selalu berdasarkan hukum. Oleh karena itu kesalahan administrasi tidak boleh menimbulkan prasangka. ***Vitium clerici nocere non debet*** (kesalahan administrasi tidak seharusnya menimbulkan prasangka).

80. *Omnia praesumuntur rite esse acta*

Salah satu asas terpenting dalam ekstradisi adalah asas kepercayaan. Tidak selamanya ekstradisi dilakukan antara dua negara atas dasar perjanjian bilateral, namun lebih didasarkan pada prinsip kepercayaan. Adanya kepercayaan di antara negara-negara, khususnya kepercayaan terhadap kelayakan sistem hukum di negara lain. ***Omnia praesumuntur rite esse acta*** mengandung makna bahwa di luar negeri pun semua hal telah dipertimbangkan dan ditetapkan secara benar oleh lembaga peradilan sehingga ekstradisi bisa dilakukan²²⁷.

227 Jan Rimmelink, Op.Cit., hlm. 401.

81. Pacta sunt servanda

Pasal 1338 KUH Perdata menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. ***Legem enim contractus dat*** : perjanjian memberikan kekuatan hukum. ***Pacta dant legem contractui*** : perjanjian melahirkan sebuah hukum. Dalam pasal ini terkandung asas ***pacta sunt servanda*** yang secara harafiah berarti perjanjian mengikat secara hukum. Secara lengkap postulat tersebut berbunyi ***pacta convent quae neque contra leges neque dolo malo inita sunt omnimodo observanda sunt***. Artinya, suatu kontrak yang tidak dibuat secara *illegal* dan tidak berasal dari penipuan harus sepenuhnya ditaati. ***Contractus est quasi actus contra actum*** : Sebuah perjanjian mewajibkan serangkaian tindakan yang harus dilaksanakan.

Dari postulat tersebut Pasal 1320 KUH Perdata mengatur syarat sahnya perjanjian. *Pertama*, adanya kesepakatan. Syarat mutlak adanya perjanjian adalah kesepakatan. Beberapa postulat tentang hal ini adalah sebagai berikut : ***Consensus est voluntas plurium ad quos res pertinent, simul juncta*** (kesepakatan adalah kehendak bersama antar beberapa orang), ***consensus facit legem*** (kesepakatan membuahkan hubungan hukum), ***consensus voluntas multorum ad quos res pertinent simul juncta*** (kesepakatan merupakan penyatuan kehendak dari beberapa pihak) dan ***Contractus legem ex conventionione accipiunt*** (sebuah perjanjian mendapatkan keabsahan hukum dari kesepakatan antara kedua belah pihak).

Selain kesepakatan, syarat *kedua* perjanjian adalah kecakapan para pihak. Kesepakatan dan kecakapan para pihak merupakan syarat subjektif perjanjian. Artinya, dapat dimintakan pembatalan jika terjadi paksaan, kesesatan atau penipuan. ***Dolo malo pactum se non servaturum*** yang berarti suatu perjanjian yang dihasilkan dari perbuatan penipuan dianggap tidak sah.

Syarat *ketiga* perjanjian adalah objek tertentu. Artinya, harus ada

sesuatu yang diperjanjikan. Hal ini didasarkan pada postulat **charta de non ente non valet**. Artinya, perjanjian atas sesuatu yang tidak ada dianggap tidak berlaku. Syarat *keempat* perjanjian adalah kausa yang halal. Hal ini berdasarkan postulat **contractus ex turpi causa vel contra bonos mores nullus est** yang berarti perjanjian dibuat atas dasar yang tidak sah ataupun atas hal yang tidak bermoral dianggap batal. Syarat ketiga dan keempat ini merupakan syarat objektif perjanjian harus ada objek tertentu dan kausa yang halal. Artinya, tidak boleh bertentangan dengan hukum atau *contra leges*. Jika terjadi kecacatan syarat objektif mengakibatkan perjanjian batal demi hukum. **Pacta quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati juris est** : merupakan suatu kepastian bahwa kontrak yang bertentangan dengan hukum, atau bertentangan dengan standard moral tidak memiliki kekuatan hukum.

Postulat lain yang berkaitan dengan **pacta sunt servanda** adalah **pacta tertiis nec nocent nec prosunt** yang berarti perjanjian hanya mengikat para pihak dan tidak mengikat pihak ketiga. Demikian pula postulat yang berbunyi **res inter alios acta**. Artinya, perjanjian hanya mengikat para pihak yang membuatnya. Kendatipun demikian, setiap perjanjian harus memperhatikan kepentingan public. **Conventio privatorum non potest publico juri derogare** (perjanjian antara dua pihak tidak boleh mengurangi hak publik).

82. Par in parem non habet imperium

Merupakan asas hukum pidana internasional yang bersumber dari hukum internasional dan berkaitan dengan imunitas atau kekebalan seorang kepala negara asing dalam hubungan internasional. Dalam *Black Law Dictionary*, postulat ini tertulis **par in parem imperium non habet** yang secara *leterlijk* berarti diantara orang – orang yang setara, tidak ada yang memiliki kekuasaan yang lebih besar²²⁸.

228 Black Law Dictionary, Op.Cit., hlm. 1672.

Postulat ini mengandung kedalaman makna bahwa seorang kepala negara tidak boleh dihukum dengan menggunakan hukum negara lain. Perkembangan lebih lanjut postulat ini dikecualikan dari kejahatan-kejahatan serius terhadap masyarakat internasional seperti agresi, genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang. Dalam Pasal 27 Statuta Roma, tidak mengenal relevansi jabatan resmi²²⁹. Dengan kata lain jika berkaitan dengan kejahatan-kejahatan serius terhadap masyarakat internasional asas *par in parem non habet imperium* dikecualikan²³⁰.

83. *Peccatum peccato addit qui culpa quam facit patrocinium defensionis adjungit*

Bukan merupakan adagium atau *old maxim*. Bukan juga merupakan postulat atau asas, melainkan doktrin dalam hukum pidana yang dikenal dengan istilah *concursum*, atau *samenloop* atau perbarengan. ***Peccatum peccato addit qui culpa quam facit patrocinium defensionis adjungit*** berarti seseorang dapat diadili atas beberapa kejahatan yang ia lakukan dalam rangkaian waktu yang sama. Perbarengan dalam hukum pidana terdiri dari perbarengan aturan, perbarengan perbuatan, perbarengan penentuan dan perbuatan berlanjut.

229 Dalam Pasal 27 ayat (1) Statuta Roma secara tegas dinyatakan: "Statuta ini berlaku sama terhadap semua orang tanpa suatu perbedaan atas dasar jabatan resmi. Secara khusus, jabatan resmi sebagai seorang kepala negara atau pemerintahan, anggota suatu pemerintahan atau parlemen, wakil terpilih atau pejabat pemerintah dalam hal apapun tidak mengecualikan seseorang dari tanggung jawab pidana di bawah statuta ini, demikian pula dalam dan mengenai dirinya sendiri, tidak merupakan suatu alasan untuk mengurangi hukuman". Sedangkan ayat (2) nya menyatakan, "Kekebalan atau peraturan prosedural khusus yang mungkin terkait dengan jabatan resmi dari seseorang, baik di bawah hukum nasional atau internasional, tidak menghalangi mahkamah untuk melaksanakan yurisdiksinya atas orang tersebut". Lihat dalam ELSAM, 2000, Statuta Roma: Mahkamah Pidana Internasional, ELSAM, Jakarta, hlm. 35.

230 Eddy O.S Hiariej, Pengantar Hukum Pidana Internasional, Op.Cit., hlm. 27.

84. *Persona standi in judicio*

Dalam beberapa literatur dikenal dengan asas ***locus standi*** atau ***legal standing*** yang berarti orang yang berwenang dan cakap hukum berperkara di pengadilan. Postulat ini merupakan prinsip dasar dalam hukum acara. Seseorang harus mengajukan dalil-dalil yang membuktikan bahwa orang tersebut mempunyai kewenangan atau kepentingan untuk mengajukan gugatan atau berperkara di pengadilan. Dalam hukum acara perdata, ***legal standing*** ini merupakan suatu hal yang prinsip bagi seorang penggugat. Demikian pula dalam mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar di Mahkamah Konstitusi, seseorang harus mengajukan dalil-dalil bahwa dia punya kepentingan atau kewenangan untuk mengajukan permohonan tersebut.

Hal ini berbeda dengan hukum acara pidana. Pada dasarnya, dalam hukum acara pidana tidak dikenal ***legal standing***, kecuali tindak pidana yang disebut sebagai delik aduan. Artinya, syarat untuk memproses perkara tersebut harus ada pengaduan dari korban atau orang yang memiliki ***legal standing***. Di mahkamah internasional (*international court of justice*), individu bukanlah *locus standi* atau ***legal standing*** dari mahkamah melainkan hanya negara dan organisasi internasional publik.

85. *Presumption of innocent*

Diartikan sebagai asas praduga tidak bersalah. Konsekuensinya seseorang dianggap tidak bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan bersalah dan telah mempunyai kekuatan hukum tetap. ***Presumption of innocent*** ini bersumber pada suatu postulat dalam hukum Romawi yang menyatakan ***actus legis nemini est damnosus***. Artinya, tindakan hukum tidak boleh berprasangka buruk terhadap siapa pun. Demikian postulat yang berbunyi ***in favorem vitae, libertatis, et innocentiae omnia praesumuntur*** yang berarti semua praduga harus memihak kehidupan, kebebasan dan praduga

tak bersalah. Dalam proses peradilan pidana, asas ini merupakan dasar pijakan terutama bagi hakim yang mengadili perkara. ***Juratores debent esse vicini, sufficientes est minus suspecti*** yang berarti hakim harus berpegangan pada kebenaran dan bebas dari segala kecurigaan. ***Odiosa non praesumuntur*** (tidak boleh berprasangka buruk).

Di samping ***presumption of innocent***, juga dikenal asas ***presumption of guilt*** yang diartikan sebagai asas praduga bersalah. Artinya, seseorang sudah dianggap bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan dia bersalah. Di sini berlaku ***old maxim, in odium spoliatoris omnia praesumuntur*** yang berarti semuanya diprasangka buruk terhadap pelaku. ***Omnia praesumuntur contra spoliatorem***. Artinya, prasangka buruk selalu ada terhadap orang yang dituduh. Apakah asas praduga tidak bersalah merupakan lawan dari asas praduga bersalah ?

Khusus mengenai asas praduga bersalah dan asas praduga tidak bersalah perlu dipahami bahwa kedua asas tersebut tidaklah bertentangan antara satu dengan yang lain. Bahkan oleh **Packer** dengan tegas dikatakannya bahwa keliru jika memikirkan asas praduga bersalah sebagaimana yang dilaksanakan dalam ***crime control model*** sebagai suatu yang bertentangan dengan asas praduga tidak bersalah yang menempati posisi penting dalam ***due process model***. Ibarat kedua bintang kutub dari proses kriminal, asas praduga tidak bersalah bukanlah lawannya, ia tidak relevan dengan asas praduga bersalah. Dua konsep tersebut berbeda tetapi tidak bertentangan.

Asas praduga tidak bersalah adalah pengarahannya bagi para aparat penegak hukum tentang bagaimana mereka harus bertindak lebih lanjut dan mengesampingkan asas praduga bersalah dalam tingkah laku mereka terhadap tersangka. Intinya, praduga tidak bersalah bersifat ***legal normative*** dan tidak berorientasi pada hasil akhir. Sedangkan asas praduga bersalah bersifat deskriptif faktual. Artinya, berdasarkan fakta-fakta yang ada, si tersangka pada akhirnya akan dinyatakan

bersalah. Hal ini didasarkan pada adagium ***favores ampliandi sunt; odia restringenda***. Artinya, prasangka yang mungkin patut diselidiki lebih jauh. Oleh sebab itu, terhadapnya harus dilakukan proses hukum mulai dari tahap penyelidikan, penyidikan, penuntutan sampai pada tahap pengadilan.

86. ***Poenae ut poenae, poenae ut medicine***

Seorang teolog dan juga filsuf serta ahli pikir negara, **Thomas Aquinas** mengajukan doktrin dari sudut pandang Katolik yang memisahkan antara ***poenae ut poenae, poenae ut medicine*** : pidana sebagai pidana, pidana sebagai obat²³¹. Menurut **Aquinas**, tatkala negara menjatuhkan pidana dengan daya kerja pengobatan, maka perlu diberikan perhatian terhadap prevensi umum dan prevensi khusus : ***poenae praesentis vitae magis sunt medicinales quam retributive***²³². Oleh karena itu hukuman harus ada batasnya: ***poenae sunt restringendae***. Pandangan **Aquinas** ini melahirkan teori rehabilitasi dalam konsep pembedaan. Artinya, terpidana haruslah dipandang sebagai orang sakit dan oleh karena itu harus diobati sehingga bisa kembali ke masyarakat.

87. ***Quaedam, rationalis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui cura communitatis habet promulgata***

Bukan merupakan adagium atau *old maxim*, dan juga bukan merupakan postulat, melainkan lebih pada definisi hukum yang dikemukakan oleh **Thomas Aquinas**. ***Quaedam, rationalis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui cura communitatis habet promulgata*** mengandung makna bahwa hukum merupakan penataan pemikiran demi kebaikan bersama yang diundangkan untuk kepentingan masyarakat. Dari definisi ini, **Aquinas** ingin menegaskan bahwa hukum adalah suatu penalaran dan hukum ditujukan untuk kepentingan

²³¹ Hazewinkel Suringa, Op.Cit., hlm. 505.

²³² Jan Rammelink, Op.Cit., hlm. 612.

masyarakat²³³.

88. *Qui non habet in aere, luat in corpore, ne quis peccetur impune*

Dalam hukum yang dapat dimintakan pertanggungjawaban selain individu juga adalah korporasi atau badan hukum atau *rechts person*. ***Jus quo universitates utuntur est idem quod habent private*** (hak – hak yang dimiliki oleh badan hukum sama dengan hak yang dimiliki oleh orang). Dalam konteks perdata tentunya korporasi dapat dimintakan ganti kerugian oleh pihak lain akibat kerugian yang ditimbulkan olehnya. Demikian pula dalam hukum pidana, korporasi dapat dimintakan pertanggungjawaban dan dapat dijatuhi pidana. Akan tetapi, pidana yang dapat dijatuhkan hanya sebatas pidana denda. Bagaimana jika korporasi tidak bisa membayar denda dalam konteks hukum pidana atau membayar ganti rugi alam konteks perdata, maka kewajiban tersebut dilimpahkan kepada individu. Hal ini berdasarkan adagium ***qui non habet in aere, luat in corpore, ne quis peccetur impune***. Artinya, korporasi yang tidak bisa membayar kerugian, maka kewajiban itu dilimpahkan kepada individunya, untuk mencegah adanya impunitas.

89. *Qui per alium facit per seipsum facere videtur*

Doktrin penyertaan dalam hukum pidana menyatakan bahwa selain pelaku materiil atau *materieel dader*, terdapat juga orang yang menyuruh lakukan, orang yang bersama-sama turut serta melakukan dan orang yang menggerakkan atau menganjurkan. Di samping penyertaan, dikenal juga pembantuan. Khusus mengenai orang yang menyuruh lakukan, di sini berlaku postulat ***qui per alium facit per seipsum facere videtur***. Artinya, seseorang yang menyuruh orang lain melakukan suatu perbuatan, sama halnya dengan orang tersebut melakukan perbuatan itu sendiri.

233 Carl Joachim Friedrich, Op.Cit., hlm. 57.

90. Qui potest et debet vetera, tacens jubet

Artinya, seseorang yang berdiam, tidak mencegah atau tidak melakukan sesuatu yang harus dilakukan, sama saja seperti ia yang memerintahkan. Postulat ini merupakan dasar atau asas dari doktrin *crime by omission* atau delik omisi dalam hukum pidana. Sebagaimana yang telah disinggung dalam Bab I di atas, bahwa isi kaidah hukum antara lain adalah berupa perintah. Dalam kaidah hukum yang berisi perintah, seseorang dikatakan melanggar hukum, jika tidak mematuhi perintah yang harus dilaksanakan. Tegasnya, tidak melakukan perbuatan yang diperintahkan atau delik omisi.

91. Qui non potest solvere in aere, luat in corpore

Jenis pidana yang dapat dijatuhkan terhadap seorang pelaku tindak pidana dapat berupa pidana badan yakni penjara atau kurungan dan pidana denda. Di negara—negara maju, variasi sanksi pidana yang dapat dijatuhkan tidak sebatas pidana badan dan denda, tetapi juga pidana kerja sosial dan pidana pengawasan. Bila seorang pelaku tindak pidana dijatuhi pidana denda dan tidak sanggup membayarnya, maka diganti dengan pidana badan. Hal ini didasarkan pada postulat ***qui non potest solvere in aere, luat in corpore***. Artinya, siapa tidak mau membayar, maka ia harus melunasinya dengan derita badan²³⁴.

92. Qui semel actionem renunciaverit, amplius repetere non potest

Seorang penggugat yang telah menarik kembali gugatannya, tidak bisa lagi menggugat perkara yang sama. Demikianlah arti postulat tersebut. Asas ini berlaku dalam hukum acara perdata dengan kedalaman makna bahwa jika seorang telah mengajukan gugatan ke pengadilan kemudian

234 Ibid, hlm. 478.

mencabutnya sama artinya orang tersebut telah mengukurkan haknya sehingga tidak boleh diajukan lagi. Demikian pula dalam perkara pidana, terhadap delik aduan, jika seorang pengadu telah mencabut aduannya maka perkara tersebut tidak boleh diajukan lagi.

93. *Quod fieri per leges lecebat, quia id nec divina prohibet et nondum prohibuerat lex humana*

Kaidah hukum diyakini berasal dari kaidah agama, kaidah kesucilaan dan kaidah kesopanan. Bahkan kaidah hukum, mengkonkritkan – dalam pengertian pemberlakuannya dapat dipaksakan – kaidah agama, kaidah kesucilaan dan kaidah kesopanan. Isi dari kaidah hukum adalah perintah, larangan atau perkenan. Sedangkan sifat kaidah hukum adalah imperatif atau fakultatif. Salah satu tokoh filsafat hukum Kristen **Agustine** menyatakan bahwa apa yang dibolehkan kaidah hukum karena kaidah agama tidak melarangnya, demikian juga kaidah kesopanan. Hal ini dinyatakan dalam adagium ***quod fieri per leges lecebat, quia id nec divina prohibet et nondum prohibuerat lex humana***. Artinya, yang diinginkan terjadi oleh hukum, itu karena hukum Ilahi tidak melarangnya dan hukum manusia belum melarangnya²³⁵.

94. *Quod licet jovi non licet bovi*

Dalam kehidupan bermasyarakat ada hak dan kewajiban yang harus ditunaikan, namun ada juga kepentingan kolektif dari suatu masyarakat yang harus diperhatikan oleh setiap individu sebagai anggota masyarakat tersebut. Keadilan tidaklah diartikan sama rata dan sama rasa tetapi juga termasuk memberikan apa yang menjadi hak seseorang. Dalam konteks ini ada *old maxim* yang menyatakan ***quod licet jovi non licet bovi*** yang berarti apa yang dilakukan oleh seseorang, belum berarti boleh dilakukan orang lain.

235 Carl Joachim Friedrich, Op.Cit., hlm. 49.

95. *Reformatio in melius*

Bukan merupakan postulat atau adagium atau *old maxim*, melainkan berupa suatu doktrin yang berlaku universal dalam pemeriksaan perkara di Mahkamah Agung. ***Reformatio in melius*** mengandung makna putusan Mahkamah Agung dalam pemeriksaan suatu perkara, baik dalam pemeriksaan kasasi, maupun pemeriksaan peninjauan kembali, putusannya tidak boleh lebih berat dari pada putusan pengadilan sebelumnya. Hal ini berdasarkan argumentasi bahwa pemeriksaan perkara oleh Mahkamah Agung hanyalah sebagai *judex juris* dan bukan *judex factie*. Artinya, Mahkamah Agung hanya memeriksa perihal hukumnya saja dan bukan faktanya.

96. *Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*

Tidak selamanya semua perbuatan yang dilakukan dengan kesengajaan dapat dijatuhi pidana. Ada kalanya, kendatipun suatu perbuatan dilakukan dengan sengaja, namun pelakunya tidak dijatuhi pidana karena ada kesesatan dalam kesengajaan. Ada beberapa kesesatan dalam kesengajaan, antara lain kesesatan fakta dan kesesatan hukum. Hal ini membawa konsekuensi dapat – tidaknya dipidana seseorang. Kesesatan hukum tidak dapat membebaskan seseorang dari hukuman, namun tidak demikian dengan kesesatan fakta. Demikianlah arti dari postulat ***regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere***.

97. *Res ipsa loquitur*

Kesalahan adalah elemen terpenting dari pertanggungjawaban pidana. Artinya, untuk seseorang dinyatakan dapat dipertanggungjawabkan, harus memiliki kesalahan. Akan tetapi, dalam pertanggungjawaban korporasi, tidak harus selalu memperhatikan kesalahan, namun cukup dengan mendasarkan pada adagium ***res ipsa loquitur***. Artinya, bahwa fakta sudah berbicara dengan sendirinya. Pada faktanya, kerugian

dan bahaya yang ditimbulkan oleh perbuatan pidana korporasi sangat besar, baik secara fisik, ekonomi, maupun *social cost* yang mana korban mencakup pula masyarakat dan negara²³⁶.

98. Res judicata pro veritate habetur

Setiap putusan pengadilan dianggap benar dan harus dihormati. Demikian arti dari postulat ini. Merupakan asas hukum umum untuk semua putusan pengadilan, terlepas dari putusan tersebut benar ataukah salah. Demikian juga tiga postulat lainnya : ***judicia sunt tanquam juris dicta, et pro veritate accipiuntur*** (putusan merupakan penerapan hukum dan diterima sebagai suatu kebenaran), ***judiciis posterioribus fides est adhibenda*** (putusan akhir patutnya dipercaya) dan ***judicium semper pro veritate accipitur*** (putusan selalu diterima sebagai suatu kebenaran).

Seorang juris agung, **Herman Kantorowichs** mengibaratkan putusan pengadilan seperti seroang dokter yang menulis obat di atas kertas resep pasiennya. Dikatakan oleh **Kantorowichs**, “... *defining law in term of what the courts do is like saying the medicine is what doctor prescribes...*” Obat yang ditulis di atas kertas resep pasiennya diyakini sebagai suatu kebenaran untuk menyembuhkan sang pasien. Demikian pula dengan putusan pengadilan, haruslah dianggap benar bahwa putusan tersebut diambil berdasarkan pertimbangan-pertimbangan yang benar pula. Bahkan, hakim tidak wajib menjelaskan pertimbangan-pertimbangan tersebut sebagaimana postulat ***judices non tenentur exprimere causam sententiae suae*** (hakim tidak diwajibkan untuk menjelaskan pertimbangan putusannya). Postulat lainnya yang berkaitan, berbunyi ***de fide et officio judicis non recipitur quaestio, sed de scientia sive sit error juris sive***

236 Setiyono, 2005, *Kejahatan Korporasi : Analisis Viktimologi Dan Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Bayumedia Publishing, Malang, hlm. 131-132.

facti. Artinya, itikad baik serta kejujuran para hakim tidak boleh dipertanyakan, tetapi pengetahuannya dapat dicela apabila terdapat kesalahan pada fakta atau penerapan hukumnya.

Putusan pengadilan dalam perkara pidana berlaku asas **res judicata in criminalibus**: finalnya putusan dalam perkara pidana yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap sehingga menutup total hak untuk melakukan atau melanjutkan penuntutan kembali terlepas dari putusan tersebut benar atau salah. Konsekuensi lebih lanjut dari asas ini, putusan pengadilan dalam perkara pidana haruslah diseksekusi atau dilaksanakan karena memiliki kekuatan hukum. **Judicia posterior sunt in lege fortiora** (putusan akhir memiliki kekuatan hukum). Setiap putusan pengadilan harus dilaksanakan sesuai asas **parum est latam esse sententiam, nisi mandetur executioni**. Artinya, Suatu putusan bukan hanya diberikan, tetapi harus dilaksanakan.

Dalam perkara perdata dikenal postulat **res judicata jus facit inter partes**. Artinya, putusan pengadilan menimbulkan hak antara para pihak yang berpekar. Baik dalam perkara pidana maupun perkara perdata setiap putusan yang berkekuatan hukum tetap wajib dilaksanakan sehingga suatu perkara memiliki ujung sebab hukum melarang proses hukum yang tidak berujung (**in finitum in jure reprobatur**)

99. **Sacramentum habet in se tres comites, veritatem justitiam et judicium: veritas habenda est in jurato; justitia et judicium in judice**

Seorang saksi di pengadilan sebelum memberikan keterangan saksi, terlebih dulu diambil sumpahnya. Adagium **sacramentum habet in se tres comites, veritatem justitiam et judicium : veritas habenda est in jurato; justitia et judicium in judice** berarti, terdapat tiga komponen dalam sumpah—kebenaran, keadilan, kehakiman: kebenaran pada pernyataan yang dibuat oleh orang yang telah disumpah, Keadilan dan kehakiman terdapat pada hakim yang mengambil sumpahnya.

100. *Secundum allegat iudicare*

Asas ***secundum allegat iudicare*** berarti hakim *tutwuri* terhadap peristiwa-peristiwa yang diajukan oleh para pihak. Asas ini dikenal dalam hukum acara perdata yang menandakan bahwa hakim dalam perkara perdata bersifat pasif. Dalam kaitannya dengan hukum pembuktian sangat terkait asas pembagian beban pembuktian. Berdasarkan peristiwa-peristiwa yang diajukan oleh para pihak kemudian ditentukan peristiwa mana yang harus dibuktikan. Tidak selamanya penggugat yang harus membuktikan suatu peristiwa yang diajukan dalam persidangan. Dapat saja berdasarkan peristiwa yang diajukan kemudian ditentukan yang harus membuktikan adalah tergugat. Intinya siapa yang membuktikan atas peristiwa yang diajukan di persidangan adalah pihak yang mengaku mempunyai suatu hak atau mengukuhkan hak sendiri atau membantah hak orang lain.

101. *Societes delinquere non potest*

Pertanggungjawaban pidana korporasi telah menjadi perdebatan sejak awal abad 19. Namun, sampai dengan saat ini, ada beberapa negara yang secara tegas tidak menganut pertanggungjawaban korporasi dalam hukum pidananya seperti Jerman, Itali, Yunani, Portugal dan Spanyol. Negara-negara ini berpegang teguh pada dua doktrin yang dikemukakan oleh **von Savigny** dan **Malblanc**. *Pertama, **societies delinquere non potest***. Artinya, korporasi tidak mungkin melakukan tindak pidana. *Kedua, **universitas delinquere non potest*** yang berarti korporasi tidak dapat dipidana. Di negara-negara tersebut, pertanggungjawaban korporasi hanya dikenal dalam lapangan hukum perdata dan hukum administrasi²³⁷.

102. *Similia similibus curantor*

237 Muladi Dan Dwidja Priyatno, 2010, Pertanggungjawaban Pidana Korporasi, Cetakan Pertama, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 86.

Dalam *Black Law Dictionary*, postulat ini tertulis ***de similibus idem est iudicium*** bahwa terhadap perkara yang sama harus diterapkan putusan yang sama²³⁸. Postulat lain yang serupa adalah ***in consimili casu consimile debet esse remedium*** yang berarti perkara yang serupa, putusannya pun serupa. Hal ini untuk menjamin kepastian hukum dan keadilan bahwa setiap orang mempunyai kedudukan yang sama di depan hukum. ***Quod ad jus natural attinet, omnes homines aequalus sunt*** (semua manusia setara di muka hukum). Oleh karena itu terhadap perkara-perkara yang sejenis, kendatipun para pihak antara perkara yang satu dengan perkara yang lain berbeda, haruslah diputus yang sama dengan perkara yang telah diputus terlebih dulu. ***Eadem est ratio, eadem est lex*** (jika alasannya sama, maka hukumnya sama). Kontra dengan kedua postulat ini adalah ***dissimilium dissimilis est ratio***. Artinya, terhadap perkara yang berbeda, penerapan hukumnya pun berbeda.

103. Stare decisis et quieta non movere

Dikenal di negara-negara yang mengikuti *common law system* atau *anglo saxon system*, putusan pengadilan terikat pada putusan pengadilan sebelumnya. Hal ini dikenal dengan istilah *the binding force of precedent*. Doktrin ini bersumber pada postulat ***stare decisis et non quieta movere***. Secara harfiah postulat tersebut berarti untuk tetap pada putusan sebelumnya dan tidak terpengaruh pada permasalahan yang ada sehingga tidak menyimpang prinsip yang telah ditetapkan.

104. Tabellionis officium fideliter exercebo

Merupakan postulat yang harus dipegang teguh oleh para notaris bahwa notaris harus bekerja secara tradisional. Dalam pembuatan suatu akta oleh notaris, para pihaklah yang harus mendatangi notaris dan bukan sebaliknya. Oleh karena itu, kendatipun teknologi telah

238 Black Law Dictionary, Op.Cit., hlm. 1630.

maju secara pesat, namun ada pekerjaan tertentu dari seorang notaris yang harus dilakukan secara tradisional. Artinya, dilakukan oleh para pihak di wilayah hukum notaris yang bersangkutan. Sebagai *officium nobile* atau profesi yang mulia, notaris dalam melaksanakan tugas harus berpegang pada etika dan moral.

Dalam perkembangan lebih lanjut, dikenal *cyber notary* yang mana pembuatan akta dapat melalui dunia maya, namun hal ini dikecualikan terhadap akta-akta yang harus dibuat berdasarkan undang-undang, dalam pengertian para pihak harus menghadap secara fisik di hadapan notaris. Di Gorgia – salah satu bekas negara bagian Uni Sovyet – pembuatan akta dapat dilakukan melalui *teleconference*, namun asas ***tabellionis officium fideliter exercebo*** tetap dipatuhi.

Sebagai misal, A di kota X dan B di kota Y akan melakukan transaksi jual beli tanah dan bangunan yang terdapat di kota Z. Berdasarkan asas tersebut, A dan B harus menghadap notaris di kota Z secara fisik untuk melakukan transaksi jual-beli karena objek jual-beli berada di kota Z. Untuk memanfaatkan kemajuan teknologi, transaksi tersebut bisa dilakukan melalui *teleconference* namun tetap di hadapan notaris. Artinya, A harus mendatangi notaris di kota X, B harus mendatangi notaris di kota Y dan bersama-sama dengan notaris di kedua kota tersebut melakukan *teleconference* untuk membuat akta dengan notaris di kota Z.

105. Ubi jus incertum, ibi jus nullum

Old maxim ini mengandung makna bahwa sesuatu yang tidak pasti bukanlah hukum. Pepatah ini lebih menekankan pada aspek kepastian hukum. Bahwa adanya hukum bertujuan untuk memberi kepastian terhadap setiap tingkah laku individu dalam kehidupan masyarakat untuk melakukan perbuatan yang diperintahkan dan menghindari perbuatan yang dilarang.

106. Ultimum remidium

Salah satu dasar pijakan aliran modern dalam hukum pidana adalah *ultimum remidium*. Doktrin ini menegaskan bahwa hukum pidana merupakan senjata pamungkas atau sarana terakhir yang digunakan untuk menyelesaikan suatu permasalahan hukum. Beberapa ahli telah mengemukakan teori yang berkaitan dengan hukum pidana sebagai *ultimum remidium*. **Frank von Litz** sebagai salah seorang tokoh yang melanjutkan aliran modern dalam hukum pidana mengemukakan bahwa hukum pidana itu merupakan substitusi dari ranah hukum lainnya.

Demikian pula **G. E. Mulder** mengungkapkan bahwa hukum pidana merupakan lingkaran terluar dari hukum yang harus diberlakukan²³⁹. Ahli hukum Jerman, **Merkel** mengemukakan “*Der strafe komt eine subsidiare stellung zu*” (bahwa tempat hukum pidana adalah selalu subsider terhadap upaya hukum lainnya). *Juris* Belanda, **Modderman** pada saat perancangan *Wetboek van Strafrecht* menegaskan bahwa negara wajib menindak suatu pelanggaran hukum atau ketidakadilan yang tidak dapat ditanggulangi secara memadai oleh sarana hukum lainnya. Dengan demikian, pidana adalah dan akan tetap harus dipandang sebagai *ultimum remidium*²⁴⁰. Kebalikan dari doktrin *ultimum remidium* adalah *primum remidium*. Artinya, hukum pidana dipakai sebagai sarana utama untuk mengakkan hukum. Dalam konteks hukum pidana di Indonesia, beberapa kejahatan, khususnya *extra ordinary crime*, menempatkan hukum pidana sebagai *primum remidium*. Contohnya adalah tindak pidana korupsi.

107. Ultra Petita

Ultra petita diartikan sebagai putusan hakim melebihi dari apa yang dituntut. Dalam perkara perdata, hal ini tidak dibenarkan. Artinya, putusan hakim tidak boleh melebihi dari apa yang digugat oleh penggugat. Hal tersebut didasarkan pada postulat *judex non*

239 Jan Rimmelink, Op. Cit., hlm. 7

240 Ibid., hlm. 28.

reddit plus quam quod petens ipse requirit yang berarti seorang hakim dilarang mengabulkan lebih dari apa yang tidak diminta oleh penggugat. Namun dalam perkara pidana tidaklah demikian. Putusan hakim boleh melebihi tuntutan jaksa penuntut umum. Putusan dalam perkara pidana hanya dibatasi oleh maksimum sanksi pidana yang terdapat dalam suatu pasal. Demikian pula halnya dalam hak uji materiil di Mahkamah Konstitusi. Hakim boleh memutus melebihi apa yang dimohonkan. Hal ini dibenarkan berdasarkan aliran *judicial activism*. Artinya, hakim aktif dalam menguji norma sehingga boleh memutus melebihi apa yang dimohonkan.

108. Una Via

Una via principle adalah derivat dari asas *ne bis in dem*. Postulat ini mengandung makna, jika suatu perkara telah diselesaikan secara administrasi – dalam pengertian telah dijatuhkan sanksi administrasi – maka menutup kemungkinan untuk dijatuhkan sanksi pidana. Tegasnya, penyelesaian secara administrasi menutup peluang penyelesaian secara pidana. Prinsip ini secara jelas diulas dalam disertasi **Lodewijk Jacob Jan Rogier** yang berjudul *Strafsancties, administratieve sancties en het una via beginsel* (Sanksi pidana, sanksi administrasi dan asas *una via*) yang diterbitkan oleh Gouda Quint, BV, Arnhem, 1992.

Dikatakan oleh **Rogier**, “*The una via principle deals with the choice between penal sanctions and administrative sanctions. It is an extension of the ne bis in idem principle.(dst). In my opinion the una via principles is of paramount importance. Statutory provision should be made to prevent the possible cumulation of penal and administrative sanctions. In the absence of such a rule incorporating the una via principle, the authority with power to impose sanctions should apply the principle directly*”.

109. Unus testis nullus testis

Secara harafiah **unus testis nullus testis** berarti seorang saksi bukanlah saksi. Tegasnya untuk membuktikan suatu peristiwa hukum apakah itu dalam konteks pidana maupun perdata dibutuhkan minimal dua orang saksi. **Responsio unius non omnino audiatur** (pernyataan satu saksi sepatutnya tidak didengar). Keharusan pembuktian dengan minimal dua orang saksi didasarkan antara lain pada firman Allah SWT, Q.S. Al-Baqarah (2) : 282, yang berbunyi, “...Dan persaksikanlah dengan dua orang saksi dari orang-orang lelaki di antaramu jika tak ada dua orang saksi, maka (boleh) seorang lelaki dan dua orang perempuan dari saksi-saksi yang kamu ridhai, supaya jika seorang lupa maka seorang lagi mengingatkannya. Janganlah saksi-saksi itu enggan (memberi keterangan) apabila mereka dipanggil”²⁴¹.

Demikian pula sebagaimana yang terdapat dalam Alkitab, *Deuternomion* – Kitab Ulangan XIX, 15 perihal saksi yang berbunyi : “*Satu orang saksi saja tidak dapat menggugat seseorang mengenai perkara kesalahan apa pun atau dosa apa pun yang mungkin dilakukannya; baru atas keterangan dua atau tiga orang saksi, perkara itu tidak disangsikan*”²⁴². Dalam konteks parameter pembuktian, asas **unus testis nullus testis** ini berkaitan dengan *bewijs minimum* atau bukti minimum yang dibutuhkan untuk memproses suatu perkara.

Keterangan saksi sebagai alat bukti merupakan hal yang utama, terlebih jika saksi tersebut melihat sendiri suatu peristiwa hukum. **Plus valet unus oculus testis quam auriti decem** yang berarti satu saksi mata lebih baik dari pada 10 saksi yang hanya mendengar. Namun demikian, syarat minimum saksi adalah sebagaimana tersebut di atas sebab **plus vident oculi quam oculus**. Artinya, beberapa saksi mata lebih baik dari pada hanya satu, meskipun **ponderantur testes, non numerantur** (yang penting adalah isi kesaksian saksi,

241 H. Anshoruddin, 2004, *Hukum Pembuktian Menurut Hukum Acara Islam Dan Hukum Positif*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 33.

242 John Gilissen dan Frits Gorle, 2009, *Sejarah Hukum ; Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 150.

bukan jumlah saksi).

110. Verba Volant scripta manet

Secara harafiah *old maxim* ini berarti yang terucap akan lenyap, yang tertulis akan abadi. *Old maxim* lainnya yang sama adalah ***vox audita perit, littera scripta manet***. Artinya, suara yang terdengar itu hilang, sedangkan kalimat yang tertulis tetap tinggal. Demikian pula adagium yang berbunyi ***vox emissa volat; littera scripta manet*** (ketika suara yang diperdengarkan menghilang; huruf yang tertulis lah yang tersisa). Kedalaman makna ungkapan tersebut adalah setiap buah pemikiran yang ditulis akan terpatri pada diri setiap orang yang membacanya.

111. Volenti non fit iniura

Postulat ini dikenal dalam hukum administrasi yang berarti terhadap siapa yang memberikan persetujuan satu tindakan, tidak akan menghasilkan ketidakadilan²⁴³. Dalam beberapa literatur asas ini tertulis ***nulla iniura est, quae in volentem fiat***. Postulat ini kemudian diadopsi dalam hukum pidana yang mana izin atau persetujuan dapat merupakan suatu alasan penghapus pidana, dalam hal ini adalah alasan pembenar, jika perbuatan yang dilakukan mendapat persetujuan dari orang yang akan dirugikan dari perbuatan tersebut. Artinya, ada *consent of the victim* atau persetujuan korban²⁴⁴.

112. Voluntas reputabitur pro facto

Percobaan dalam doktrin hukum pidana mengandung dua elemen yang sangat penting yaitu adanya niat dan permulaan pelaksanaan. Adanya niat diukur berdasarkan fakta yang ada. Dalam konteks ini berlaku postulat ***voluntas reputabitur pro facto***. Artinya, niat sama artinya

243 Jan Remmelink, Op.Cit., hlm. 264.

244 Marcus Priyo Gunarto, Op.Cit, hlm. 13.

dengan fakta yang ada²⁴⁵. Postulat lain yang juga mendukung teori ini adalah ***intentio mea imponit nomen operi meo*** yang berarti niat seseorang tercerminkan pada perbuatannya. Dalam delik pencemaran nama baik berupa suatu pernyataan berlaku postulat ***verba sunt indices animi*** yang berarti perkataan mengindikasikan niatan.

245 Jerome Hall, Op.Cit., hlm. 561.

BAB V

ANTINOMI HUKUM

Antinomi atau antinomia merupakan pertentangan norma yang terus berkesinambungan dalam setiap norma hukum yang diciptakan. Setiap norma hukum—yang mewujud dalam bentuk peraturan perundang-undangan, materi muatan di dalamnya selalu tak dapat melepaskan diri dari suatu antinomi—mengalami pertentangan.

Istilah ‘antinomi’ pertama kali digunakan pada 1529, berasal dari bahasa latin ‘antinomia’, yang berarti ‘anti-nomos’, atau pertentangan norma. Secara harfiah antinomi berarti, “*a contradiction between two apparently equally valid principles or between inferences correctly drawn from such principles*—sebuah pertentangan atau kontradiksi antara dua hal yang terlihat sama—*equally*, dalam sebuah prinsip yang sah—suatu peraturan yang berlaku atau bila disimplifikasikan berarti pertentangan di dalam suatu hukum itu sendiri.

Secara konseptual, antinomi memiliki pengertian yang sangat beragam di dalam berbagai literatur. Mengambil pengertian yang terdapat di dalam *Black’s Law Dictionary*, antinomi mengandung arti, “*a term used in logic and law to denote a real or apparent inconsistency or conflict between two facts authorities or propositions; same as antinomia*”²⁴⁶.

Apabila kita merujuk kepada Kamus Webster²⁴⁷ maka akan ditemukan pengertian antinomi sebagai:

1. *A contradiction between two apparently equally valid principles or between inferences correctly drawn from such principles.*
2. *A fundamental and apparently unresolvable conflict or contradiction (antinomies of beauty and evil; freedom and slavery).*

Pandangan tentang antinomi, yang diambil dari *Black’s Law*, menggunakan pendekatan konservatif yang lazim digunakan dalam penemuan hukum. Pendekatan ini mengutamakan undang-undang di atas segala-galanya, dan banyak digunakan dalam tradisi hukum Eropa Kontinental, seperti di Perancis, sampai dengan paruh pertama abad ke-19. Oleh karena itu, pengertian yang diberikan oleh *Black’s Law*, mengandung metode logis-positif. Pengertian dijabarkan oleh *Black’s Law* menggambarkan bahwa kontradiksi logis dalam hukum

246 Henry Campbell Black, (et.al), 1990, *Black’s Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American Law and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6th Edition, St. Paul: West Publishing, hlm. 93-94.

247 Frederick C. Mish, (et.al), 1991, *Webster’s Ninth New Collegiate Dictionary*, Massachusetts: Meriam-Webster Inc., hlm. 92.

adalah sesuatu yang wajar. Meskipun norma hukum dapat beroperasi dengan cara yang berlawanan, ini tidak berarti bahwa mereka secara logis bertentangan. Nilai mungkin bertentangan satu sama lain, tetapi tidak didasarkan pada metode logis, namun dalam refleksi filosofis. Oleh karena itu, menurut Black, kebalikan (kontradiksi) yang dimaksud dengan nilai lawan di sini hanyalah refleksi filosofis (diskursus)²⁴⁸.

Pengertian *Black's Law*, sama dengan *Webster*, namun pada bagian kedua *Webster*, disadari bahwa terdapat konflik atau kontradiksi yang sangat mendasar dan tidak dapat diselesaikan. Seperti dalam contoh disebutkan : ada konflik atau kontradiksi antara kebaikan dan kejahatan atau kebebasan dan perbudakan. Pemilihan contoh seperti ini bukanlah untuk memberikan penilaian “yang mana yang lebih unggul” di antara satu nilai dengan nilai lainnya, melainkan untuk mempersoalkan bahwa; ada nilai-nilai yang berpasangan namun bersitegang secara filosofis dalam rangka untuk mencari suatu harmoni diantaranya²⁴⁹.

Antinomi sebenarnya merupakan suatu kondisi tak terelakkan oleh karena kondisi hukum itu sendiri **Soedikno Mertokusumo** ketika mencirikan suatu kaedah hukum, dengan mengatakan bahwa salah satu ciri dari kaedah hukum, yang tidak dimiliki kaedah sosial lainnya, adalah berkaitan dengan daya kerjanya yang tidak saja membebani manusia dengan kewajiban tetapi sekaligus memberikan hak²⁵⁰.

Beban hak dan pemberian kewajiban inilah yang meniscayakan adanya kondisi antinomis. Prinsip yang lahir karena upaya membuat keseimbangan antara hak dan kewajiban. Membuat keseimbangan di antara dua hal yang dapat berseberangan secara diamterikal. Karenanya, keseimbangannya terus menerus mencoba untuk dijaga. Upaya menjaga inilah yang menjadi salah satu tugas dalam kaedah

248 E. Fernando M. Manullang, 2007, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, Kompas, Jakarta, hlm. 23. Lihat juga dalam Sudikno Mertokusumo & A. Pitlo, 1993, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, hlm. 4.

249 E. Fernando M. Manullang, *Op.Cit.*, , hlm. 23-25.

250 Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, *Op.Cit.*, hlm. 13-14.

hukum bahwa selalu berupaya untuk menjaga keseimbangan dalam masyarakat. Sudah menjadi tugas hukum, khususnya dalam kondisi terjadi peristiwa yang menimbulkan kegoncangan dalam masyarakat, hukum harus segera bertindak untuk mengembalikan kestabilan atau keseimbangan yang terganggu (*restitutio in integrum*). Hukum berguna untuk mengembalikan keadaan semula.

A. Konseptualisasi Antinomi Dari Immanuel Kant

Antinomi merupakan tema yang telah berkembang sejak jaman Yunani Kuno – dimana terjadi perdebatan yang panjang antara para filsuf pada masa itu. Perdebatan yang didasarkan kepada pola antinomis tersebut, tidak hanya berhenti pada jaman itu saja, melainkan terus berlanjut dan menjadi bagian dari metode ke-filsafatan²⁵¹.

Meskipun jauh-jauh hari, ketika tradisi hukum Yunani kuno berkembang, telah dikenal peristilahan ‘antinomia’, untuk menunjukkan adanya pertentangan dalam diri suatu hukum, konsep antinomi sebagai sebuah diskursus dalam pemikiran filsafat, khususnya dalam khazanah pemikiran filsafat hukum, pada mulanya dikembangkan oleh **Immanuel Kant**, bersamaan dengan berkembangnya pemikiran filsafat di Jerman. Berangkat dari pemikiran **David Hume**, **Kant** melalui bukunya “*Critique of Pure Reason*” yang dipublikasikan pada tahun 1781, mengenalkan konsep antinomi dalam pemikiran filsafat. Sebelumnya, **Hume** melalui konsep ‘determinisme’ yang digagas dalam bukunya “*A Treatise of Human Nature*”, 1740, mengungkapkan bahwa ‘selalu akan ada pertentangan dalam suatu materi atau prinsip’, lebih jauh dikatakan **Hume**:

“As this dilemma is an evident consequence of the principle, that every idea arises from a similar impression, so our decision betwixt

251 Lihat selengkapnya dalam Bertrand Russel, 1945, *A History of Western Philosophy: And Its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*, Simon & Schuster, New York, hlm. 708-709.

*the propositions of the dilemma is no more doubtful. go far from there being any distinct impression, attending every impression and every idea, that I do not think there are any two distinct impressions, which are inseparably conjoined*²⁵².

Dari pemikiran **Hume**, selanjutnya **Kant** mengembangkan struktur formal tentang antinomi di dalam pemikiran filsafat—atau lima gagasan, antinomi pertama terdiri dari dua bagian. Pemikiran Kant tentang antinomi dapat dilihat dalam kerangka struktur formal antinomi, yang dirumuskan **Kant** berikut ini:²⁵³

Struktur Formal Antinomi		
Antinomy	Φ (Given)	R (R-condition)
First (time)	state of the world	precedes
First (space)	spatial world region	properly encloses
Second	composite body	is a (proper) part of
Third	Alteration	grounds the causal power producing
Fourth	Alteration	grounds the (contingent) existence of

Menurut **Kant**, ke-empat struktur formal antinomi di atas akan mengungkap beberapa pertanyaan mendasar berikut ini²⁵⁴.

1. *Does the world have a beginning in time? A limit in space?*
2. *Is matter composed of simple substances or divisible to infinity?*
3. *Does the causality producing any event in nature depend on a spontaneous cause beyond nature?*
4. *Is nature (or any part of it) necessarily existent?*

Menjawab empat pertanyaan dasar di atas, dijelaskan **Kant**, bahwa

252 David Hume, 2009, *A Treatise of Human Nature*, The Floating Press, hlm. 115.

253 Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), hal. 251.

254 Ibid, hal. 252-256.

antinomi pertama berfokus pada dunia yang terbatas oleh ruang dan waktu (*the limitation of the universe in respect of space and time*). **Kant** menegaskan, bahwa keterbatasan ruang dan waktu itulah yang memberikan intuisi murni, sebagai sesuatu yang sangat penting dan tanpa batas, tetapi dibatasi oleh pertanyaan untuk apa sesungguhnya dunia ? Sedangkan, **antinomi kedua** mendasarkan pada kategori kualitas atau komposisi substansi materi (*it concerns the composition of substance in appearance, or matter*). Sementara **antinomi ketiga** berangkat dari posisi, atau pandangan yang dipahami bersama, bahwa ada hubungan sebab akibat antara satu materi dengan materi lainnya, yang kesemuanya membentuk keteraturan (*the problem of free will in relation to universal causality*). Terakhir, **antinomi keempat**, menjelaskan gagasan tentang saling membutuhkan, yang akan menciptakan suatu argumentasi pemikiran tentang kesadaran adanya kebutuhan (*the existence of a necessary being*)²⁵⁵.

Sederhananya, **Kant** ingin menganalisa dunia sebagaimana tampak pada kesadaran manusia. Bahwa emosi menjadi pengertian melalui bentuk ruang dan waktu. Pengertian tersebut kemudian menjadi pengalaman melalui kategori-kategori pengertian, seperti substansi, kualitas, dan kausalitas. Penilaian atas pengalaman tersebut selanjutnya dihubungkan satu sama lain melalui prinsip-prinsip umum. Pendekatan **Kant** ini didasarkan pada pertentangan fundamental antara akal dan alam. Menurutnya, alam mengikuti kebutuhan, sedangkan akal manusia adalah bebas karena manusia dapat menentukan tujuannya sendiri dan mempunyai kehendak bebas²⁵⁶.

Berangkat dari pemikiran **Kant** tentang antinomi itulah, kemudian

255 Ibid.

256 W. Friedmann, 1990, Teori dan Filsafat Hukum, Telaah kritis atas teori-teori hukum (Susunan II), Penerjemah Arifin, M., Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 2. Bandingkan dengan Timothy M Costelloe, Hume, Kant, and the "Antinomy of Taste", (Journal of the History of Philosophy, Baltimore, April 2003 Vol. 41, Iss. 2), hal. 165. Dapat diakses di <http://proquest.umi.com/pqdweb?index=18&did=338046141&SrchMode=1&sid=10&Fmt=3&VInst=PROD&VType=PQD&RQT=309&VName=PQD&TS=1178185767&clientId=45625>.

berkembang pula pemikiran tentang antinomi di dalam teori hukum, atau pun antinomi—pertentangan norma di dalam suatu aturan hukum. Melanjutkan konseptualisasi yang dilakukan **Kant**, hukum ditempatkan pada suatu kerangka mendasar untuk menjawab permasalahan apa tujuan hidup yang sesungguhnya ? Manusia kemudian berupaya untuk menjawab persoalan mendasar tersebut, melalui sebuah proses dialektika, yang digambarkan **Hegel** penuh dengan perpecahan, fragmentasi, pertentangan dan aporia, dengan harapan akan melahirkan suatu pemikiran analitik yang bisa menjadi kesimpulan umum²⁵⁷. Namun demikian, hingga saat ini peradaban barat tak pernah menemukan kata sepakat tentang tujuan hidup yang tertinggi, dalam tataran teoritik sekalipun²⁵⁸.

Dalam rangka mencapai tujuan hidup itulah, hukum kemudian diciptakan. Meski penuh dengan fragmentasi dan pertentangan, keseimbangan dalam masyarakat harus dicapai. Salah satu cara adalah dengan mengakomodasi dua hal yang sebetulnya saling berseberangan atau bertentangan satu sama lain. Akan tetapi keduanya harus selalu ada secara simultan, yang terejawantahkan dalam suatu kaedah hukum. Seperti halnya hak yang selalu diikuti dengan kewajiban, dan keduanya menjadi satu kesatuan dalam suatu kaedah hukum. Meneruskan teorisasi **Kant**, dua hal yang bertentangan, seperti dimaksud di atas, tetapi keduanya memiliki watak kausalitas dan harus selalu ada secara simultan, itulah yang kemudian disebut dengan antinomi di dalam kaidah hukum atau peraturan perundang-undangan²⁵⁹.

Tentang antinomi di dalam teori hukum atau kedah hukum itu sendiri, **Friedmann** menjelaskan, bahwa pertentangan-pertentangan itu terjadi sebagai akibat dari posisi alamiah hukum itu sendiri, yang berdiri diantara nalar filsafat, dan kebutuhan praktis politik—kepentingan.

257 Alan Norrie, 2000, From Critical to Socio-Legal Studies: Three Dialectics in Search of a Subject, (Journal Social & Legal Studies, Vol. 9), hlm. 85.

Dapat diakses di: <http://sls.sagepub.com/content/9/1/85>.

258 W. Friedmann, Teori dan Filsafat Hukum, Op.Cit., hlm. 33.

259 Ibid.

Kategori-kategori intelektual hukum dibangun dari penalaran filsafat yang panjang dan holistik, sedangkan cita-cita keadilan di dalam hukum dikonstruksikan melalui sebuah mekanisme politik yang cenderung transaksional²⁶⁰. Akibatnya, hukum bukanlah sesuatu yang terjadi secara alamiah, melainkan merupakan hasil—*resultante* dari beraneka ragam proses internalisasi, intrusi, dan negosiasi berbagai kepentingan, di antara faksi-faksi dan aktor-aktor dalam masyarakat.

Lebih jauh, **Friedmann** menyatakan bahwa dalam berbagai usahanya untuk memberi jawaban terhadap suatu persoalan, filsafat hukum berubah arah di antara nilai-nilai hidup yang fundamental. Akibatnya, sampai era 1990-an peradaban barat tidak mencapai kata sepakat mengenai nilai-nilai tertinggi dan tujuan hidup, walaupun hanya secara teoretis. Kondisi ini membuat pendulum bergerak maju-mundur secara tetap di antara nilai-nilai yang saling bertentangan (*antinomi*), sehingga terjadi ketegangan secara terus menerus yang akhirnya memunculkan usaha-usaha baru dalam mencari keselarasan.

Menurut **Gustav Radbruch**, cita hukum (*Idee des Rechts*)—yang dilembagakan dalam suatu bentuk negara hukum, dapat diklasifikasikan ke dalam tiga prinsip umum, yaitu: *purposiveness*—kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*), *justice*—keadilan (*Gerechtigkeit*), dan *legal certainty*—kepastian hukum (*Rechtssicherheit*). Idealnya ketiga unsur tersebut haruslah terdapat dalam hukum, baik undang-undang maupun putusan hakim, secara proporsional atau berimbang, jangan sampai salah satu unsurnya tidak terakomodasi. Kendati demikian, untuk membuat hukum yang benar-benar proporsional, sesungguhnya sangatlah sulit, karena cita hukum yang satu dengan yang lain, pada dasarnya memiliki nilai-nilai yang saling bertentangan—kontradiksi (*antinomi*), misalnya antara kepastian dan keadilan²⁶¹.

260 Loc.Cit.

261 Torben Spaak, 2000, "Meta-Ethic and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch", *Journal Law and Philosophy*, Volume 28, Num. 3, hlm. 261-290. Lihat juga Heather Leawoods, "Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher", *Journal of Law and Policy*, Vol. 2, hlm. 489-515.

Ketika menjelaskan ketiga tujuan hukum diatas, **Radbruch** menguraikan bahwa hukum haruslah memiliki daya guna (kemanfaatan) dan hukum perlu menuju pada tujuan yang penuh harga (*waardevol*). Menurut **Radbruch**, ada tiga nilai yang penting bagi hukum, yaitu:

1. *Individualwerte*, nilai-nilai pribadi yang penting untuk mewujudkan kepribadian manusia.
2. *Gemeinschaftswerte*, nilai-nilai masyarakat, yaitu nilai yang hanya dapat diwujudkan dalam masyarakat manusia; dan
3. *Werkwerte*, nilai-nilai dalam karya manusia (ilmu, kesenian dan pada umumnya dalam kebudayaan)²⁶².

Terkenal dalam konstelasi hukum, antinomi antara tiga hal yakni teori yang dikemukakan oleh **Radbruch**, yang menyatakan bahwa hakim dalam memutuskan suatu perkara harus mempertimbangkan kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan sekaligus. Bagaimana memberikan keseimbangan antara ketiganya ini ditentukan oleh kreatifitas hakim dalam memutuskan. Hal ini tidak dapat dilakukan dengan menggunakan logika semata, namun harus dilakukan dengan intuisi dan oleh karenanya dikenal sebagai suatu bentuk kesenian hukum. dalam hal ini **Sir Wendell Holmes** mengatakan bahwa *"the life of law has not been logic, it has been experience"*²⁶³.

Oleh karenanya, hukum yang berlaku dalam suatu masyarakat hukum, haruslah perimbangan dari beragam antinomi, seperti halnya formulasi antara kepastian hukum dan keadilan. Hubungan tarik-menarik di antara dua antinomi ini menunjukkan dinamika suatu masyarakat hukum. Masyarakat dan dinamikanya adalah sebuah objek bagi kajian sosiologis. Hukum yang berkembang dalam suatu masyarakat yang dinamis, di sisi lain, memiliki beragam pengertian²⁶⁴. Sedangkan

262 Notohamidjojo dalam Nurul Qamar & Farah Syah Reza, 2017, Etika Profesi Hukum (Empat Pilar Hukum), CV. Politic Genius, Makassar, hlm. 62-63.

263 Abdul Ghofur Anshori, 2018, Filsafat Hukum Hibah dan Wasiat di Indonesia, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, hlm. 27.

264 Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1986, Sendi-sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum, Alumni, Bandung, hlm. 2-4. Lihat juga Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1991, Ikhtisar Antinomi Aliran Filsafat Sebagai Landasan Filsafat Hukum, Rajawali Pers, Jakarta.

menurut **W. Friedmann**, dalam perkembangan teori hukum sedikitnya memiliki delapan antinomi di dalamnya, yaitu terdiri dari²⁶⁵:

1. Individu dan alam semesta;
2. Kesukarelaan dan pengetahuan objektif;
3. Akal dan intuisi;
4. Stabilitas dan perubahan;
5. Positivisme dan idealisme;
6. Kolektivisme dan individualisme;
7. Demokrasi dan otokrasi;
8. Internasionalisme dan Nasionalism

Boleh saja pasangan-pasangan ini disebut pertentangan-pertentangan yang tidak dapat dipisahkan atau yang lebih dikenal dengan istilah antinomi. Antinomi ini di dalam hukum menemukan perdebatannya dengan sangat seru²⁶⁶. Sebagaimana yang diuraikan oleh **Friedman** bahwa antinomi antara individu dan alam semesta menggambarkan posisi manusia yang menyandang dua posisi sekaligus, yaitu posisinya sebagai makhluk ciptaan Tuhan dalam hubungannya dengan alam, dan posisinya yang mengharuskan selalu berhubungan dengan manusia lainnya. Gambaran posisi ini mengacu kepada pendapat **Aristoteles** yang memandang bahwa manusia mempunyai sifat ganda. Manusia merupakan bagian dari alam dan sekaligus sebagai makhluk berakal yang membedakannya dari alam, tetapi manusia masih tetap merupakan bagian dari tatanan benda-benda alam semesta²⁶⁷.

Pertentangan nilai antara kesukarelaan dan pengetahuan objektif, sesungguhnya memiliki keterkaitan erat dengan bentuk antinomi pertama, antara individu dan alam semesta. Dalam hal ini, pokok masalah yang menjadi perhatian adalah pertanyaan, apakah kehendak yang mengatur pengetahuan atau justru pengetahuan yang mengatur kehendak manusia. Pertanyaan ini berkaitan dengan persoalan yang

265 W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum...Op.Cit.*, hlm. 34-44.

266 Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum Hibah...Op.Cit.*, hlm. 27.

267 W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum...Op. Cit.*, hlm. 34-44.

lebih mendalam yaitu apakah nilai-nilai objektif itu mungkin ada, ataukah kehendak yang menciptakan penilaian-penilaian atasnya²⁶⁸.

Antinomi ketiga dalam teori hukum, adalah antara akal dan intuisi—naluri manusia. Dalam banyak hal, akal dan kepercayaan sering bertentangan dengan naluri—intuisi manusia, khususnya ketika berupaya untuk memahami fenomena kehidupan. Lebih jauh, menurut **Friedmann**, untuk mengatasi pertentangan tersebut, para pemikir filsafat telah memunculkan sebuah konsep filsafat rasionalisme dia abad ke-18 dan aliran positivisme pada abad ke-19, yang memang melihat kehidupan dan kenyataan berdasarkan prinsip kausalitas. Meskipun, antara akal dan naluri merupakan dua hal yang selalu ada dan berpengaruh bagi manusia²⁶⁹.

Antinomi berikutnya adalah stabilitas dan perubahan. Dengan mengutip **Roscoe Pound**, **Friedmann** mengungkapkan bahwa hukum harus tetap dan hukum tidak dapat tinggal diam. Oleh karena itu, seluruh pemikiran tentang hukum harus berusaha keras menertibkan tuntutan-tuntutan yang bertentangan dengan kebutuhan stabilitas dan kebutuhan akan perubahan. Perubahan sesungguhnya merupakan suatu keniscayaan bagi setiap masyarakat, namun demikian pada saat yang sama dinamika perkembangan masyarakat itu harus dikendalikan sedemikian rupa, agar tidak terjadi kekacauan (*chaos*) yang justru kontra produktif terhadap kemajuan manusia itu sendiri²⁷⁰.

Positivisme dan idealisme juga merupakan suatu antinomi dalam teori hukum. Pengikut positivisme menganggap, bahwa hukum haruslah ditentukan atau dirumuskan berdasarkan pokok persoalan atau permasalahan yang dihadapi. Keberadaan suatu peraturan hukum disebabkan oleh adanya kebutuhan untuk menyelesaikan atau mengatur suatu persoalan tertentu, sehingga proses pembentukan

268 Ibid.

269 Ibid.

270 Ibid.

hukum seperti hubungan sebab akibat (*causality*), dengan kondisi yang harus dihadapi. Pada sisi lain, penganut idealisme melahirkan hukum yang berasal dari prinsi-prinsip dasar, yang diambil dari nilai-nilai manusia sebagai makhluk yang memiliki rasio dan etika, tidak hanya berdasarkan persoalan yang dihadapi sehari-sehari semata. Teori idealisme hukum bertujuan untuk menciptakan aturan-aturan apa yang seyogyanya harus dilakukan dan apa yang seyogyanya tidak boleh dilakukan oleh manusia, agar tercipta kehidupan yang memberikan jaminan terhadap kepentingan-kepentingan manusia itu sendiri²⁷¹.

Antinomi selanjutnya, menurut **Friedmann**, adalah kolektivisme dan individualisme. Pertentangan anantara kedua hal di atas disebabkan oleh karena setiap cita-cita keadilan diambil dari teori politik yang dalam sejarah peradaban barat memang memperlihatkan perdebatan yang kuat antara kelompok kolektivisme dan individualisme. Lebih jauh dikemukakannya, kaitannya antara individu dengan masyarakat, setidaknya terdapat 3 sikap dari teori-teori hukum yang ada, yaitu apakah ia menempatkan individu di bawah masyarakat; menempatkan masyarakat di bawah individu; atau berusaha menggabungkan kedua paham yang berlawanan tersebut²⁷².

Senada dengan antinomi antara individualisme dan kolektivisme, demokrasi dan otokrasi, menurut **Friedmann**, juga merupakan suatu bentuk antinomi dalam teori hukum. Demokrasi dan individualisme di satu sisi dipertentangkan dengan otokrasi dan kolektivisme di sisi lain. Bagi **Friedmann**, teori-teori dari tokoh-tokoh demokrasi, baik **Locke** maupun **Rousseau**, tetap tidak sepenuhnya diterima karena dianggap gagal menjelaskan tentang bagaimana hak mayoritas dapat bergandengan dengan hak-hak dasar individu. Dalam konteks yang sama, sebaliknya perkembangan hukum di Amerika telah memberikan contoh yang baik tentang bagaimana melindungi hak-hak individual

271 Ibid.

272 Ibid.

melalui pengadilan walaupun hak-hak tersebut bertentangan dengan kepentingan mayoritas yang terdapat dalam undang-undang²⁷³.

Antinomi terakhir, dalam teori hukum menurut **Friedmann**, adalah pertentangan antara internasionalisme dan nasionalisme. Menurut **Friedmann**, teori-teori hukum individualis sering bersifat kosmopolitan, yang memiliki pandangan lebih luas dan melintasi batas-batas administrasi negara bangsa (*state of nation*). Sedangkan ajaran hukum kolektivis lebih bersifat nasionalis yang menjadi rohnya negara bangsa. Dalam sejarah pemerintahan terlihat bahwa tuntutan hak asasi, persamaan dan kesederajatan martabat manusia (*human dignity*), sering dikaitkan dengan perlawanan terhadap negara yang otoriter. Hal inilah yang mendorong lahirnya paham individualis seperti yang diusung oleh kaum Stoa atau **Kant**. Dalam perkembangannya, para tokoh yang memperjuangkan paham individualis ini tidak melihat batas-batas negara sebagai kungkungan dalam memperjuangkan persamaan dan peri-kemanusiaan, karenanya mereka secara tidak langsung menjadi pendorong internasionalisme. Pada sisi lain, kaum kolektivis seperti **Hegel**, menjadi pendukung kaum nasionalis, karena mereka menganggap bahwa negara nasional merupakan wadah paling baik bagi masyarakat dan individu²⁷⁴.

Barangkali dalam penjelasan yang diuraikan oleh **Friedmann** di atas memiliki nilai sama dengan antinomi antara hati dan logika – adalah apa yang disebutnya sebagai antinomi akal dan intuisi. **Friedmann** mengemukakan bahwa penemu hukum yang disegani pada masyarakat primitif menemukan hukum atas dasar intuisi. Maha guru-filosuf, **Plato**, mengetahui dan menerapkan keadilan karena keseimbangan dan keselarasan pribadinya memberi pengertian dan kebijakan pada dirinya²⁷⁵.

273 Ibid.

274 Ibid.

275 Abdul Ghofur Anshori, Filsafat Hukum Hibah...Op.Cit., hlm. 27. Lebih lengkap, lihat dalam W. Friedmann, Teori dan Filsafat Hukum...Op. Cit., hlm. 36.

Dalam teori hukum, sebenarnya tidak hanya terdapat delapan antinomi yang dikemukakan **Friedmann**. Setiap pertentangan di dalam teori hukum, atau materi peraturan hukum, dapat diklasifikasikan sebagai suatu antinomi—pertentangan. Artinya, secara teoritik antinomi dalam hukum tidak terbatas pada delapan pertentangan di atas. Antinomi adalah sebuah ‘konsep pertentangan’ yang menjadi pijakan dalam melakukan proses analitik terhadap norma-norma dan nilai-nilai yang terdapat di dalam suatu aturan hukum. Pilar-pilar antinomi itulah yang membentuk pondasi hukum menjadi proporsional dan berimbang, mengurangi ketegangan-ketegangan dalam masyarakat. Karena tidak adanya dominasi antara satu pilar terhadap pilar lainnya.

Menurut **Sudikno Mertokusumo**, dengan merujuk pada pandangan **Scholten**, menyebutkan bahwa dalam kondisi tertentu, antinomi dalam hukum juga berkaitan dengan asas hukum yang bersifat umum. Dikatakannya, bahwa di samping adanya asas hukum yang terikat dengan waktu dan tempat, juga terdapat asas hukum yang tidak terpengaruh oleh waktu dan tempat. Dalam hal ini, setidaknya terdapat lima asas hukum umum sebagaimana dimaksud yaitu, asas kepribadian, asas persekutuan, asas kesamaan, asas kewibawaan dan asas pemisahan baik dan buruk. Lebih lanjut dijelaskan **Mertokusumo**, bahwa empat asas pertama, meski saling bertentangan satu sama lain, yaitu antara kepribadian dengan persatuan, dan kesamaan dengan kewibawaan, namun senantiasa terdapat dalam setiap sistem hukum. Tidak ada sistem hukum yang tidak mengenal ke-empat asas hukum tersebut. Dalam praktiknya, memang masing-masing sistem hukum mempunyai kecenderungan yang lebih besar terhadap salah satu asas dan agak kurang perhatian terhadap asas lainnya, tetapi sekecil apa pun keempat asas tersebut selalu menyertai setiap sistem hukum²⁷⁶.

Dalam perkembangan pemikiran hukum kontemporer, seiring dengan menguatnya paham neo-liberalisme, **Friedrrich von Hayek** melalui

276 Sudikno Mertokusumo, Penemuan Hukum, Op.Cit., hlm. 35.

bukunya *The Road to Serfdom*, mencoba memberikan penjelasan berbeda tentang cita hukum, yang diinginkan kaum neo-liberal. Menurut **Hayek**, dalam pengertian tradisional, terdapat tiga unsur utama dalam sebuah cita hukum yang berada dalam kerangka konsep *the rule of law*. Dikemukakannya, bahwa hukum setidaknya harus memiliki tiga atribut, yaitu berlaku umum (*generality*), kesetaraan (*equality*) dan kepastian (*certainty*). Gagasan **Hayek** sesungguhnya ditujukan sebagai kontra-wacana terhadap seluruh model-model pemerintahan dan pengaturan terpusat, ditegaskan **Hayek**, “*the rule of law, the absence of legal privileges of particular people designated by authority, is what safeguards that equality before the law which is the opposite of arbitrary government*”²⁷⁷.

Berlaku umum (*generality*) berarti hukum wajib mengikat bagi semua orang, tanpa terkecuali, dan karenanya bentuknya haruslah abstrak. Menurut Hayek, penerapan hukum sebaiknya lebih diutamakan melalui proses adjudikasi. Oleh karenanya, dalam sistem bernegara harus ada pemisahan tegas, antara kekuasaan legislatif dan yudikatif, sehingga hukum yang abstrak dapat diterapkan kepada individu melalui putusan hakim. Sementara kesetaraan (*equality*) menuntut hukum dapat diberlakukan kepada semua orang tanpa kecuali. Sedangkan kepastian hukum (*certainty*), berarti hukum dapat diprediksi, atau memenuhi unsur prediktibilitas, sehingga seorang subjek hukum dapat memperkirakan peraturan apa yang mendasari perilaku mereka, dan bagaimana aturan tersebut ditafsirkan dan dilaksanakan. Namun demikian, dalam setiap peraturan hukum, tidak dipungkiri kemungkinan adanya antinomi antara ketiga atribut tersebut²⁷⁸.

277 Friedrich Von Hayek, *The Road to Serfdom*, (London: The Institute of Economic Affairs, 2005), hlm. 57-59.

278 Ibid.

B. Menelusuri Antinomi Dalam Pembentukan Peraturan Prundang-Undangan

Banyaknya peraturan perundang-undangan yang dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi, karena dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, memperlihatkan betapa besarnya antinomi dalam peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh DPR bersama Presiden. Uraian di bawah ingin menguraikan beberapa temuan tentang antinomi di dalam pembentukan peraturan perundang-undangan.

1. Persamaan Dan Keadilan, Kemanfaatan Dan Kepastian Hukum, Antinomi Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

Pada 10 Januari 1967, di masa awal pemerintahan **Soeharto**, Indonesia mengundang UU No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (PMA), dan kemudian undang-undang tentang Penanaman Modal dalam Negeri (PMDN), diundangkan pada 3 Juli 1968, melalui UU No. 6 Tahun 1968. Menurut pemerintah waktu itu, penanaman modal asing merupakan persoalan yang paling mendesak, karenanya pengaturan mekanisme ini harus didahulukan. Setelah berpuluh tahun lamanya, pemerintah melihat, tidak perlunya lagi melakukan perbedaan antara penanaman modal asing dengan penanaman modal dalam negeri. Keduanya musti diberikan hak, fasilitas, dan kewajiban yang sama. Biarkan mekanisme pasar bekerja sepenuhnya, unsur proteksionisme harus dihilangkan.

Semangat yang didorong dalam pembahasan undang-undang ini ialah semangat untuk memberi kemudahan bagi investor, yang di dalamnya antara lain menyangkut²⁷⁹ :

- a. Pemberian kejelasan tentang insentif yang bisa diperoleh para investor;

279 Sekretariat Jendral DPR RI, Risalah pembahasan RUU Penanaman Modal, 2007.

- b. Insentif harus lebih banyak diberikan kepada pusat-pusat pertumbuhan ekonomi yang berada di luar Jawa;
- c. Memberikan kepastian tentang bidang-bidang yang tidak bisa dimasuki;
- d. Insentif bagi para investor yang mau menarik dananya, yang sebelumnya dilarikan ke luar negeri;
- e. Persyaratan modal minimal bagi investor asing, agar tidak merambah sektor usaha mikro kecil dan menengah;
- f. Perlunya koordinasi penanaman modal antar lembaga-lembaga terkait;
- g. Adanya percepatan dalam pengurusan prosedur perijinan; dan
- h. Mekanisme dan aturan teknis yang diciptakan oleh pemerintah harus mampu mendorong investasi dari para investor domestik.

Pembahasan RUU Penanaman Modal yang diusulkan oleh pemerintah ini, dapat dibaca sebagai upaya legalisasi liberalisasi perekonomian nasional. Hal ini terlihat dari beberapa klausula substantif yang akan didorong dalam materi undang-undang, seperti disebutkan di atas. Munculnya rancangan undang-undang ini, merupakan bagian dari paket perbaikan kebijakan iklim investasi yang dikeluarkan melalui Instruksi Presiden Nomor 3 Tahun 2006 yang salah satu programnya adalah mengubah UU Penanaman Modal. Menurut INPRES ini, UU Penanaman Modal di dalamnya harus memuat prinsip-prinsip dasar: perluasan definisi modal, transparansi, perlakuan sama investor domestik dan asing (di luar negative list), dan *dispute settlement*. Selain UU Penanaman Modal, undang-undang lain yang termasuk dalam paket perbaikan kebijakan investasi ialah undang-undang tentang resi gudang²⁸⁰.

Meskipun tujuan dari pembentukan undang-undang penanaman modal adalah menjamin adanya persamaan antara penanam modal dalam negeri dengan penanam modal asing, namun pada materi muatan

280 Ibid.

pengaturannya, undang-undang ini justru bertentangan dengan rasa keadilan. Hal itu dapat dilihat dari ketentuan Pasal 22 ayat (1) UU No. 25 Tahun 2007, disebutkan, *Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 huruf a dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus dan dapat diperbarui kembali atas permohonan penanam modal, berupa:*

- a. *Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 35 (tiga puluh lima) tahun;*
- b. *Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jumlah 80 (delapan puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 30 (tiga puluh) tahun; dan*
- c. *Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 (tujuh puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 45 (empat puluh lima) tahun dan dapat diperbarui selama 25 (dua puluh lima) tahun.*

Ketentuan Pasal 22 ayat (1) di atas memperlihatkan adanya pertentangan—antinomi antara **persamaan** dan **keadilan**. Pemerintah berkeinginan agar asas persamaan diterapkan dalam UU Penanaman Modal, dengan tidak adanya perbedaan kebijakan yang diterapkan bagi investor asing dan investor dalam negeri, namun di sisi lain pengaturan tersebut telah mengusik rasa keadilan bagi warga negara umumnya. Ketentuan di dalam UU Penanaman Modal, dianggap banyak bertentangan dengan konstitusi, UUD 1945, khususnya Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945, yang menyebutkan, “*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*”. Selain antinomi antara persamaan dan keadilan, ketentuan Pasal 22 ayat (1) UU Penanaman Modal menunjukkan adanya pertentangan antara prinsip **kemanfaatan** dan **kepastian hukum**.

Di satu sisi undang-undang tersebut hendak memberikan kemanfaatan

dalam bentuk kemudahan-kemudahan dalam mekanisme penanaman modal di Indonesia, namun di sisi lain, ketentuan tersebut justru bertentangan dengan prinsip kepastian hukum. Ketentuan Pasal 22 ayat (1) UU Penanaman Modal menyatakan perpanjangan hak guna usaha (HGU) dapat diperpanjang di muka sekaligus, sementara UU Pokok Agraria No. 5 Tahun 1960 memberikan pengaturan yang berbeda, sehingga munculah pertentangan, yang berakibat pada tidak adanya kepastian hukum. Pada akhirnya ketentuan mengenai “*diperpanjang di muka sekaligus*” yang terdapat pada Pasal 22 ayat (1) dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat oleh Mahkamah Konstitusi²⁸¹.

2. Generality—Berlaku Umum dan Kepastian Hukum— Dapat Diprediksi, Antinomi dalam UU No. 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan.

Pada awal pembentukannya, Pemerintah beranggapan bahwa lahirnya UU No. 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan merupakan landasan hukum untuk mengembangkan perkebunan, dan upaya mewujudkan kesejahteraan bersama. Sehingga penyelenggaraan perkebunan yang demikian telah sejalan dengan amanat Pasal 33 ayat (3) UUD1945, yang menyatakan bahwa bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Permasalahannya kemudian, secara substansial ternyata UU Perkebunan membuka ruang yang luas bagi pelestarian eksploitasi secara besar-besaran perusahaan perkebunan terhadap tanah-tanah rakyat. Hal ini disebabkan karena tidak adanya pengaturan mengenai luas maksimum dan luas minimum tanah yang dapat dijadikan sebagai lahan perkebunan, yang pada akhirnya menimbulkan adanya konsentrasi hak penggunaan tanah yang berlebihan oleh perusahaan.

281 Putusan MK No. 21-22/PUU-V/2007 tentang Pengujian UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

Lebih jauh, sebagian besar hak guna usaha yang dimiliki perusahaan perkebunan, lambat laun mengusur keberadaan masyarakat adat atau petani yang berada di sekitar atau di dalam lahan perkebunan. Akibatnya masyarakat adat atau petani tersebut tidak lagi memiliki akses terhadap hak milik yang telah turun temurun mereka kuasai, atau bahkan kehilangan lahannya.

Selain itu, UU Perkebunan juga memberikan ancaman sanksi pidana, bagi setiap orang yang melanggar kewajiban dan melakukan perbuatan yang dilarang dalam undang-undang tersebut. Permasalahan muncul karena muatan materi mengenai 'larangan melakukan suatu perbuatan' sebagaimana yang diatur dalam Pasal 21 dan Pasal 47 ayat (1) dan (2) UU Perkebunan, dirumuskan secara samar-samar, tidak jelas dan rinci. Sehingga berpotensi dan memberikan peluang dan keleluasaan untuk disalahgunakan. Akibatnya, ketentuan pasal tersebut seringkali digunakan untuk mempidanakan masyarakat umum yang berkonflik dengan perusahaan perkebunan. Ketentuan Pasal 21 UU No. 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan menyebutkan, "*Setiap orang dilarang melakukan tindakan yang berakibat pada kerusakan kebun dan/atau aset lainnya, penggunaan tanah perkebunan tanpa izin dan/atau tindakan lainnya yang mengakibatkan terganggunya usaha perkebunan*". Sementara Pasal 47 ayat (1) dan (2) menyebutkan : a) "*Setiap orang yang dengan sengaja melanggar larangan melakukan tindakan yang berakibat pada kerusakan kebun dan/atau aset lainnya, penggunaan lahan perkebunan tanpa izin dan/atau tindakan lainnya yang mengakibatkan terganggunya usaha perkebunan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21, diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan denda paling banyak Rp 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah)*"; b) "*Setiap orang yang karena kelalaiannya melakukan tindakan yang berakibat pada kerusakan kebun dan/atau aset lainnya, penggunaan lahan perkebunan tanpa izin dan/atau tindakan lainnya yang mengakibatkan terganggunya usaha perkebunan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21, diancam dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun 6 (enam) bulan dan denda paling banyak Rp 2.500.000.000,00 (dua miliar lima ratus juta rupiah)*".

Kedua ketentuan di atas, memperlihatkan adanya pertentangan antara prinsip **berlaku umum** (*generality*), sehingga bentuknya harus abstrak, dengan prinsip **kepastian hukum—dapat diprediksi** (*certainty*). Dilihat dari muatannya, Pasal 21 dan Pasal 47 ayat (1) dan (2) UU Perkebunan, terang tidak mencerminkan aturan yang jelas, mudah dipahami, dan dapat dilaksanakan secara adil. Rumusan delik pidana dalam pasal-pasal tersebut adalah rumusan yang tidak jelas dan berpotensi disalahgunakan secara sewenang-wenang. Ketentuan tersebut berkontradiksi dengan konsep hukum, yang menyatakan bahwa, “*a legal system in which rules are clear, wellunderstood, and fairly enforced*”, dengan unsur kepastian hukum di dalamnya, dan sekaligus mengandung asas legalitas, prediktibilitas, dan transparansi²⁸².

Dalam konteks hukum pidana, ketentuan yang demikian tidak memenuhi salah satu syarat dalam asas legalitas yang dikenal dengan ***nullum crimen, nulla poena sine lege certa*** atau tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang jelas. Syarat ini secara singkat disebut dengan istilah ***lex certa***. Ketentuan seperti ini tidak boleh ada dalam suatu rumusan delik karena akan menimbulkan multi iterpretasi yang sangat berbahaya bagi kepastian hukum.

Ketentuan Pasal 21 dan Pasal 47 ayat (1) dan (2) di atas, juga mencerminkan adanya perbedaan kedudukan dan perlakuan (*unequal treatment*), ketidakadilan (*injustice*), ketidakpastian hukum (*legal uncertainty*), serta bersifat diskriminatif terhadap warganegara umumnya. Karena dengan adanya ketentuan kedua pasal dimaksud, setiap tindakan yang dilakukan dalam rangka mempertahankan dan memperjuangkan hak-haknya serta membela hak-hak masyarakat dapat dikualifikasi secara sewenang-wenang menjadi suatu perbuatan yang dapat ditafsirkan dan dikualifikasi sebagai “merintang dan mengganggu jalannya usaha perkebunan”. Padahal menuntut suatu

282 PIL-Net, Permohonan Pengujian UU No. 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan, terhadap UUD 1945.

hak baik individu maupun kolektif dijamin oleh berbagai perundang-undangan termasuk UUD 1945, sehingga mengakibatkan dilanggarnya jaminan kepastian hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945²⁸³.

3. Ketertiban Dan Keadilan, Demokrasi Dan Otokrasi, Antinomi dalam UU No. 4/PNPS/1963 tentang Pelarangan Barang Cetak.

Baru-baru ini MK memutuskan permohonan pengujian UU No. 4/PNPS/1963 tentang Pelarangan Barang-Barang Cetak *juncto* Pasal 30 huruf C UU No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan. Menurut MK, ketentuan Pasal 1 hingga Pasal 9 UU No. 4/PNPS/1963 adalah inkonstitusional, bertentangan dengan UUD 1945. Kedua peraturan di atas pada intinya memberikan kewenangan absolut pada kejaksaan untuk melakukan pengawasan, pelarangan, pengamanan, dan penyitaan terhadap barang-barang cetak yang isinya dianggap dapat mengganggu ketertiban umum.

Namun sayangnya pelarangan peredaran barang-barang cetak, yang dilakukan oleh kejaksaan tidak pernah disertai dengan alasan dan bukti-bukti yang kuat mengenai "sejauh mana mengganggu dan membahayakannya buku-buku tersebut jika diketahui oleh masyarakat banyak". Sehingga, patut diduga bahwa alasan pelarangan hanya didasarkan pada kecurigaan bahwa buku-buku tersebut mengandung muatan isu-isu yang berkaitan komunisme, marxisme dan SARA, atau bahkan sekedar suka atau tidak suka (*like or dislike*) dari pihak penguasa, terhadap pihak tertentu. Kejaksaan Agung juga tidak menelaah dan mendiskusikan lebih lanjut dengan pihak-pihak terkait (penulis, penerbit, akademisi, dan masyarakat sipil) mengenai muatan materi dan dampak yang akan timbul dari diterbitkannya buku-buku tersebut.

283 Ibid.

Selain itu, sebagai negara pihak dari Konvensi Internasional hak sipil dan Politik, yang telah diratifikasi melalui UU No. 12 Tahun 2005, Indonesia terikat pada standar hak asasi manusia yang berlaku secara universal dalam melakukan pembatasan atas penikmatan hak, khususnya terkait dengan hak kebebasan berekspresi dan menyatakan pendapat sebagaimana dimuat dalam General Comment No. 10 Kovenan Internasional Hak sipil dan Politik yang telah diadopsi PBB sejak tahun 1983 dan lebih lanjut diatur melalui Prinsip-prinsip Siracusa yang diadopsi pada tahun 1984. Berdasarkan prinsip ini, penghormatan atas hak asasi manusia justru seharusnya menjadi salah satu elemen dasar yang tercakup dalam pengertian “kepentingan umum”. Dengan demikian tindakan pembredelan justru menunjukkan kontradiksi atas pemahaman kepentingan umum yang semestinya.

Lebih jauh, tindakan pelarangan yang dilakukan oleh Kejaksaan Agung tanpa melalui sebuah mekanisme pengadilan, merupakan bentuk pelanggaran serius terhadap instrumen-instrumen hak asasi manusia yang secara yuridis telah dibentuk dan berlaku di wilayah Indonesia, antara lain UUD 1945, UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan UU No 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik, serta TAP MPR No. XVII tentang Hak Asasi Manusia. Pasal 28 F UUD 1945 jo. Pasal 14 UU No. 39 Tahun 1999, secara jelas menyatakan bahwa, “*setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia*”.

Demikian juga dengan Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik yang menyatakan bahwa, “*setiap orang akan berhak mempunyai dan menyatakan pendapat tanpa diganggu, termasuk kebebasan mencari, menerima dan memberikan informasi dan segala macam gagasan tanpa memperhatikan batas, baik secara lisan maupun tulisan atau tercetak, dalam bentuk seni, atau melalui sarana lain menurut pilihannya sendiri*”. Terhadap hak-hak ini tidak diperkenankan adanya

pengecualian atau pembatasan apapun oleh negara.

Dalam teori antinomi, pengaturan hukum di dalam ketentuan UU No. 4/PNPS/1963 memperlihatkan adanya kontradiksi antara prinsip **ketertiban** dan **keadilan**, dan juga prinsip **demokrasi** dan **otokrasi**. Pada satu sisi, negara khususnya pemerintah berkuasa, berkeinginan untuk terus-menerus menjaga keteraturan, demi menjaga stabilitas dan kontinuitas pemerintahannya, namun aturan yang diterapkan penguasa justru bertentangan dengan prinsip-prinsip keadilan yang menjadi hak dari setiap warganegara. Selain itu, negara juga menyatakan bahwa prinsip demokrasi diutamakan dan diterapkan dalam seluruh kegiatan penyelenggaraan negara, akan tetapi memerhatikan aturan-aturan yang masih berlaku justru merefleksikan dilanggengkannya prinsip otokrasi dalam penyelenggaraan pemerintahan.

Terkait dengan aturan tersebut, dalam pertimbangan hukum putusannya MK menyatakan, bahwa ketentuan Pasal 1 hingga Pasal 9 UU No. 4/PNPS/1963 bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 28 ayat (1). Menurut MK suatu negara hukum, mutlak adanya *due process of law* yaitu penegakan hukum dalam suatu sistem peradilan. Apabila ada suatu perbuatan dikategorikan sebagai perbuatan melawan hukum maka prosesnya harus melalui putusan pengadilan, sehingga pelanggaran peredaran suatu barang cetakan yang dianggap dapat mengganggu ketertiban umum, tidak dapat diserahkan kepada suatu instansi tanpa melalui putusan pengadilan. Kewenangan Jaksa Agung melarang peredaran barang cetakan tanpa melalui proses peradilan merupakan salah satu pendekatan negara kekuasaan, bukan negara hukum²⁸⁴.

Selain itu, penyitaan barang cetakan tanpa melalui proses peradilan, menurut MK adalah sama dengan pengambilalihan hak milik pribadi secara sewenang-wenang yang amat dilarang oleh Pasal 28H ayat

284 Putusan MK Nomor 6-13-20/PUU-VIII/2010.

(4) UUD 1945 yang menegaskan, “*Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapa pun*”. Tindakan pengambil-alihan barang cetakan tanpa prosedur yang benar menurut hukum, terutama tanpa melalui proses peradilan, merupakan suatu eksekusi tanpa peradilan (*extra judicial execution*) yang sangat ditentang dalam suatu negara hukum yang menghendaki *due process of law*. Ditegaskan MK, *due process of law*, adalah penegakan hukum melalui suatu sistem peradilan²⁸⁵.

Terhadap ketentuan Pasal 30 huruf C, MK menyatakan bahwa frasa “pengawasan peredaran barang cetakan”, khususnya kata “Pengawasan” tidak dapat dimaknai sebagai “Pengamanan”. Lebih jauh menurut MK, “pengawasan” dapat ditafsirkan sebagai mekanisme penyelidikan, penyidikan, penyitaan, penggeledahan, penuntutan, dan penyidangan oleh instansi yang berwenang, sesuai dengan *due process of law*, yang berujung pada putusan pengadilan, dan selanjutnya kejaksaan sebagai eksekutornya²⁸⁶.

4. Nasionalisme dan Universalisme Hak Asasai Manusia, Antinomi dalam Pengesahan Konvenan Internasional Hak-Hak Ekonomi Sosial dan Budaya, serta Pengesahan Konvenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik Tahun 2005.

Wacana pengesahan *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR) 1967 dan *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) 1976, menjadi undang-undang nasional, baru mengemuka beberapa tahun setelah reformasi. Ada beberapa alasan yang melatarbelakangi pengesahan kedua kovenan tersebut, menjadi undang-undang nasional, antara lain disebutkan²⁸⁷:

285 Ibid.

286 Ibid.

287 Setjen DPR, Risalah pembahasan RUU Pengesahan ICESCR dan ICCPR, 2005.

- a. Undang-Undang Dasar 1945 telah secara tegas menyebutkan, bahwa Indonesia adalah negara hukum yang menjunjung tinggi hak asasi manusia, sebagaimana tertuang dalam pasal-pasal UUD 1945, khususnya yang berkait dengan pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia;
- b. Refleksi praktik pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi di masa lalu, sehingga ada kewajiban negara untuk memperbaikinya;
- c. Ketetapan MPR No. XVII/MPR/1998 yang memberi amanat kepada Presiden dan DPR untuk mengesahkan berbagai instrument Perserikatan Bangsa-Bangsa, tentang hak asasi manusia, sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945;
- d. Rekomendasi dari Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia (RAN HAM) 1998-2003, yang dituangkan dalam Keputusan Presiden No. 129 Tahun 1998, dan ditegaskan kembali dalam RAN HAM 2004-2009, sebagaimana disebutkan dalam Keputusan Presiden No. 40 Tahun 2004. RAN HAM 2004-2009, menempatkan pengesahan kedua kovenan internasional hak asasi manusia tersebut, sebagai prioritas yang utama.

Meski secara umum, substansi Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, dan Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik, memiliki urgensi yang signifikan bagi upaya pemajuan, pemenuhan dan penegakan hak asasi manusia di Indonesia. Namun, pernyataan keberatan dalam undang-undang pengesahan kedua kovenan tersebut, telah menjadi catatan tersendiri, tentang sejauh mana komitmen negara terhadap hak asasi manusia.

Dalam Pasal 1 ayat (1) UU No. 11 Tahun 2005, disebutkan, "*Mengesahkan International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya) dengan Declaration (Pernyataan) terhadap Pasal 1*". Sementara dalam Pasal 1 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2005, disebutkan, "*Mengesahkan International Covenant on Civil and Political Rights (Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik) dengan Declaration (Pernyataan) terhadap Pasal 1*".

Pernyataan keberatan—deklarasi dalam pengesahan kedua kovenan hak asasi manusia tersebut, memperlihatkan adanya pertentangan—antinomi antara prinsip **nasionalisme** dan **universalisme hak asasi manusia**. Prinsip universal hak asasi manusia menghendaki adanya kesamaan dan jaminan hak bagi setiap manusia, termasuk untuk menentukan nasibnya sendiri. Sedangkan prinsip nasionalisme menumbuhkan kekhawatiran bahwa pengakuan terhadap jaminan tersebut, akan melahirkan perpecahan atau dis-integrasi wilayah-wilayah republik.

Sesungguhnya dalam Pasal 1 Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, serta Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik, secara lengkap disebutkan sebagai berikut:

1. *Semua bangsa mempunyai hak untuk menentukan nasibnya sendiri yang memberikan mereka kebebasan untuk menentukan status politik kebebasan untuk memperoleh kemajuan ekonomi, sosial dan budaya.*
2. *Semua bangsa dapat, demi kepentingan mereka sendiri, secara bebas mengelola kekayaan dan sumber daya alam mereka tanpa mengurangi kewajiban-kewajiban yang mungkin timbul dari kerjasama ekonomi internasional berdasarkan prinsip saling menguntungkan dan hukum internasional. Dalam hal apapun tidak dibenarkan suatu bangsa dirampas sumber-sumber hajat hidupnya.*
3. *Negara Pihak dalam Kovenan ini, termasuk mereka yang bertanggung jawab atas administrasi atas wilayah-wilayah Perwalian, harus memajukan hak penentuan nasib sendiri, dan menghormatinya sesuai dengan ketentuanketentuan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.*

Dari pernyataan keberatan tersebut, setidaknya dapat dilihat, bahwa sesungguhnya, pengesahan kedua kovenan tersebut, merupakan sekedar upaya untuk meningkatkan citra Indonesia di mata internasional. Kendati penolakan terhadap klausula hak untuk menentukan nasib sendiri (*the rights of self determination*), dibungkus dengan alasan ketakutan negara—pemerintah dan DPR—

akan munculnya ancaman pemisahan (*disintegration*) dari beberapa wilayah Indonesia, yang selama ini bergejolak. Akan tetapi, pilihan itu sebenarnya memperlihatkan, adanya ke-engganannya negara untuk melakukan upaya serius, dalam pemenuhan dan penegakan hak asasi manusia, yang diakui dan dijamin oleh kedua kovenan tersebut.

Deklarasi terhadap ketentuan Pasal 1 Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, dan Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik, menunjukkan adanya kontradiksi dalam sikap dan komitmen negara. Pada satu sisi, negara hanya mengakui satu bangsa Indonesia, namun dengan deklarasi ini menjadikan sikap negara mendua. Pernyataan ini memberi pertanda, bahwa negara sesungguhnya mengakui adanya bangsa-bangsa lain, selain Indonesia dalam negara Indonesia. Oleh karena dalam kovenan ini sudah ditegaskan, hanyalah bangsa (*nation*) yang memiliki hak untuk menentukan nasib sendiri—sebagai negara merdeka, bukan dalam artian rakyat (*people*). Sebab itu, pernyataan keberatan terhadap ketentuan Pasal 1 kovenan, pada dasarnya justru kontradiktif dengan Mukadimah UUD 1945, di mana Indonesia mengakui bahwa kemerdekaan adalah hak segala bangsa.

5. Kemanfaatan dan Kepastian Hukum, Antinomi dalam UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi.

Pada tingkat pembentukan peraturan perundang-undangan, negara pada dasarnya telah memberikan komitmen yang cukup serius bagi upaya pemberantasan tindak pidana korupsi. Hal itu ditandai dengan dikeluarkannya beberapa regulasi yang memberi legitimasi bagi langkah dan gerakan pemberantasan korupsi. Salah satunya adalah pembentukan UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Pembentukan komisi independen ini dimaksudkan untuk memaksimalkan langkah pemberantasan korupsi, termasuk korupsi yang dilakukan oleh aparat penegak hukum, polisi, jaksa, hakim, dan advokat. Sebagaimana diketahui, institusi-institusi penegak hukum, juga menjadi kubangan bagi koruptor untuk

memperkaya diri. Mafia hukum dan peradilan merejalela, sehingga tidaklah mungkin jikalau upaya pemberantasan korupsi diserahkan sepenuhnya pada mereka.

Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) menjalankan tugas penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan sekaligus, demi efektifitas kerja pemberantasan korupsi. Namun demikian, kehadiran KPK juga tidak menutup ruang bagi kepolisian dan kejaksaan dalam tugas-tugas pemberantasan korupsi. KPK diharapkan menjadi motor terdepan dalam pemberantasan korupsi, mengingat buruknya sistem kerja dan perilaku para penegak hukum di institusi penegak hukum lainnya yang kurang berpihak pada upaya pemberantasan korupsi. Terbukti dengan begitu banyaknya para tersangka dan terdakwa kasus korupsi yang lepas begitu saja dari jerat hukum. Padahal tindakanya secara kasat mata telah merong-rong keuangan negara.

Undang-undang ini juga sekaligus mengamanatkan pembentukan pengadilan khusus tindak pidana korupsi, untuk menyelesaikan kasus-kasus korupsi yang proses penyelidikan, penyidikan, dan penuntutannya dilakukan oleh KPK. Perihal itu sebagaimana diatur di dalam Pasal 53 UU No. 30 Tahun 2002, disebutkan, *“Dengan Undang-Undang ini dibentuk Pengadilan Tindak Pidana Korupsi yang bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus tindak pidana korupsi yang penuntutannya diajukan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi.”*

Pengadilan khusus ini berada di dalam lingkungan peradilan umum, sebagaimana diatur di dalam UU Kekuasaan Kehakiman, dan hanya ada pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Berbeda dengan pengadilan umum lainnya, pada pengadilan tindak pidana korupsi ini, majelis hakimnya terdiri dari hakim karir dan hakim *ad hoc*. Keberadaan hakim *ad hoc* dimaksudkan untuk menghadirkan orang-orang yang memiliki keahlian khusus, terkait dengan seluk-beluk dan pola-pola kejahatan tindak pidana korupsi. Selain itu, kehadiran hakim *ad hoc* juga sekaligus menjawab ketidakpercayaan masyarakat terhadap integritas dan kinerja hakim karir, yang perilakunya cenderung korup,

dan tunduk pada perintah-perintah informal institusi pengadilan di atasnya. Dengan adanya hakim *ad hoc* ini, diharapkan suatu kasus tindak pidana korupsi akan terungkap secara menyeluruh dan mampu menyeret semua aktor yang bermain, serta akan terjaga integritas dan kewibawaan putusannya.

Pembentukan pengadilan khusus tersebut, telah melahirkan satu pertentangan, antara asas **kemanfaatan**, dalam hal pentingnya pemberantasan korupsi, dan asas **kepastian hukum**, terkait dengan adanya dualisme peradilan pidana tindak pidana korupsi. Antinomi dalam UU KPK tersebut, pada akhirnya berakhir dengan mekanisme pengujian Pasal 53 UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU KPK), yang mengamanatkan pembentukan pengadilan khusus tindak pidana korupsi terhadap UUD 1945. Pengujian terhadap pasal ini sangatlah berkontroversi, sebab menentukan ada tidaknya pengadilan khusus tindak pidana korupsi untuk masa selanjutnya, yang berarti menentukan hidup matinya massifikasi gerakan pemberantasan korupsi di Indonesia.

Memang, bilamana dilihat dari tempat pengaturannya, amanat pembentukan pengadilan khusus tindak pidana korupsi, yang ditempatkan di dalam UU KPK, secara konstitusional bermasalah, karena ada pencampuradukan antara ranah kekuasaan eksekutif dan yudikatif. Di dalam Pasal 24 A UUD 1945 hasil amandemen ketiga, pada ayat (5) disebutkan, "*Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang*". Ketentuan undang-undang dasar ini kemudian didetailkan melalui UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Di dalam penjelasan Pasal 15 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman diterangkan, "*Pengadilan khusus hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 yang diatur dengan undang-undang*". Artinya, menjadi bermasalah, ketika pembentukan pengadilan khusus tindak pidana korupsi, tidak diatur secara tersendiri, dengan undang-undang yang

mengatur pembentukan dan proses beracara pada pengadilan dimaksud.

Selain permasalahan teknis penempatan peraturan perundang-undangan, antinomi antara kemanfaatan dan kepastian hukum juga menjadi problem mendasar dalam materi muatan UU KPK. Kendati demikian, melihat situasi kontekstual dan kondisi penegakkan hukum di negeri ini yang masih memerlukan tindakan luar biasa, khususnya dalam upaya pemberantasan korupsi, dalam putusannya, MK menyatakan, meskipun Pasal 53 UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi bertentangan dengan UUD 1945, namun tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat sampai diadakan perubahan paling lambat tiga tahun terhitung sejak putusan diucapkan²⁸⁸.

Lebih jauh menurut MK, ketentuan Pasal 53 ini terang bertentangan dengan UUD 1945, sebab kehadiran pasal tersebut nyata-nyata telah menimbulkan dualisme penanganan perkara tindak pidana korupsi, yang berimplikasi pada terlanggarnya hak-hak konstitusional warganegara, khususnya para tersangka kasus korupsi. Kendati demikian MK masih mempertimbangkan bahwa²⁸⁹:

1. Akibat hukum atas kekuatan mengikat Pasal 53 UU KPK tersebut harus cukup mempertimbangkan agar proses peradilan Tipikor atas pemeriksaan perkara yang sedang ditangani tidak terganggu atau tidak macet, apa lagi menimbulkan kekacauan hukum;
2. Putusan yang diambil oleh Mahkamah jangan sampai menyebabkan timbulnya ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) yang dapat mengakibatkan kekacauan dalam penanganan atau pemberantasan tindak pidana korupsi;
3. Putusan Mahkamah tersebut jangan sampai pula menimbulkan implikasi melemahnya semangat (*disinsentive*) pemberantasan

288 Putusan MK Nomor: 012-016-019/PUU-IV/2006, tanggal 19 Desember 2006.

289 Ibid.

korupsi yang telah menjadi musuh bersama bangsa dan masyarakat Indonesia;

4. Untuk melakukan penyempurnaan UU KPK dan penataan kelembagaan pengadilan khusus yang diperlukan untuk itu, tidak dapat diselesaikan seketika sehingga dibutuhkan waktu yang cukup.

Dalam putusannya, MK juga menyatakan, agar tidak terjadi kekacauan dalam proses peradilan tindak pidana korupsi, MK memerintahkan kepada pembentuk undang-undang untuk sesegera mungkin melakukan penyesuaian UU KPK dengan UUD 1945 dan membentuk Undang-Undang tentang Pengadilan Tipikor dalam kerangka pengadilan khusus, sebagai satu-satunya sistem peradilan tindak pidana korupsi, sehingga dualisme sistem peradilan tindak pidana korupsi yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dapat dihilangkan. Penegakan MK tersebut, sesungguhnya merupakan upaya menghindari terjadinya kembali pertentangan norma—antinomi di dalam peraturan perundang-undangan yang memberi legitimasi dalam pemberantasan tindak pidana korupsi.



BAB VI

FILSAFAT HUKUM

Filsafat hukum merupakan bagian dari filsafat umum karena menawarkan refleksi filosofis terkait landasan hukum umum¹

1 Carl Joachim Friedrich, 2004, Filsafat Hukum : Perspektif Historis (Terjemahan Raisul Muttaqien), PT Nuansa dan PT Nuansa Media, Bandung, hlm. 3.

Kata 'filsafat' berasal dari bahasa Yunani, *philosophia* yang terdiri dari dua kata, yakni *philo* yang berarti cinta dan *sophia* yang berarti kebijaksanaan. Dengan demikian filsafat dapat diartikan sebagai cinta kebijaksanaan, sedangkan pencinta kebijaksanaan disebut sebagai filsuf. Secara garis besar filsafat meliputi tiga cabang utama : ***PERTAMA***, ontologi yang berkakitan dengan segala sesuatu yang ada. Ontologi terdiri dari metafisika umum dan metafisika khusus. Metafisika umum berkaitan erat dengan keberadaan sesuatu, sedangkan metafisika khusus mencakup tiga bagian penting, masing-masing : teologi, antropologi dan kosmologi. Teologi berbicara perihal hakikat Tuhan dengan segala kebaikan, kebenaran, keadilan dan sifat-sifat Tuhan. Antropologi berkaitan dengan manusia, seperti manusia yang memiliki kehendak bebas ataukah tidak, hubungan jiwa dan raga serta lain sebagainya. Kosmologi berbicara alam semesta termasuk isinya, kecuali manusia. Kosmologi ini lah merupakan cikal bakal mazhab hukum alam.

KEDUA, epistemologi merupakan cabang filsafat yang berkaitan dengan kebenaran pengetahuan. Epistemologi ini meliputi logika, metodologi dan filsafat ilmu. Logika berkaitan dengan kegiatan berpikir yang bertujuan. Metodologi berbicara mengenai teknik penelitian untuk mendapatkan pengetahuan dengan metode ilmiah. Filsafat ilmu berkaitan dengan pemikiran menyangkut landasan ilmu dengan berbagai aspek kehidupan. ***KETIGA***, aksiologi berkaitan dengan nilai yang terdiri dari estetika dan etika. Estetika berhubungan dengan keindahan, sedangkan etika bertalian dengan tingkah laku. Filsafat hukum merupakan derivat dari filsafat etika yang berbicara mengenai perilaku manusia.

Adapun sifat dan manfaat dari filsafat hukum adalah : ***Pertama***, holistik atau menyeluruh. Artinya, filsafat hukum tidak bersifat arogan atau apriori, melainkan bersifat akomodatif dalam pembentukan hukum, penemuan hukum, dan dalam pengambilan keputusan hukum. ***Kedua***, mendasar mengandung makna bahwa filsafat hukum mengajak untuk memahami hukum tidak sebatas hukum positif semata namun lebih

dari itu apa yang mendasari pembentukan hukum positif tersebut. **Ketiga**, spekulatif yang mengajak kita berpikir inovatif tentang hukum.

Keempat, reflektif kritis yang membimbing kita untuk menganalisis masalah-masalah hukum secara rasional dan kemudian mempertanyakan jawaban itu secara terus-menerus. **Kelima**, disiplin. Artinya, mampu menegaskan permasalahan yang ada sesuai dengan apa yang telah ditentukan untuk itu. **Keenam**, berupaya untuk *perfect* dengan menyimak keraguan dalam diri manusia dalam rangka mencapai suatu kesempurnaan.

Berikut ini adalah aliran-aliran atau mazhab dalam filsafat hukum yang secara garis besar terdiri dari mazhab hukum alam, positivisme, utilitarian, mazhab sejarah, *sociological jurisprudence*, realisme hukum dan *critical legal studies*. Penjelasan terhadap berbagai aliran dan mazhab dalam filsafat hukum adalah sebagai berikut :

A. Mazhab Hukum Alam

Hukum alam juga dikenal dengan nama *jus naturale*, *lex naturalis* atau *natural law*. Di beberapa literatur, pengertian hukum alam juga dikenal dengan hukum kodrat atau aliran hukum kodrat walaupun bisa jadi ada pendekatan berbeda dalam memahaminya. Menurut **John Finch**, masih banyak terdapat nama lain bagi aliran hukum alam, seperti *the law of universe* (hukum alam semesta), *the law of God* (hukum Tuhan), *the eternal law* (hukum kekal), *the law of mankind* (hukum umat manusia), dan *the law of reason* (hukum akal-budi)²⁹⁰.

Manusia-manusia awal yang mendiami planet bumi menjalani hidupnya dengan memanfaatkan alam sekelilingnya dan sekaligus (secara tak sadar) menaati hukum-hukum yang mengatur alam sekeliling itu.

290 John Finch, Op.Cit., hlm. 21.

Hukum-hukum yang mengatur keberlangsungan alam itu, ternyata teratur sekali, kendati memang disertai dengan sejumlah penyimpangan tertentu seperti yang terutama dapat diamati keadaan alam, semisal pada perubahan cuaca. Misalnya, manusia akan mencari tempat berteduh dari sengatan terik matahari dan di malam hari manusia akan mencari cara untuk tidak kedinginan. Manusia awal ini juga melakukan pengamatan bahwa matahari selalu terbit di sebelah timur dan selalu terbenam di sebelah barat. Di samping itu musim panas atau musim dingin selalu berulang dalam tempo yang teratur. Tetapi alam tidak pernah memberitahu kapan akan turun hujan atau badai akan terjadi, apalagi presisi tentang terjadinya gempa bumi. Gejala itu, kemudian dikenal sebagai tampilan yang mewakili 'hukum alam', dan merupakan konstruksi pikir pertama yang dihasilkan manusia untuk menjelaskan pertanyaan tentang dari mana datangnya hukum itu. Sumber dari hukum alam itu adalah alam itu sendiri. Alam sebagai sosok yang dengannya manusia awal ini berusaha untuk berdamai. Nyaris tanpa penentangan, oleh karena menentangnya ternyata tidak ada gunanya²⁹¹. Menentang tidak mungkin tetapi yang bisa dilakukan adalah menyiasati dan itu pun masih terdapat cara berpikir demikian hingga saat ini.

Pada mulanya, manusia tidaklah memahami gejala alam itu sebagai 'hukum alam', melainkan lebih sebagai anggapan *mythos* (dari bahasa Yunani). Mitos pada umumnya dirumuskan sebagai suatu narasi sakral yang menjelaskan bagaimana alam dan manusia itu menjadi yang sekarang. Dongeng itu memang tidak niscaya dapat dan tidak perlu dipertanggung-jawabkan secara rasional, karena pada dasarnya memang merupakan pendugaan yang oleh **Karl Popper** disebut *conjecture*, sesuatu yang sarat dengan perkara yang ekstra rasional. Meskipun demikian, dia merupakan perintis dari usaha untuk memahami berbagai fenomena di sekitar hidup manusia. Dalam kenyataannya, upaya pemahaman itu tidak hanya selalu sebatas

291 Budiono Kusumohamidjojo, 2016, Teori Hukum: Dilema Antara Hukum dan Kekuasaan, Penerbit Yrama Widya, Bandung, hlm. 2.

rasional saja. Setiap dongeng sebenarnya secara diam-diam dimulai dengan perkataan 'konon' yang mempunyai makna kreatif, atau dalam bahasa **Aristoteles** adalah *poietik* (dari Ell: mencipta)²⁹².

Adapun ketika bangsa Yunani klasik mengartikan "alam" dalam sistem hukum alam, maka kata "alam" tersebut di samping berarti fisik alam semesta, juga ditambah dengan pengertian "moral" ke dalamnya. Hukum alam dapat berarti fenomena moral dari manusia dan masyarakat yang dapat ditangkap melalui gejala alam fisika, sehingga mereka harus hidup sesuai dengan unsur-unsur dan gejala-gejala moral dari alam. Hal yang demikian sebenarnya juga tidak jauh berbeda dengan arti asal mula dari istilah "keadilan" yang berarti bertindak sesuai dan tidak bertentangan dengan keseimbangan alam semesta (*universe*). Kemudian oleh bangsa Yunani Klasik, terhadap istilah "alam" dalam hukum alam, setelah ditambah dengan unsur "moral", kemudian dilengkapi lagi dengan unsur "kreasi visibel", "pemikiran", "observasi", dan "aspirasi kemanusiaan"²⁹³.

Teori hukum alam (*the natural right/natural law*) dikenalkan pertama kali oleh **Aristoteles** yang membagi sifat hukum ke dalam hukum yang bersifat khusus dan universal. Hukum bersifat khusus yang dimaksud adalah hukum positif, yang dengannya suatu negara tertentu dijalankan. Sementara hukum yang bersifat universal adalah hukum alam, yang dengannya prinsip-prinsip yang tidak tertulis diakui oleh semua umat manusia secara universal. Namun, pemikir setelahnya yang banyak memberi warna dan mengembangkan lebih jauh teori hukum alam ini, seperti Kaum Stoa, **Thomas Aquinas**, **Cicero** dan **Hugo Grotius**. Teori hukum alam seringkali digunakan sebagai landasan moral dan filosofis dalam mengkaji isu tertentu²⁹⁴.

292 Ibid, hlm. 3.

293 Munir Fuady, 2013, Teori-Teori Besar dalam Hukum (Grand Theory), Edisi Pertama, Kencana, Jakarta hlm. 13-14.

294 Arif Lutvi Anshori, 2008, Rezim HKI Sebagai Konsep Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual Atas Pengetahuan Tradisional (traditional knowledge) di Indonesia, (Yogyakarta: FH UII), hlm. 10.

Di dalam buku *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, **Jeffrie G. Murphy** dan **Jules L. Coleman** menulis: “*To view the nature and the place of humans in it terms of ends, goals, purposes is called a teleological worldview (from Greek ord telos, emaning ‘end’ or purpose)*– dengan kata lain, alam telah menentukan seperangkat tujuan tertentu bagi manusia di dalam rangka tatanan alam²⁹⁵. Tesis mendasar mengenai hukum alam ialah; “*there is an essential connection between law and morality*” – terdapat hubungan yang esensial antara hukum dan moral²⁹⁶.

Hal ini mudah dipahami oleh karena dalam filsafat klasik, pemikiran tentang keadilan selalu disandarkan pada keadaan atau kondisi yang dinisbahkan kepada alam atau kemudian sedikit banyak mengandalkan penalaran manusia, walau penalaran ini tetap dalam koridor alamiah. Dengan kata lain, dapat dikatakan bahwa para filosof Yunani kuno telah banyak memikirkan tentang berbagai gejala kehidupan, termasuk persoalan hukum seperti hakikat hukum, bentuk pemerintahan yang baik, dan sebagainya, namun dalam mencari jawaban terhadap berbagai gejala kehidupan tersebut tidaklah menyandarkan jawabannya semata kepada para dewa-dewa yang menjadi kepercayaan umum waktu itu. Mereka mencoba menggunakan akal budi, nalar (*reason*) yang hasilnya berupa dikesampingkannya para dewa sebagai kekuatan pengatur jagad raya dan menerima hukum alam (*natural law*) untuk menjelaskan berbagai gejala²⁹⁷. Aliran hukum alam merupakan aliran filsafat hukum yang paling tua, dan eksistensinya terus ada serta masih berkembang hingga saat ini.

Hukum alam selalu ada dalam kehidupan hukum dan masyarakat adalah karena hukum alam juga punya keterkaitan dalam suatu masyarakat. Adapun basis kuat terhadap eksistensi hukum alam

295 Jeffrie G. Murphy dan Jules L. Coleman, 1990, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, hlm. 13.

296 *Ibid*, hlm. 11.

297 Surya Prakash Sinha, 1993, *Jurisprudence: Legal Philosophy in a Nutshell*, West Publishing: St. Paul, hlm. 13.

dalam suatu masyarakat adalah bahwa adanya saling pengertian dan kesadaran dari masing-masing anggota masyarakat bahwa mereka memang memerlukan suatu kesamaan pandangan terhadap kaidah-kaidah yang harus mengatur mereka, sehingga mereka dapat eksis dan hidup aman di dunia ini. Jadi, mereka sebenarnya memang memerlukan dan mendambakan suatu hukum yang sama yang berlaku bagi mereka untuk selama-lamanya, atau setidaknya dalam waktu yang lama. Kaidah hukum yang sama dan diapresiasi secara sama seperti ini pada tataran fundamental tertentu sudah dapat dianggap sebagai kaidah hukum alam²⁹⁸.

Dengan kata lain, suatu masyarakat akan hancur berantakan jika tidak diikat oleh suatu hukum alam. Dalam hal ini, meskipun hukum alam merupakan *reasoning* yang benar (*recta reasoning*), tetapi banyak ahli berpandangan bahwa hukum alam tidak hanya merupakan hasil dari olah pikir manusia tentang mana yang baik dan mana yang buruk (*lex non hominum ingeniis excogitata*) semata. Pandangan seperti ini sudah jelas bertentangan dengan paham yang berkembang di akhir abad ke-19 atau awal abad ke-20, yaitu paham sosiologi hukum atau paham psikologi hukum. Para penganut paham sosiologi hukum berpandangan bahwa hukum hakikatnya berasal dari kesadaran kolektif (*collective conscience*) yang berdasarkan tentang fakta-fakta dalam masyarakat, sementara penganut paham psikologi hukum berpendapat bahwa hukum berasal dari sikap sosial manusia (*social behavior*).²⁹⁹ Hal yang sebenarnya mudah untuk dipahami karena lekatnya pergeseran paradigma hukum dari sesuatu yang bersifat alamiah menjadi sesuatu yang melekat pada sisi manusia (humanisme) yang memang berkembang khususnya di akhir abad-19 dan awal abad 20.

Kembali ke soal hukum alam, bagi penganut aliran Stoa, maksud frasa “alam” di sini ialah prinsip yang meresapi alam semesta yang

298 Munir Fuady, Op.Cit., hlm. 14.

299 Ibid, hlm. 15.

dikenali manusia dalam bentuk akal. Akal dimaksudkan sebagai dasar dari manifestasi hukum dan keadilan di dunia. Sekilas, pandangan ini akan sulit dipahami, karena pada konteksnya sangat mencoba menyamakan alam dengan akal (*rasio*). Filsuf **Cicero** yang merupakan salah satu filsuf dan tokoh besar dalam Mazhab Stoa memberikan pendapatnya dalam hal “penyamaan” antara alam dengan akal. Ia menyebutkan;

“True law is right reason in agreement with nature; it is of universal applications, unchanging and everlasting; its summons to duty by its commands, and averts from wrong doing by its prohibitions. And its does not lay its commands or pro hi bitions upon good men in vein, though neither have any effect on the wicked. It is sin to try to alter this law, noris it allowable to attempt to repeal any part of it, and it is impossible to abolish it entirely .. And there will nor be different laws at Rome and Athens, or different laws now and in the future, but one eternal and, unchangeable law will be one master and rules, that is God, over us all, for He is the author of this law, its promulgator, and its enforcing judge..³⁰⁰.

Cicero menyimpulkan bahwa hukum yang benar adalah hukum yang alasan-alasannya benar sesuai dengan alam, hal itu adalah universal, tidak dapat diubah dan bersifat kekal. Dengan demikian, maka tidak akan ada perbedaan hukum baik di Roma ataupun Athena – dan bahkan secara luas – dimanapun juga, baik di masa lalu atau masa depan. Hukum alam memiliki satu landasan hukum yang kekal – hukum atau perintah yang berasal dari Tuhan, dikarenakan Tuhan adalah pembuat hukum, penegak hukum, dan hakim dari hukum itu sendiri.

Jika dilihat dalam perjalanan sejarahnya, hukum alam memiliki berbagai fungsi. Menurut **Friedmann**, di antara fungsinya adalah: a) sebagai instrumen utama pada saat hukum perdata Romawi Kuno

300 Edgar Bodenheimer, 1962, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge: Harvard University Press, hlm. 13.

ditransformasikan menjadi suatu sistem internasional; b) menjadi senjata yang dipakai oleh pihak gereja dan kerajaan dalam pergaulan antara mereka; c) hukum internasional ditegakkan berdasarkan keabsahan dan atas nama hukum alam; d) menjadi tumpuan pada saat orang melancarkan perjuangan bagi kebebasan individu berhadapan dengan absolutisme; e) prinsip-prinsip hukum alam telah dijadikan senjata oleh para hakim Amerika ketika mereka memberikan penafsiran terhadap konstitusi dengan menolak campur tangan negara melalui perundang-undangan yang ditujukan untuk membatasi kemerdekaan ekonomi³⁰¹.

Dikatakan oleh **Friedmann**, kemunculan aliran hukum alam dikarenakan kegagalan manusia dalam mencari keadilan yang absolut, sehingga hukum alam dipandang sebagai hukum yang berlaku secara universal dan abadi³⁰². Hukum Alam sebagai metode adalah mazhab tertua yang dapat dikenali sejak zaman yang kuno sekali sampai pada permulaan abad pertengahan. Ia merumuskan dirinya pada usaha untuk menemukan metode yang bisa dipakai untuk menciptakan peraturan-peraturan yang mampu untuk menghadapi keadaan yang berlainan. Dengan demikian ia tidak mengandung norma-norma sendiri, melainkan “hanya”, mencoba memberi tahu tentang bagaimana membuat peraturan yang baik³⁰³.

Jika dilihat lebih detail, dapat dilakukan penggolongan pembelajaran teori hukum alam berdasarkan perkembangannya, yakni sebagai berikut: (1) Teori hukum alam klasik; (2) Teori hukum alam teologis; (3) Teori hukum alam rasionalistis; (4) Melemahnya teori hukum alam; (5) Menguatnya kembali teori hukum alam. Hal-hal inilah yang akan dijelaskan dalam bagian selanjutnya :

301 Satjipto Rahardjo, 2000, Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 260-261.

302 Darji Darmadiharjo & Shidarta, 1999, Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta hlm. 102.

303 Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, Op.Cit, hlm. 277.

1. Hukum Alam Klasik

Pemikiran-pemikiran awal mengenai aliran hukum alam, atau yang lebih dikenal dengan teori hukum alam klasik sejatinya dikembangkan oleh penganut Aliran Stoic yang didirikan oleh **Zeno**. Filsuf **Zeno** merupakan salah satu dari pemikir filosofis Yunani Kuno, yang generasi selanjutnya kemudian dilanjutkan oleh **Socrates**, **Plato** dan **Aristoteles**. Meskipun pertama kali dikembangkan oleh **Zeno**, yang mendapat julukan sebagai “bapak teori hukum alam klasik” ialah **Aristoteles**. Hal ini dikarenakan cukup banyak karyanya yang bermuatan teori hukum alam klasik. Meskipun demikian, di dalam karyanya, **Aristoteles** juga banyak mengutip pendapat dan pemikiran dari **Zeno**.

Terdapat persamaan antara pandangan dari **Socrates**, **Plato** dan **Aristoteles** –yakni hakikat keberadaan manusia adalah untuk mencapai tujuannya dan hukum menjadi suatu alat untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut. Baik dalam memberikan batasan, memberikan tujuan bagi umat manusia– sampai memberikan keadilan. Dengan mencari kebahagiaan ini, pada dasarnya ketiganya hampir sama dengan merumuskan bahwa kebahagiaan manusia akan sangat bergantung pada bagaimana manusia hidup dalam masyarakat. Itulah sebabnya lahir logika demokrasi di Athena, yang meskipun mereka sangat paham bahwa ada kelemahan dan tidak sempurna, tetapi itulah cara yang dipakai untuk menciptakan kebaikan bersama.

a. Socrates

Socrates lahir di Athena pada tahun 470 Sebelum Masehi (SM) dan meninggal pada tahun 399 SM. Keunikan dari **Socrates** ialah ia tidak pernah menuliskan ajaran filosofisnya. Melainkan langsung mempraktekkannya ke dalam kehidupannya. Dengan demikian, **Socrates** dikenal tidak pernah melakukan perbuatan yang “tidak saleh” atau “dzalim”. **Socrates** pun juga dikenal sebagai sosok yang pandai menguasai diri dan seringkali menimbang segala sesuatunya – antara

baik dan buruk. Ia melakukannya melalui pertanyaan-pertanyaan yang memancing orang untuk menemukan ide yang tepat. Itu sebabnya disebut juga “*socratic methods*”.

Socrates merupakan seorang filsuf yang hidup pada zaman ketenaran kaum Sofis. Ajaran populer yang diyakini oleh para filsuf Sofis ialah mengenai relativisme kebenaran. Bahwa setiap kebenaran selalu mengandung relativisme. Hal “relativisme” inilah yang dapat menimbulkan banyak sekali kebingungan dan kerancuan. Dari sanalah, **Socrates** mulai berangkat untuk “mengoreksi” ajaran Sofis –bahwa tidak semua kebenaran dapat dikatakan mengandung relativisme.

Dalam ajaran kaum Sofis, hukum tidak selamanya sebagai gejala alam yang jelas secara langsung. Mereka mengaitkan hukum dengan ‘moral alam’, yakni *logos*, semacam roh Ilahi yang memandu manusia pada hidup yang patut. Wujudnya dikatakan sebagai *nomos* yang dalam tradisi Yunani menunjuk pada kebiasaan sakral dan penentu segala sesuatu yang baik. *Nomos* hanya bisa eksis dalam *polis* (negara kota di Yunani) yang merupakan konteks kehidupan bersama. Di luar *polis* atau tanpa adanya kebersamaan dapat dianggap hanya ada kekacauan³⁰⁴.

Esensi *nomos* sebenarnya soal kepatutan. Dalam hal ini kepatutan yang dapat diterima akal sehat (*common sense*). *Nomos* menjunjung keadilan, menjamin keamanan, serta mendatangkan kesejahteraan dalam konteks polis itu. Oleh karena *nomos* mengandung moral *logos*, maka pelanggaran terhadap *nomos*, perlu dihukum karena dapat dianggap merupakan pengingkaran. *Nomos* ini menurut Protagoras (salah satu pemikir kaum Sofis), bisa tampil dalam bentuk kebiasaan dan juga dalam bentuk undang-undang. Oleh karena itu, dalam tradisi Yunani, hukum (*nomos*) dan undang-undang (*nomoi*) sangatlah penting untuk menata *polis*³⁰⁵.

304 Bernard L. Tanya, (et.al), 2010, Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi), Cetakan III, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 28.

305 Ibid.

Sebenarnya kaum Sofis sudah mengalami pergeseran khususnya menyangkut kekuatan sebagai inti hukum. Menurut Protagoras, secara faktual, hukum memang ditetapkan oleh orang kuat. Hebatnya, pemikiran faktual itu menjadi keyakinan Protagoras, sehingga Protagoras dianggap terjatuh pada relativisme nilai, yang mana ide dan sikapnya mengalami distingi. Serupa kritik **Socrates** pada **Hippias** (salah seorang pendukung kaum Sofis), tentang relativisme yang tidak akan dapat memuaskan karena dalam satu hal bisa tercipta keadaan dua hal yang berseberangan menyatu pada satu hal. Misalnya perbandingan keindahan yang pasti bisa indah jika dibandingkan dengan sesuatu yang lebih jelek, dan akan jelek oleh karena dibandingkan dengan sesuatu yang lebih indah. Kritik macam inilah yang banyak mewarnai teori dan filsafat **Socrates** dalam kaitan dengan hukum³⁰⁶.

Oleh karena banyak melakukan kritisi terhadap apa yang lazim dipercayai saat itu, butir pemikiran **Socrates** pun mulai dianggap berbahaya, akhirnya ia pun turut dianggap merusak moral masyarakat. Kelazimannya dalam mempertanyakan semua hal membuatnya mudah mendapatkan tuduhan menolak entitas “dewa” atau “Tuhan”. Tuduhan-tuduhan itu pun membawa ia menuju pengadilan Athena. Akhirnya oleh pengadilan **Socrates** dihukum mati dengan cara harus meminum racun yang berasal dari tumbuh-tumbuhan jenis *hemlock*. Meskipun dihukum mati, ajaran **Socrates** terus dilanjutkan oleh murid-muridnya, seperti **Plato** dan **Aristoteles**.

Socrates meyakini bahwa semua manusia itu pada dasarnya baik. Sama seperti segala benda yang ada di dunia itu, pasti memiliki tujuannya masing-masing. *Eudaimonia* (kesempurnaan jiwa), menjadi inti filsafat kebijaksanaan **Socrates**. Bagi **Socrates**, sesuai dengan hakikat manusia, maka hukum merupakan tatanan kebajikan. Tatanan yang mengutamakan kebajikan dan keadilan umum yang

306 Ibid.

berlaku secara umum pula. Hukum bukanlah aturan yang dibuat untuk melanggengkan nafsu orang kuat, dan hal ini merupakan kritik utama atas filsuf Ionia. Bukan pula aturan untuk memenuhi naluri hedonisme diri sebagaimana dikejar oleh para kaum sofis. Hukum sejatinya adalah tatanan objektif untuk mencapai kebajikan dan keadilan umum³⁰⁷.

Dari beberapa hal utama “filsafat kebijaksanaan” **Socrates**, dua hal yang menarik adalah; **Pertama**, peningkatan jiwa, kepedulian terhadap kebijaksanaan dan kebenaran, merupakan keutamaan tertinggi (*primum et summum bonum*) dalam hidup manusia. Butir ini diungkapkan dalam *Apology*, karya **Plato**. Bagi **Socrates**, inti hidup manusia adalah keluhuran jiwa, bukan keutamaan materi sebagaimana diajarkan filsuf Iona. Lebih lanjut dikatakan **Socrates**, sebelum mengejar kebijaksanaan dan kebenaran janganlah dulu berpikir tentang uang atau kemahsyuran atau prestise jasmani. Kebajikan tidak muncul dari uang, namun kebajikan mendatangkan uang dan segala hal yang baik bagi manusia, secara umum maupun pribadi. Hal ini –kata **Socrates** – adalah inti ajarannya³⁰⁸. **Kedua**, filsafat **Socrates** adalah perihal kebajikan. Kebajikan tidak lain adalah identik dengan pengetahuan. Menurut prinsip ini untuk mengetahui kebaikan adalah dengan melakukan kebaikan. Kejahatan, kekeliruan atau semacamnya muncul karena kurangnya pengetahuan, ketidacacuhan, dan ketiadaan lainnya³⁰⁹.

Sehingga teori yang diyakini oleh **Socrates** ialah cara memandang hukum itu sendiri adalah tatanan kebajikan yang mengutamakan kebajikan dan keadilan umum. Baginya, keberadaan hukum bukanlah alat untuk “orang kuat” dan juga bukan alat untuk “hedonisme diri.” Kebajikan dan keadilan umum itu adalah jalan menuju kebahagiaan yang sejati³¹⁰. Di situlah yang kemudian oleh **Plato** ia sebut sebagai

307 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit, hlm. 31.

308 Ibid, hlm. 32-33.

309 Ibid, hlm. 33.

310 Kebenaran itu berangkat dari ketidaktahuan pada titik yang paling awal, lalu pengetahuan spontan mengangkat ke tingkatan pertama pengetahuan

peran kaum filsuf karena ia dapat mencapai kesadaran tertinggi tersebut. Seperti halnya ilmu pada umumnya, juga dapat dimaknai titik akhir kebenaran yang disebut dengan *ultima* itu adalah tingkatan tertinggi yang hanya dapat dicapai oleh kaum filsuf.

b. Plato

Berbeda dengan **Socrates** yang tanpa buku, **Plato** merupakan pendiri Akademi Filsafat di Athena yang salah satu buku paling menariknya adalah *Politeia*. Dengan mengambil inti ajaran kebijaksanaan **Socrates**, **Plato** yang merupakan sang murid, juga mengaitkan hukum dengan kebijaksanaan dalam teorinya tentang hukum. Namun ia berbeda dengan **Socrates** dalam hal kebijaksanaan dalam konteks mutu pribadi individu filsuf warga *polis*. Sebaliknya, **Plato** justru mengaitkan kebijaksanaan dengan tipe ideal negara *polis* di bawah pimpinan kaum aristokrat. Dasar perbedaan tersebut terletak pada perbedaan asumsi tentang peluang kesempurnaan pada manusia.

Bagi **Socrates**, secara individual manusia dimungkinkan mencapai kesempurnaan jiwa secara penemuan dan perenungan diri dengan adagium dasar “kenali dirimu!” (*gnothi seauton*)³¹¹. Sedangkan **Plato** tidak percaya penuh pada hal tersebut. . Bagi **Plato**, kesempurnaan individu hanya mungkin tercipta dalam konteks negara di bawah kendali para guru moral, para pimpinan yang bijak, para orang baik, yakni kaum aristokrat³¹². **Bernard L. Tanya** menjelaskan bahwa tesis

walau tetap diliputi keraguan. Ilmu dan pendidikan dapat mengangkat pada level kedua yakni pengetahuan yang mulai memiliki episteme dan perangkat keilmuan lainnya. Lalu naik ke level ketiga para sophia yang merupakan tempat suci pengetahuan absolut dan diliputi kebenaran dan kebijaksanaan. Pada titik itulah sampai pada titik akhir kebenaran yang hanya dapat dijangkau oleh kaum filsuf.

311 Gnothi Seauton kai meden agan, kenali dirimu tapi janganlah berlebihan. Merupakan perkataan yang paling terkenal dari Socrates tentang kepercayaannya bahwa dengan mengenali diri maka akan menemukan kebahagiaan, walau pada saat yang sama ia juga percaya benar dengan keterbatasan manusia.

312 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit, hlm. 40.

Plato tentang kaum arif bijaksana yang dapat diandalkan sebagai mitra bestari dalam menghadirkan keadilan. Bahkan hal dapat menjadi peluang eksplanasi yang menarik dalam kajian hukum. Tesis **Plato** ini dapat menjadi salah satu pisau analisis untuk menjelaskan krisis hukum dan kemerosotan keadilan dalam bentangan penegakan hukum. Kita bisa membangun semacam hipotesis, misalnya 'di tangan pelaksana yang tidak arif dan bijaksana, maka hukum akan cenderung menjadi alat kemungkar³¹³.

Masih dalam analisis **Tanya**, maka **Plato** sebelumnya mengingatkan kita sekali lagi betapa faktor manusia (aparap) merupakan soal yang sangat sentral dalam hukum di samping faktor-faktor lain, semisal sarana yang memadai, dana yang cukup, kebijakan instansi dan lain sebagainya. Aturan hukum (yang mutu sekali pun), tidak bisa jalan sendiri tanpa ada manusia yang menjalankannya. Aturan yang baik itu, akan benar-benar dirasakan manfaatnya jika si manusia pelaksananya juga bermutu secara intelektual dan integritasnya. Bahkan di tangan si pelaksana yang arif-bijaksana itu, aturan yang tidak mutu dan buruk bukan jadi halangan untuk mendatangkan keadilan dan kemaslahatan, begitu pula sebaliknya³¹⁴.

Secara lebih riil, **Plato** mencoba merumuskan teorinya tentang hukum sebagai berikut:

***Pertama**, hukum merupakan tatanan terbaik untuk menangani dunia fenomena yang penuh situasi ketidakadilan; **Kedua**, aturan-aturan hukum harus dihimpun dalam satu kitab, supaya tidak muncul kekacauan hukum. **Ketiga**, setiap undang-undang harus didahului preambule tentang motif dan tujuan undang-undang tersebut. Manfaatnya adalah agar rakyat dapat mengetahui kegunaan menaati hukum itu dan insaf tidak baik menaati hukum karena takut dihukum. **Keempat**, tugas hukum adalah membimbing para warga lewat undang-*

313 Ibid, hlm. 42.

314 Ibid, hlm. 42-43.

*undang pada suatu hidup yang saleh dan sempurna; Kelima, orang yang melanggar undang-undang harus dihukum. Tapi hukuman itu bukan untuk balas dendam*³¹⁵.

Plato juga menyarankan agar negara membentuk undang-undang dan undang-undang itu dihimpun dalam kitab undang-undang agar terdapat kepastian hukum. Dengan membentuk undang-undang masyarakat terbuka untuk mempelajari manfaat menaati hukum, dengan demikian masyarakat menaati hukum atas dasar ketaatan dan kesadaran, bukan atas rasa ketakutan³¹⁶. **Plato** mengambil inti ajaran **Socrates** yang mengajarkan bahwa apabila seorang individu cukup sadar tentang “hidup yang baik”, maka individu tersebut akan melaksanakan hal yang “baik” itu. Ketika terdapat seseorang yang melanggar “kebaikan” tersebut maka hukum harus dijatuhkan, namun sekali lagi ditegaskan bahwa hukuman tersebut bukanlah untuk balas dendam, akan tetapi digunakan sebagai suatu didikan atau pembelajaran. Apabila di analogikan bahwa perbuatan “melanggar” tersebut adalah suatu penyakit, maka hukuman adalah obatnya – obat tersebut jika berhasil maka akan memperbaiki individu tersebut, namun jika tidak maka individu tersebut harus dibunuh (dijatuhi hukuman mati).

c. Aristoteles

Di dalam tradisi Yunani Kuno, **Socrates** merupakan orang pertama yang mulai bertanya-tanya “siapa manusia itu sebenarnya?” Lalu, setelah **Socrates**, pertanyaan tentang “siapa manusia itu sebenarnya” juga berlanjut beriringan dengan berbagai macam pertanyaan tentang alam, namun pertanyaan-pertanyaan yang erat kaitannya dengan teori hukum alam tersebut, dibedah ulang oleh **Aristoteles**³¹⁷. Selain **Plato**, **Aristoteles** juga merupakan salah satu murid dari **Socrates**. Melalui

315 Gunawan Nachrawi & I Gusti Agung Ngurah Agung, Teori Hukum, CV. Cendekia PressBandung, hlm. 7-8.

316 Ibid., hlm. 8.

317 Budiono Kusumohamidjojo, Teori Hukum: Dilema...Op.Cit, hlm. 7.

karya-karyanya – yang hakikatnya juga tidak terlalu jauh dari ajaran **Socrates** dan **Plato**, **Aristoteles** mengajarkan bahwa kehidupan manusia itu pada hakikatnya memiliki tujuan tertentu yang hendak dicapai. Kemudian, ia juga mengajarkan bahwa manusia adalah ‘makhluk sosial’ dalam konteks mencapai tujuannya. Ia mencontohkan eksistensi *polis* atau negara kota yang merupakan gabungan-gabungan dari beberapa desa, dan untuk mencapai tujuan tertentu, mereka memutuskan untuk bergabung dan mendirikan *polis*.

Mengenai konsep keadilan, **Aristoteles** mengaitkan teorinya tentang hukum dengan perasaan sosial-etis. Apa yang dimaksud dengan “perasaan sosial-etis” bukanlah berangkat dari bawaan alamiah ‘manusia sempurna’ versi **Socrates**, dan bukan pula dari mutu ‘kaum terpilih’ atau aristokrat versi **Plato**. Perasaan sosial-etis justru ada dalam konteks individu sebagai warga negara (*polis*). *Polis* di sini diibaratkan oleh **Aristoteles** sebagai suatu wahana bagi manusia untuk mencapai nilai moral yang rasional, dan apabila manusia dilepaskan atau dibiarkan lepas dari wahana *polis*, maka yang terjadi adalah kekacauan bagi manusia itu sendiri, karena **Aristoteles** berkeyakinan bahwa manusia bukanlah makhluk yang dapat berdiri sendiri (swasembada)³¹⁸.

Aristoteles mengidentikan keadilan hukum dengan keadilan umum. Terdapat 3 sari hukum alam yang olehnya dianggap sebagai prinsip keadilan utama. Prinsip yang dimaksud adalah: *honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere* (hidup secara terhormat, tidak mengganggu orang lain, dan memberi kepada tiap orang bagiannya). Prinsip keadilan ini bagi **Aristoteles** merupakan patokan dari apa yang benar, baik dan tepat dalam hidup karenanya mengikat semua orang, baik masyarakat maupun penguasa.³¹⁹

318 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit, hlm. 43.

319 Gunawan Nachrawi & I Gusti Agung Ngurah Agung, Teori Hukum,... Op.cit, hlm. 8-9.

Hukum mengikat semua orang, maka keadilan hukum adalah keadilan yang harus dipahami dalam konteks “kesamaan”. Dengan berfokus terhadap “kesamaan”, **Aristoteles** masih membagi kesamaan menjadi dua model, yakni kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik melahirkan prinsip: “semua orang sederajat di depan hukum”. Sedangkan kesamaan proporsional melahirkan prinsip: “memberi tiap orang apa yang menjadi haknya”. Selain model keadilan berbasis kesamaan, **Aristoteles** juga mengajukan model keadilan lain, yakni keadilan distributif dan keadilan korektif.

Keadilan distributif identik dengan keadilan atas dasar kesamaan proporsional. Sedangkan keadilan korektif (*remedial*), berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu perjanjian dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berupaya memberi kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan. Jika suatu kejahatan dilakukan, maka hukuman yang sepantasnya perlu diberikan pada si pelaku. Singkatnya, keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan. Keadilan korektif merupakan standar umum untuk memperbaiki setiap akibat dari perbuatan, tanpa memandang siapa pelakunya. Prinsip-prinsip itu adalah hukuman harus memperbaiki kejahatan, ganti-rugi harus memperbaiki kerugian dan memulihkan keuntungan yang tidak sah. Konsep ini diilhami dari *Themis*, yang merupakan sang dewi keadilan – yang bertugas menyeimbangkan prinsip-prinsip tersebut tanpa memandang siapa pelakunya³²⁰.

Menariknya, dari pemikiran **Aristoteles** ini juga mewarnai doktrin klasik tentang pembagian kekuasaan. Di *The Politics*, **Aristoteles** mengungkapkan, sebagaimana dikutip oleh **Hillaire Barnett**, bahwa:

There are three elements in each constitutions in respect of which every serious lawgiver must look for what is advantageous to it; if these are well arranged, the constitutions is bound to be well arranged, and the

320 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit, hlm. 45.

differences in constitutions are bound to correspond to the differences between each of these elements. The three are, the deliberative, which discusses everything of common importance; second the officials; and the third the judicial element³²¹.

Bagi **Aristoteles**, kekuasaan dibagi menurut kelas kepentingan pemegang kuasa. Menurut kelas kepentingan pemegang kuasa, kekuasaan dibagi menjadi kekuasaan monarki, aristokrasi, dan demokrasi. Doktrin ini menjadi ajaran klasik pembagian kekuasaan. Konsep pembagian semacam ini seperti yang dikenal di Inggris, dimana kekuasaan dijalankan oleh *the British institutions of monarch, House of Lords, dan House of Commons*, yang masing-masing mewakili kelas kepentingannya (golongan keluarga kerajaan, golongan bangsawan dan cendekiawan, serta golongan rakyat pada umumnya)³²². Pembagian yang kemudian masih sangat relevan dan dipakai hingga saat ini dalam studi ilmu politik dan ketatanegaraan.

2. Hukum Alam Teologis

Dalam konteks hukum alam dengan corak teologis, beberapa yang dituliskan di bawah ini adalah tokoh-tokoh yang dianggap paling berpengaruh dalam konteks hukum dan kesadaran teologis.

a. St. Augustinus

Masih dengan nuansa hukum alam zaman Yunani dan Romawi, **St Augustinus** (354-430M) membangun teorinya mengenai hukum di bawah tema keadilan juga. Meski demikian, pengalaman pahit pergolakan menjelang keruntuhan kekaisaran Romawi, menyebabkan **Augustinus** memberi poin tambahan pada unsur hukum alam sebelumnya. Jika bagi bangsa Yunani dan Romawi, keadilan dipahami sebagai hidup yang baik, tidak menyakiti siapapun, dan

321 Hillaire Barnett, 2004, Constitutional and Administrative Law, Cavendish Publishing, 5th editions, London, hlm. 97-98.

322 John Alder, Op. Cit., hlm. 53.

memberi kepada setiap orang apa yang menjadi miliknya, maka bagi **Agustinus** semua itu belum cukup. Mengenal Tuhan dan hidup saleh, merupakan salah satu unsur penting keadilan³²³.

Sebagai tokoh agama, **Agustinus** menempatkan hukum Ilahi (*lex aeterna*) sebagai cita dari hukum positif. Hukum Ilahi yang abadi menempatkan batas pada semua hukum positif yang tidak boleh dilampaui. Jika hukum positif (*lex temporalis*) melanggar aturan Ilahi itu, maka ia telah kehilangan kualitas hukumnya.

Ia melihat tatanan hukum sebagai sesuatu yang didominasi oleh tujuan perdamaian. Bahkan *res publica* dipahami **Agustinus** sebagai komunitas rasional yang ditentukan dengan nilai-nilai *deligere* (yakni dihargai dan dicintai). Sebuah konsep yang berseberangan dengan *regnum* – yang menunjuk pada kerajaan Romawi – sebagai segerombolan perampok karena mereka tidak memiliki keadilan. Ditonjolkan pula istilah *delicto proximi* atau cinta kepada sesama. Semua unsur keadilan itulah yang mesti menjadi dasar hukum. Tanpa itu, maka aturan dalam bentuk apapun tidak layak disebut hukum (*lex esse von vedatur, quae justa non fuerit*)³²⁴.

Hal yang sebenarnya tidak aneh karena **Agustinus** menjalankan hidupnya dengan penuh pertanyaan-pertanyaan yang berkaitan relasi kebaikan dan keburukan antar sesama. Pertanyaan misalnya tentang kenapa Tuhan tidak membiarkan manusia memenangkan pertarungan antara baik dan buruk ? Kenapa Tuhan membiarkan keburukan? Dalam hal itu **Agustinus** menyampaikan oleh karena adanya *free will*, yang merupakan hal baik bagi manusia walau memiliki efek samping yakni tendensi melakukan keburukan juga. Di situlah pentingnya hukum dan kebersamaan atas nama kolektif untuk membangun kesamaan dan kesadaran bersama dengan landasan nilai-nilai baik Ketuhanan untuk memenangkan kebaikan dan melawan keburukan.

323 Bernard L. Tanya, Op.Cit., hlm. 54.

324 Ibid, hlm. 55.

Bisa dibbilang bahwa dari pemikiran **Augustinus** itu ia kemudian menggagas filsafat politik (tatanan politik) maupun memiliki kecenderungan kuatnya menuju arah filsafat hukum. Dipengaruhi oleh kepribadiannya yang religius, **Augustinus** membedakan konsep negara (*civitas*) dalam dua konsep, yakni *civitas dei* (negara Tuhan) dan *civitas terrena* (negara duniawi). Pengertian *civitas dei* juga sering disebut negara Allah, negara surgawi, dan sebaliknya dengan *civitas terrena* seringkali disebut sebagai negara *diabolis*, sehingga **Augustinus** amat sangat menyukai konsepsi *civitas dei* ketimbang *civitas terrena*. Karenanya, pembagian hukum surgawi dan hukum duniawi ini juga ini juga melatari cara dia berfikir tentang kerajaan Tuhan³²⁵.

Konsepsi di atas mengenai *civitas dei*, muncul dalam tulisan **Augustinus** yang berjudul *City of God* atau *De Civitate Dei* (Kota Tuhan). Latar belakang penulisan buku tersebut ialah tatkala kota Roma jatuh ke tangan kaum Visgoth pada tahun 410. Sebagaimana yang kita tahu, agama kristen merupakan agama resmi orang-orang Romawi, dan ketika kota Roma jatuh, **Augustinus** menggambarkan secara simbolis; sekalipun kota Roma (kekaisaran) jatuh ke tangan Visgoth, pada akhirnya *civitas dei* yang akan tetap menang. Bisa dibbilang penulisan **Augustinus** ini merupakan penghiburan bagi umat kristiani yang pada saat itu merasa terguncang. Tema mengenai kerajaan surga adalah tema yang juga sangat berkembang pada saat itu, karena relasi antara pemerintahan romawi dengan agama kristen sangatlah kuat. **Augustinus** mengajak para pembacanya untuk tidak memikirkan politik duniawi (*civitas terrena*) dan lebih mengarahkan diri kepada hal-hal yang surgawi dan pengharapan akan hal tersebut.

325 Nigel Warburton, 2102, *A Little History of Philosophy*, Yale University Press, New Haven and London, hlm. 37-38.

Selain pengenalan konsep *civitas dei* dan *civitas terrena*, **Augustinus** juga membedakan secara tegas tentang apa yang disebut dengan *regnum* (kerajaan – kekuasaan) dan *res publica* (urusan awam atau dikawal rakyat). Dengan mengutip **Herbert A. Deane**, lebih lanjut **Carl Joachim Friedrich** menggambarkan pemikiran Augustinus mengenai komunitas hukum bahwa:

*“... filsafat hukum di era klasik pagan, citra dan pengalaman tentang polis begitu dominan, yakni polis di mana kehidupan politik dan religius, kepemimpinan pemerintahan dan kependetaan, diwujudkan dalam komunitas yang memiliki jalinan erat. Dalam ajaran patristik, terutama dalam karya **Augustinus**, gereja sebagai komunitas yang lebih agung berposisi di atas polis, di atas civitas, dan merupakan suatu antitesis bagi pemerintahan pagan. Fakta inilah yang memberikan makna penting bagi doktrin Civitas Dei, yang umumnya sangat sulit dan samar. Lebih jelasnya, civitas Dei yang sejati hanya ada di langit, bukannya di bumi, namun di bumi ia diwakili oleh komunitas orang-orang beriman. Komunitas ini diidentikkan dengan gereja. Namun dalam karya Augustinus pun kita mendapat kecondongan kuat untuk memperlakukan gereja riil sebagai perwakilan komunitas orang-orang beriman. Bagaimanapun, gereja ini melekat dalam civitas terrena, komunitas sekular umat manusia, yang pada gilirannya diorganisir menjadi bermacam-macam lembaga politik, *res republicae*, *gentes*, *regna*, dan *imperia*. Pemikiran **Augustine** diinterpertasikan dengan berbagai cara, dan istilah “negara” telah menciptakan banyak kebingungan terutama dalam kaitannya dengan gagasannya tentang tahanan politik dan sekuler. Namun jelas bahwa **Augustinus** membuat pembedaan yang cukup tegas antara *res publica* dan *regnum*. Di satu sisi, dia mendefinisikan sebuah republik dalam mengubah tradisi Cicero dari Romawi, sedangkan *regnum*, negara dalam pengertian kekuasaan yang lebih sempit, pada dasarnya dia dinyatakan sebagai segerombolan besar perampok, karena gerombolan ini tidak memiliki keadilan, atau setidaknya bila ia tidak memiliki keadilan. Di sisi lain,*

*republik merupakan komunitas rasional yang ditentukan dengan nilai-nilai yang sama-sama dianut oleh mereka yang menjadi anggota komunitas*³²⁶”

la melanjutkan penjelasan **Herbert A. Deane** bahwa dalam makna harfiah, ada serangkaian nilai-nilai dan nilai itu adalah hal yang pantas untuk dihargai, dicintai dan dihormati oleh oleh anggota komunitas ini. Menarik melihat keterkaitan antara ekspresi *deligere* (sesuatu yang dihargai oleh anggota masyarakat) ini identik dengan konsep Kristen tentang cinta kasih dan kemurahan hati. Khususnya ketika melihat istilah *dilectio proximi*, atau “cinta kepada tetangga”, sangat mungkin **Agustinus** menerjemahkan karya **Cicero** dalam melihat Kristen konsep pagan mengenai komunitas hukum. Oleh karena istilah *deligere* inilah **Agustinus**, sekali lagi dengan kelihatannya mengambil alih gagasan **Cicero** tentang kesepakatan tentang hukum dan ketimpal-balikan kepentingan. Walau kemudian **Agustinus** mengganti istilah komunitas hukum dengan komunitas kemurahan hati atau cinta kasih. Komunitas cinta kasih ini sangat penting bagi terbentuknya negara yang diperintah oleh rakyat secara bersama yakni republik ³²⁷.

Lanjutnya lagi, **Friedrich** juga menganalisa konsep komunitas hukum milik **Agustinus** yang bertujuan untuk menemukan keadilan sebagai berikut :

“Nyatalah bahwa di antara nilai-nilai yang dihargai oleh komunitas itu kita menemukan keadilan, kendati hal ini sering diabaikan. Pada saatnya, konsep keadilan diinterpertasikan kembali dengan cara yang sangat menentukan. Bagi kaum Stoic dan bangsa Romawi, seperti kita ketahui, konsep ini bermakna hidup yang baik, tidak menyakiti siapapun, dan memberikan kepada siapa pun yang menjadi miliknya.

326 Carl Joachim Friedrich, Op.Cit., hlm. . 44-45. Carl Joachim Friedrich mengutip dari Herbert A. Deane, The Political and Social Ideas of St. Augustine.

327 Ibid, hlm. 45-46.

*Augustinus lebih menekankan pemberian kepada siapapun apa yang dimiliki oleh seseorang, dan yang paling dia utamakan adalah diantara mereka yang mesti kita perkenalkan dengan Tuhan kita sendiri, yang demikian ini merupakan inti dari seluruh argumen. Karena itu, keadilan menjadi sebuah kualitas yang mencakup kesalehan. Mempercayai Tuhan, memuliakan dan mengagungkan-Nya, memberikan kepada gerejanya tempat yang tepat dalam komunitas, semua ini mencakup konsep keadilan”.*³²⁸

Masih dalam konteks cara pandang **Agustinus**, maka negara merupakan bentuk-bentuk dominion (dominasi) – baik penguasaan atas warga negara, pemilik kekayaan, tuan atas budak – akan tetapi hal itu merupakan tatanan dan sejauh apapun, tatanan itu tetaplah hal yang baik walaupun dilaksanakan secara tak bijak oleh aktor di dalamnya. Tatanan ini adalah kebaikan dan dibutuhkan untuk menuju keadilan dalam dunia yang terinveksi dengan keserakahan dan ketamakan. Pada hal itulah negara dibutuhkan, untuk menjalankan disiplin manusia melalui peraturan³²⁹.

Cita-cita keadilan baginya adalah kebenaran mutlak dari Kota Tuhan, dan inilah yang mendekatkan ide **Agustinus** dengan **Plato** dalam *Republic* serta pengaruh ajaran Kristen tentang hukum alami. Karenanya, cita-cita Kota Tuhan baginya merupakan realitas harfiah yang sebenarnya dapat diraih manusia dengan usaha-usaha moral dan spiritual. Sederhananya, pemikiran **Agustinus** adalah doktrin kuat tentang kebijakan koheren yang melihat realitas hubungan ajaran agama dan masyarakat serta gereja dan negara³³⁰.

328 Ibid, hlm. 46.

329 Roger Scruton, 2013, Kamus Politik, (Penerjemah Ahmad Lintang Lazuardi), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 61.

330 Ibid, hlm. 62.

b. St. Thomas Aquinas

Thomas Aquinas (1226-1274) merupakan imam gereja pada abad pertengahan dan dianggap sebagai salah satu dari penganut hukum alam yang pada dasarnya mencoba melakukan sintesa antara ajaran **Aristoteles** dengan doktrin Gereja. Aliran ini berpandangan bahwa hukum yang berlaku universal dan kekal itu berasal dari Tuhan dengan kitab suci (contohnya Alkitab) sebagai sumber utamanya. Tak jauh berbeda dari **Agustinus**, **Aquinas** juga senantiasa mendasarkan nilai-nilai keagamaan ajaran Kristiani dalam teori hukumnya. Hal ini juga dipengaruhi oleh keadaan pada saat itu. Di mana pada masa itu, kehidupan masyarakat di dominasi oleh agama kristen. Sehingga, **Aquinas** mendasarkan pemikirannya menggunakan landasan-landasan yang terdapat dalam ajaran Kristiani.

Pemikiran mengenai teori hukum alam dengan sentuhan teologis inilah yang membuatnya dianggap dekat dengan filsafat **Aristoteles**. Meskipun sekali lagi, bagi **Aristoteles** ia tidak bicara sebagai sosok Tuhan, tetapi ia menganggapnya sosok kuat itu sebagai substansi penggerak. Pemikiran ini kemudian dipertegas lagi oleh **Aquinas**. Dasar-dasar yang digunakan oleh **Aristoteles** di dalam karyanya di dasarkan kepada; hakikatnya manusia mempunyai suatu tujuan tertentu yang hendak dicapai. Mengambil contoh pada realita masyarakat Yunani pada saat itu, **Aristoteles** berpandangan bahwa keberadaan negara kota (*polis*) yang berasal dari gabungan-gabungan beberapa desa menjadi suatu *polis*, tidaklah hanya untuk mencukupi kebutuhan masyarakat secara materil saja, namun juga untuk memenuhi kebutuhan eksistensi. Sehingga untuk mewujudkan keberlangsungan dari *polis* itu sendiri, manusia dan masyarakat harus berjuang untuk mewujudkan *polis* sebagai cara hidup yang sesuai dengan hakikat kemanusiaan.

Pandangan **Aristoteles** yang sedemikian rupa, dilengkapi oleh **Thomas Aquinas**. Menurut **Aquinas**³³¹, semua bagian dari alam mempunyai *inclinatio naturalis*, yaitu kecenderungan alamiah untuk menuju kepada kesempurnaan. Lanjutnya, ia menyatakan bahwa keseluruhan alam merupakan suatu sistem perbuatan untuk mencapai tujuan (*doelgerecht/teleologis*). **Aristoteles** senantiasa menekankan bahwa hukum bertujuan untuk mencapai kehidupan yang lebih baik. Ditambahkan oleh **Aquinas**, secara ideal hukum dipancarkan melalui kekuasaan untuk memerintah agar tercapai kebaikan bersama. Hukum tertanam dalam batin manusia selaku makhluk rasional sehingga diperlukan hukum yang memadai. Lanjut **Aquinas**, hukum berkaitan dengan kewajiban yang diletakkan oleh nalar³³².

Secara singkat, **Aquinas** mengemukakan bahwa semua yang ada di dunia –termasuk kepada manusia dan seluruh makhluk hidupnya, cenderung menuju ke sesuatu yang ideal, namun ada juga kondisi di mana manusia dalam menuju ke sesuatu yang “ideal” tersebut-, menggunakan kehendak bebasnya, dan mengabaikan apa yang menjadi panggilan hatinya. Tidak melepaskan pandangan **Aristoteles** mengenai manusia adalah *zoon politicon*, **Aquinas** menambahkan bahwa dengan keberadaan kehendak bebas ini, manusia berada di dalam posisi khusus diantara tujuan yang hendak dicapai dan keadaan alam sekitarnya.

Bagi para penganut aliran hukum alam, terjadi perpecahan tatkala ada yang mempersamakan antara hukum alam dengan hukum kodrat. Ada pula yang menggunakan istilah hukum alam, namun menggunakan dua sumber yang saling digabungkan – Tuhan dan akal budi Manusia. **Aquinas** kemudian memberi nama hukum yang bersumber dari wahyu Tuhan dengan istilah *ius divinum positivum* (hukum ilahi positif) dan

331 H. Franken, 1987, In Leiden tot de Rechtswetenschap, Netherland: Gouda, Quaint, Arnhem, hlm. 94.

332 Peter Mahmud Marzuki, 2008, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana, Jakarta, hlm. 96.

ius naturale (hukum alam) atau *ius gentium* (hukum bangsa-bangsa); dan *ius positivum humanum* (hukum positif manusiawi)³³³.

Lebih lanjut, **Aquinas**, membagi hukum ke dalam 4 *lex* (hukum), yakni: *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex divina*, dan *lex humana*. **Pertama**, *lex Aeterna* adalah nama lain dari konsepsi Tuhan tentang tujuan penciptaan. Hukum yang bersumber dari Tuhan untuk mengatur alam semesta. Hukum ini tidak dapat ditangkap menggunakan panca indera manusia, karena hukum ini berasal dari rasio Tuhan sendiri. **Kedua**, *Lex Naturalis* yang disusun dari prinsip-prinsip yang dapat dikenali oleh makhluk berakal dan hal itu ditaati oleh alam. Hukum ini berisi tentang petunjuk-petunjuk umum bagi manusia mengenai *insting* untuk bertahan hidup, bersosialisasi, dan mengenal entitas “Tuhan”. *Lex Naturalis* juga disebut sebagai hukum alam dan merupakan penjelmaan dari rasio manusia itu sendiri. **Ketiga**, *Lex Divina* yang merupakan bagian dari hukum abadi (*lex aeterna*) yang dibenarkan oleh akal dalam tataran duniawi. Artinya, hukum ini berisikan penjabaran dari *Lex Aeterna*, seringkali disebut sebagai “hukum Tuhan yang tidak tertulis”. Contohnya bisa diambil di dalam kepercayaan nasrani (katholik maupun kristen) melalui Kitab Perjanjian Lama (pada masa itu). **Keempat**, *Lex Humana* yang merupakan hukum manusia dan dibuat oleh lembaga-lembaga manusia yang memiliki kewenangan untuk hal tersebut. Bentuknya adalah hukum yang dibuat oleh manusia, seringkali dikenal dengan sebutan hukum positif, bentuknya seperti peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh manusia.

Menurut **Aquinas**, akal ada di atas kehendak. Akal itu mencerahkan, sedangkan kehendak cenderung naluriah. Itulah sebabnya, hukum yang berintikan *iustum* (keadilan), mutlak merupakan produk akal. Ini yang membuat banyak yang meyakini bahwa **Aquinas** punya kecenderungan untuk berargumen seolah-olah hukum alami sudah merupakan perangkat yang cukup untuk membuat hukum manusia atau hukum positif.

333 Otje Salman, Op.Cit., hlm. 64-65.

Sedangkan untuk keadilan, **Aquinas** membedakan dalam kategori: (i) *Iustitia distributiva* (keadilan distributif), yang menunjuk pada prinsip kepada yang sama diberikan sama, kepada yang tidak sama, diberikan tidak sama pula. Ini disebut kesederajatan geometris. (ii) *Iustitia commutativa* (keadilan komutatif atau tukar-menukar), menunjuk pada keadilan berdasarkan prinsip aritmetris, yaitu penyesuaian yang harus dilakukan apabila terjadi perbuatan yang tidak sesuai dengan hukum. (iii) *Iustitia legalis* (keadilan hukum), yang menunjuk pada ketaatan terhadap hukum³³⁴. Singkatnya bagi **Aquinas**, mentaati hukum adalah bersikap baik dalam segala hal. Apa yang disebut dengan keadilan hukum berbanding lurus dengan keadilan umum. Hal ini juga yang mendasarinya ketika berbicara tentang “harga adil” dan hak-hak kepemilikan, perlindungan atas produksi lokal, maupun dukungannya atas perbudakan, dengan catatan tebal oleh **Aquinas** bahwa sepanjang itu dilakukan bukan sebagai bentuk dominasi ekonomi serta sama sekali tidak boleh melanggar prinsip keadilan yang alami³³⁵.

Selain itu, **Aquinas** juga dikenal karena usahanya melihat dalam konteks yang lebih luas yakni dalam konteks hukum internasional, yakni ketika ia membicarakan dua hal; **Pertama**, ia membahas soal tanggungjawab semua pemimpin-pemimpin di seluruh negara akan adanya otoritas ketuhanan; **Kedua**, dalam kaitan itu ia membahas tentang aturan-aturan dan hubungan yang adil antar negara-negara. Dalam konteks relasi adil antar negara, ia menganalisis konsep *jus ad bellum* dan *jus in bello* yang merupakan penerjemahannya atas sifat “perang adil”, dengan membedakan antara perang yang dilakukan dengan alasan yang adil (benar) dan perang yang dilakukan atas prinsip hubungan yang adil antar negara-negara yang berperang³³⁶.

334 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit, hlm. 59-60.

335 Roger Scruton, Op.Cit., hlm. 46.

336 Ibid.

3. Hukum Alam Rasionalistis

Pemikiran pada teori hukum juga terdapat pendekatan yang lebih rasionalistis dan karenanya memiliki perbedaan mendasar dengan teori hukum alam irasional atau hukum alam bercorak teologis. Teori hukum alam rasional mulai memberikan akses atas sumber rasio manusia, sedangkan teori hukum alam irasional bersumber kepada rasio Tuhan. Walau tidak berarti meninggalkan sama sekali pendekatan ketuhanan tersebut. Pemikiran ini membawa kepada kesimpulan bahwa para pembuat hukum juga turut mempertimbangkan rasio yang dimiliki oleh manusia sebelum membentuk suatu hukum atau peraturan perundang-undangan. Konsep ini juga meyakini bahwa rasio manusia juga bisa memberikan hukum yang berkeadilan. Ada beberapa nama penting dalam hal ini, dua di antaranya akan dibahas.

a. Grotius

Hugo de Groot atau **Grotius** (1583-1645) adalah ahli hukum Jerman yang juga filsuf dan sastrawan dan merupakan pemikir teori hukum pada era *Renaissance*. Ia adalah seorang filsuf dengan aliran humanisme. **Grotius** merupakan tokoh yang menentang teori hukum alam teleologis milik **Aquinas**. Menurut **Grotius**, prinsip-prinsip hukum alam berasal dari akal (rasio) manusia, dan terlepas dari perintah Tuhan dan Tuhan pun tidak dapat merubahnya. Baginya, Tuhan merupakan *causa remota* dari hukum alam, karena Tuhan sendiri merupakan pencipta manusia dan pencipta rasio manusia itu sendiri. Dari rasio tersebut, manusia mulai menjabarkan prinsip-prinsip hukum itu dan menjalankannya.

Grotius dalam konstruksi pandangan hukum, memulainya dengan melakukan pembedaan *regulae* (aturan) dan *leges* (hukum), namun relasinya adalah *regulae* menetapkan beberapa sumber hukum dan setiap fungsi *regulae* merupakan dasar untuk membentuk *leges*. *Regulae* dasar itu harus ada yang bisa menerjemahkannya menjadi *regulae* lebih sederhana dari yang dasar dan itulah yang akan menjadi

basis hukum untuk membentuk *leges-leges*. Inilah sebenarnya dasar yang memperlihatkan bahwa **Grotius** tidak sungguh-sungguh meninggalkan Tuhan, oleh karena *regulae* dasar tetap merupakan kehendak Tuhan. Fungsi *regulae* penjelas adalah untuk menjaga keharmonisan *leges-leges* yang ada dengan kehendak Tuhan dalam *regulae* dasar. *Regulae* penjelas inilah akal rasional. Meskipun tentu berbeda dengan pandangan **Aristoteles** dan **Aquinas** dalam konteks Tuhan sebagai penggerak yang utama, **Grotius** mengakui hukum memiliki sumber metafisik tetapi ia sangat membatasinya. Tuhan hanya memberikan ide-Nya lalu akal menerjemahkannya sehingga kemudian pengetahuan Tuhan tidak lagi diperlukan³³⁷.

Grotius menulis perihal kecenderungan untuk adil secara moral Ketuhanan adalah hal yang tidak cukup. Akal harus mampu mengubahnya menjadi standar hukum. Keunggulan manusia karena akal mampu menaati standar yang sama sebagai manusia sebagai makhluk yang memiliki akal untuk itu, sehingga berbeda dengan makhluk Tuhan lainnya semisal binatang³³⁸.

Dengan menganalisis pemikiran **Grotius**, Bernard L. Tanya mengemukakan bahwa:

“... hukum alam adalah segala ketentuan yang benar dan baik menurut rasio, tidak mungkin salah, lagi pula adil. Bahkan bagi Grotius, kebenaran hukum alam tersebut tidak dapat diganggu gugat. Bahkan Tuhan sendiri tidak dapat mengubah kebenaran hukum itu. Seandainya Tuhan tidak ada pun, atau tidak memperdulikan manusia, maka hukum alam sebagai hasil akal manusia, dapat memimpin manusia itu sendiri”³³⁹.

337 Aulia Rahmat, 2020, Rasionalisasi Hukum Alam oleh Hugo Grotius: Dari Humanisasi Menuju Sekularisasi, Undang Jurnal Hukum, hlm. 446-447.

338 Randy A. Barnett, 1997, “A Law Professor’s Guide to Natural Law and Natural Rights”, Harvard Journal of Law and Public Policy, hlm. 657.

339 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 69.

Dari pemikiran yang dimiliki oleh **Grotius**, terdapat 4 hak alam yang sejatinya telah ada di dalam diri manusia, yakni : **Pertama**, hak kebebasan atas dirinya sendiri. **Kedua**, hak untuk berkuasa atas orang lain. **Ketiga**, hak untuk berkuasa sebagai majikan. **Keempat**, hak untuk berkuasa atas milik dan barang-barang³⁴⁰. Hukum merupakan ‘pengawal’ dalam sosiabilitas manusia untuk menjamin agar prinsip-prinsip ‘individu sosial’ yang berbudi itu tetap tegak. Prinsip-prinsip yang dimaksud adalah : **Pertama**, milik orang lain harus dihormati. **Kedua**, kontrak harus dihormati (*pacta sunt servanda*). **Ketiga**, harus ada ganti rugi untuk tiap kerugian yang diderita. **Keempat**, harus ada hukuman untuk setiap pelanggaran³⁴¹.

Empat prinsip diatas, tidak hanya secara *a priori* sebagai prinsip segala hukum, tetapi juga dapat ditemukan secara *a posteriori*, yang kenyataannya ada pada semua bangsa yang beradab. Secara *de facto*, semua bangsa menerima prinsip-prinsip itu. Menurut **Grotius** empat hal tersebut dapat diterima oleh semua bangsa dikarenakan akal sehat (*sensus communis*) yang dimiliki semua manusia. Jika semua prinsip ini diterima karena persetujuan semua bangsa, maka serentak menjadi hukum bangsa-bangsa.³⁴²

Sifat manusia dipengaruhi oleh watak intelektualnya, dan sifat yang paling khas dalam diri manusia ialah keinginannya untuk hidup bersama. Diilhami oleh hal tersebut **Grotius** pun mengembangkan empat prinsip diatas melalui prinsip-prinsip hukum internasional. Meskipun berangkat dari prinsip-prinsip yang ada di dalam hukum alam, prinsip ini tidak lagi dinamakan sebagai prinsip hukum alam namun di cap sebagai prinsip hukum internasional³⁴³.

340 Otje Salman, Op.Cit., hlm. 65.

341 Bernard L. Tanya, (et.al), Op.Cit. hlm. 69.

342 Ibid.

343 Gunawan Nachrawi & I Gusti Agung Ngurah Agung, Teori Hukum,... Op.cit, hlm. 35-36.

Melemahnya kekuasaan spriritual dalam bidang sekuler telah mendorong **Grotius**, yang dianggap sebagai “bapak” hukum internasional, untuk menulis ulang konsep hukum alam dalam ilmu hukum yang terpisahkan dari teologi dan agama. Konsepsi hukum alam yang sekuleristik ditunjukkan oleh pengertian yang diberikannya sebagai “*sebuah diktat yang didasarkan pada nalar yang benar yang menunjukkan bahwa sebuah tindakan... yang memuat kualitas moral.*” Dan, tambahnya, hukum seperti ini dapat kita peroleh tanpa menuntut kehadiran sekalipun. Dengan kata lain, ada tidaknya Tuhan bukanlah fondasi atau penentu validitas hukum alam³⁴⁴. Pada konteks hukum internasional, **Grotius** menegaskan bahwa ada hukum ideal yang di dasarkan atas hakikat manusia sebagai makhluk yang berakal, atau dalam bahasa lain ia menyebutnya sebagai adanya kesatuan kaidah-kaidah yang diilhamkan alam kepada manusia³⁴⁵.

Ia menuliskannya dalam “*De Jure Belli ac Pacis: On the Law of War and Peace*” yang isinya adalah kerangka hubungan antar negara-negara dan bangsa di Eropa yang tidak bergantung pada hukum eklesiastik (hukum gereja) tetapi merupakan aduan dan dukungan hukum normal. Itu sebabnya, ia mengkritisi dengan analisis yang lebih mendalam tentang “Perang Adil” ala **Aquinas** dengan mengatakan bahwa pada dasarnya tidak ada perang yang adil jika sifatnya murni adalah agresi. Oleh karenanya, perang yang dimungkinkan hanyalah perang sebagai tindakan pertahanan dan pembalasan yang dapat disetujui.³⁴⁶

b. Immanuel Kant

Selain **Grotius**, **Immanuel Kant** (1724-1804) adalah filsuf Jerman yang juga dapat dianggap sebagai patron utama dalam cabang pandangan hukum alam yang lebih rasional. Meskipun ia juga mengalami pengaruh

344 Edward Bodenheimer 1978, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge: Harvard University Press, hlm. 35.

345 Frans E. Likadja & Daniel Frans Bessie, 1988, *Desain Instruksional Dasar Hukum Internasional*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 44.

346 Roger Scruton, *Op.Cit.*, hlm. 385.

empirisisme dalam pemikirannya. Ia berangkat dari logika berfikir utama bahwa pengalaman tentu menentukan, karena pengalaman akan sangat mewarnai dan menentukan pemahaman. Akan tetapi, pada dasarnya pengalaman bukanlah hal yang paling utama, karena pengalaman akan dipengaruhi oleh persepsi yang dibentuk oleh pikiran. Hal ini disebabkan manusia sesungguhnya tidak punya akses langsung atas realitas, kecuali atas kontribusi pikiran. Meskipun pada saat yang sama ada perbedaan mendasar antara **Kant** yang awalnya lebih dogmatis melihat akal, lalu berubah menjadi lebih kritis. Ajaran filsafatnya dianggap kritisisme karena dasarnya dibangun dengan membedakan dengan dogmatisme.

Dalam *Critique of Pure Reason* ia membawa pemikiran bahwa akal yang dapat membawa kepada pengetahuan teoritis juga pada saat yang sama harus dibatasi karena sangat mungkin memiliki kecenderungan alami untuk melampaui batasan-batasannya menuju ke keyakinan yang kosong dan paradoksal yang malah tak dapat didukung secara rasional. **Kant** membagi dalam kategori imperatif dari akal praktis yang murni. Hal ini yang ia lengkapi dalam *Critique of Practical Reason*. Artinya, akal praktis tentu saja menentukan tetapi tidak dapat mencapai tahap harmonis secara alamiah, namun butuh kesepakatan kolektif agar mencapai tujuan moral di mana akal adalah penguasanya. Dengan modal demikian, **Kant** menjadi pemikir kritis yang dianggap sangat berbeda dengan pemikir-pemikir sebelumnya yang cenderung dogmatis, baik atas ketuhanan maupun atas penerimaan secara dogmatis atas rasio³⁴⁷.

Hal itu dapat dilihat dalam buku **Kant** berjudul "*Foundations of the Metaphysic of Morals*". **Kant**, memang sosok yang menarik. Meski **Kant** terkenal karena filsafat idealis transendental, tapi ia kuat dalam sentuhan rasionalisme dan empirisisme dalam memahami kekuatan etik hukum, termasuk jika kita bicara turunannya soal integritas. Kekuatan

347 K. Bartens, 1975, Ringkasan Sejarah Filsafat, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 59.

etik ini juga untuk menyempurnakan akal praktis yang memang memiliki keterbatasan, sehingga secara khusus ia membahas soal moral ini secara mendalam. Ada tiga bangunan utama filsafat **Kant**: **Pertama**, premis bahwa seluruh moralitas adalah otonom, sebagai bentuk kebebasan makhluk berakal. **Kedua**, perintah yang pasti dalam artian sebuah tindakan dibangun karena memang menghendaki hal tersebut sebagai hukum universal; **Ketiga**, ada pertentangan antara akal dan nafsu yang merupakan bagian dari pertentangan antara kehendak akal yang bertujuan mencapai tujuan ideal dan kondisi empirik yang berlaku dalam hukum alam.

Kant lah yang mendorong bahwa etika itu haruslah punya hukum obyektif. Ia memutlakannya. Etika itu tidak bisa dibuat menjadi subyektif, walau ia memahami kemungkinan subyektifitasnya. Disitulah ia mengajukan rumusan-rumusan obyektifikasinya dengan apa yang ia sebut imperatif kategoris, sebagai bertindak atas dasar moral. Sedangkan yang lebih subyektif dan punya landasan motivasi yang tak universal ia sebut sebagai imperatif hipotetis, sebagai bertindak atas apa yang diinginkan orang.

Dari situlah ia membangun rumusan-rumusan dasar obyektifnya moralitas imperatif kategoris ini. Inilah yang membedakan **Kant** dengan **Jeremy Bentham** yang bicara banyak tentang filsafat tujuan (utilitarianis) yang mana menurut **Bentham** suatu tindakan baik itu harus punya tujuan. Berkebalikan, **Kant** menganggap bahwa jika suatu perbuatan baik itu memiliki tujuan, maka itu tidak menunjukkan sikap tanpa pamrih, selama masih mengikuti kepentingan diri sendiri. Bagi **Kant**, tindakan bermoral itu sama sekali tidak bergantung pada apapun termasuk pada maksud baik serta tujuan dan kondisi apapun dan pada saat yang sama berlaku di mana saja dan tanpa pembatasan apapun³⁴⁸.

348 S.P Lili Tjahyadi, 1991, Hukum Moral; Ajaran Immanuel Kant tentang Etika dan Imperatif Kategoris, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 81.

Kant mengatakan bahwa manusia adalah makhluk rasional. Karenanya, manusia harus menjunjung tinggi nilai-nilai moralitas. Di situlah sodoran imperatif kategoris yang mana melalui prinsip (kebebasan) otonomi, setiap orang harus dapat mengekang segala kecenderungan jahatnya seperti berbohong, membuat janji palsu, memfitnah, memutarbalikkan keadaan dan menjadikan orang lain sebagai sarana untuk mencapai tujuan. Etika dan moralitas adalah pondasi penting integritas, yang tak memerlukan alasan dibalik pilihannya. Sesuatu yang dalam bahasa **Kant**, secara universal memang seharusnya ditegakkan. Ini yang dikategorikan sebagai filsafat deontologi³⁴⁹.

Pengaruh **Kant** sangat besar terhadap aliran liberalisme dan memasok pemikiran yang kuat pada aliran tersebut, termasuk cara pandang liberalisme atas konteks hak. Oleh karena salah satu pandangan **Kant** yang sangat mempengaruhi adalah rekomendasi atas suatu jenis hukum yang bertujuan pada kebebasan tanpa adanya perbedaan antara unsur yang diatur dalam hukum tersebut.

Pemikiran **Kant** mempengaruhi begitu banyak pemikir filsafat maupun kenegaraan bahkan prinsip ilmu hukum kemudian. Selain ia memberi pengaruh pada pandangan **Hegel** (1770-1831) dalam kebebasan sebagai sebuah kepatuhan, maupun atas filsafat hak **Nozick** yang memperlakukan pribadi-pribadi sebagai tujuan dan bukan hanya sebagai alat³⁵⁰. Bahkan **Kant** juga memiliki pengaruh atas pemikiran antinomi hukum yang lahir dan banyak dibicarakan oleh Pemikir Jerman lainnya yakni **Gustav Radbruch** dengan konsep ajaran prioritas baku³⁵¹. Meskipun **Kant** bukanlah ahli hukum, tetapi secara tidak langsung basis pemikirannya memiliki pengaruh yang kecil, termasuk digunakan dalam konsep hak dan kritisi atas positivisme

349 Frans Magnis Suseno, 1998, *Tigabelas Model Pendekatan Etika*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 135.

350 Roger Scruton, *Op.Cit.*, hlm 500-501.

351 Zainal Arifin Mochtar, 2015, *Antinomi dalam Peraturan Perundang-undangan*, *Jurnal Hasanuddin Law Review*, Vol. 1, Desember 2015, hlm. 319-320.

hukum yang menempatkan ajaran moralitas dan etik sebagai pondasi dari hukum.

4. Melemahnya Teori Hukum Alam

Aliran hukum alam juga mengalami pasang-surut. Melemahnya aliran-aliran pada hukum alam terjadi sekitar abad ke 18 dan 19. Melemahnya teori hukum alam, setidaknya disebabkan oleh berbagai alasan yang beberapa diantaranya adalah jatuhnya Konstantinopel ke bangsa Turki, kodifikasi di wilayah Eropa, mulai terjadinya ramifikasi (percabangan) hukum dan mulai bermunculan modernisasi pemikiran tentang hukum (pemisahan antara takhayul/mitos dengan ilmu pengetahuan).

Paparan sejarah mengenai jatuhnya Konstantinopel, dijelaskan oleh **Budiono Kusumohamidjojo** bahwa, jatuhnya Konstantinopel ke tangan bangsa Turki (29 Mei 1453) memaksa bangsa-bangsa Eropa untuk mencari jalan lain guna memenuhi kebutuhan hidupnya dari belahan timur dunia, terutama rempah-rempah. Apalagi kala itu rempah-rempah mempunyai nilai strategis bagi kawasan-kawasan yang mengenal musim dingin, karena diperlukan untuk mengawetkan bahan pangan. Selain itu metode pengobatan Arab (yang dilakukan oleh para ahli Muslim) menunjukkan betapa besar penggunaan rempah-rempah. Jatuhnya Konstantinopel praktis telah memotong urat nadi kehidupan itu. Ekspedisi pencarian tanah baru yang kemudian berbuntut pada ekspansi kolonial yang memiliki implikasi tawaran penggunaan sistem hukum dari bangsa asal yang melakukan kolonialisasi³⁵².

Dampaknya menjadi tidak sederhana oleh karena sistem hukum yang awalnya dibayangkan secara universal mengikuti konsep hukum alam baik teologis dan rasio yang sering diberlakukan secara universal, maka ketika ia menghadapi kenyataan dengan suku-bangsa dan negara berbeda, ia mengalami catatan kritis itu sendiri. Misalnya,

352 Budiono Kusumohamidjojo, Teori Hukum: Dilema...Op.Cit, hlm. 25.

terhadap penemuan daerah-daerah baru, terdapat kenyataan bahwa ada yang namanya perspektif yang lebih plural dan partikular sehingga tidak dapat dipaksakan keuniversalan. Misalnya pula ketika masuk ke negara-negara baru seperti Indonesia, akhirnya sistem hukum bergaya Eropa Romawi tersebut berhadapan dengan hukum yang sudah ada di Indonesia yakni hukum adat dan Islam³⁵³.

Penyetaraan kesamaan hukum sebenarnya terus mencoba dilakukan dengan upaya membuat prinsip-prinsip hukum yang sama, yang juga berlaku dalam sistem hukum Eropa Kontinental yang mulai dikodifikasikan pada peralihan abad ke 18-19. Hal yang sebenarnya juga ada pengaruh dari gagasan-gagasan **Montesquieu (Charles-Louis de Secondat Baron de La Brede et de Montesquieu, Prancis, 1689-1755)**³⁵⁴. Seperti sudah dikemukakan, sistem kodifikasi hukum mulai dilancarkan di Eropa sejak tahun 1804 dan diawali dengan *Code Napoleon* yang resminya disebut *Code civil des Francais*³⁵⁵.

Tujuan utama dari kodifikasi adalah untuk memberikan kepastian hukum. Meskipun dapat memberikan kepastian hukum, kodifikasi juga mengakibatkan pembakuan ketentuan-ketentuan hukum, sehingga ia

353 Pada masa awal masuknya, hukum Islam sudah memiliki posisi yang kuat, sehingga yang dilakukan adalah teori *receptio in complexu* yakni penerimaan hukum Islam secara penuh terhadap orang Islam (Teori Van den Berg). Kedua, adalah pendekatan teori *receptie* yakni penerimaan hukum Islam melalui hukum adat (Snouck Hourgranje). Tetapi keduanya pada dasarnya menunjukkan bahwa penyeragaman yang merupakan khas hukum Barat kala itu mengalami kritisi.

354 Ibid, hlm. 25-26.

355 Pada tahun 1793 Kaisar Napoleon memerintahkan pada suatu komisi hukum beranggota empat orang untuk menyusun kodifikasi Perancis. Secara terbuka diakui, bahwa perancangannya banyak dipengaruhi oleh *Codex Iuris Civilis* dari Iustinianus. Sebenarnya *Code Napoleon* bukanlah awal dari kodifikasi di Eropa, karena sudah didahului oleh *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (Bavaria, Jerman, 1756). Namun *Code Napoleon* yang disusul dengan diberlakukannya *Code de commerce* (KUH dagang, 1806), *Code de procedure civil* (KUH acara perdata, 1807), dan *Code Penal* (KUH pidana, 1801) serta penaklukan yang dilakukan oleh Napoleon Bonaparte (Corsica, Napoleone di Buonaparte, 1769-1821) telah berpengaruh besar terhadap poliferasi sistem kodifikasi hukum (Romawi) ke banyak bagian dunia. Ibid, hlm. 26-27.

menjadi statis dari norma sosial yang dinamis. Kodifikasi ini sangat mendekati kepada otoritas negara dalam konteks positivisme. Dalam bahasa **Raymond Wacks**, salah satu yang menyebabkan jatuhnya hukum alam adalah *legal positivism* yang menjadi penguat atas posisi oposisi terhadap hukum alam³⁵⁶.

Selain itu, dengan makin menguatnya ajaran moral dalam hukum alam mulai ada gugatan tentang dalam alasan moral tidak bisa ditemukan solusi yang rasional, itulah kemudian disebut sebagai mendorong semacam skeptisisme tentang hukum alam³⁵⁷. Kritik dari **David Hume** (1711-1776) inilah yang salah satunya mendasari bagaimana **Immanuel Kant** mencoba mencari rasionalisasi dari ajaran moral dan **Kant** mengkritik balik **Hume** melalui konsep yang ia ajarkan. Walau pun demikian sudah menguat skeptisisme itu sehingga seakan sulit untuk menentukan mana yang benar dan mana yang salah dan ajaran moral hukum alam terasa seperti hanyalah sedikit di atas opini subyektif karena moralitas subyektif tersebut.

Hal lainnya tentu saja adalah mulai ditinggalkannya filsafat sebagai ibu dari semua ilmu. Sampai dengan abad ke-19, studi mengenai hukum masih dianggap menyatu dengan filsafat hukum. Namun pada akhir abad ke-19, filsafat hukum mulai mengalami ramifikasi yang lebih jauh, dengan melepaskan teori hukum sebagai studi yang mandiri³⁵⁸. Salah satunya adalah konsep empirisisme yang mendorong sekuatnya ilmu pengetahuan sehingga meninggalkan sesuatu yang awalnya adalah idealitas dogmatik atau rasional menjadi lebih pada bukti yang nyata. Doktrin **Francis Bacon** tentang *logico, hipotetico*, verifikatif, mendorong ilmu menjadi konsep yang harus bisa dilogikakan, dihipotesakan dan diujungnya dapat diverifikasi telah mendorong ilmu menjadi lebih spesifik. Ramifikasi pun terjadi dengan deras. Modernisasi

356 Raymond Wacks, 2008, *Philosophy of Law, A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, hlm 9.

357 Ibid.

358 Ibid, hlm. 31.

mulai terjadi pada saat itu, yang menyebabkan berkembangannya ilmu pengetahuan, ilmu sosial, dan ilmu politik. Pada masa tersebut, masyarakat-masyarakat modern mulai merasakan kompleksitas kehidupan yang membutuhkan suatu kepastian hukum dalam bentuk formal, kemudian disusul dengan mulai bermunculannya pendapat-pendapat dari para ahli yang menyatakan bahwa ajaran aliran hukum alam sudah tidak terlalu relevan lagi dengan perkembangan modernitas yang sedang berlangsung.

Ditambah lagi terdapat problematika sosiologis yang menghantui masyarakat pada saat itu, terlebih apabila berkiblat kepada ajaran hukum alam yang spesifiknya di bagian 'Hukum Tuhan'. Terjadi problem tersendiri untuk menentukan antara siapa, bagaimana dan dengan dasar apa untuk seorang manusia menentukan 'yang mana yang merupakan Hukum Tuhan'. Argumentasi-argumentasi yang sedemikian rupa terus-terusan bermunculan, karena argumentasi tersebut sangat sulit untuk dijawab secara ideal, maka lambat-laun manusia mulai menggeser dasar pemikirannya dari 'rasio Tuhan' menjadi 'rasio manusia'. Gejala lainnya pendekatan humanisme juga amat pesat mendorong gugatan yang nyata atas hukum alam. Jika hukum alam berdisi atas sesuatu yang di luar kuasa manusia, maka humanisme mendorong ke dalam manusianya.

Belum lagi apabila merujuk ke dalam aliran hukum alam sendiri (terkhusus kepada pemikiran teologis), terjadi polarisasi pola pikir – menjadi pola pikir sekuler, yang menghendaki pemisahan antara pemikiran agama dengan pemikiran non agama, seperti hukum dan politik. Artinya, “kejatuhan” hukum alam terjadi karena begitu banyak faktor yang sebagian besar lahir dari perkembangan zaman diimbui dengan kritik yang mendasar atas ajaran hukum alam itu sendiri. Ditambah lagi dengan bermunculannya aliran empirisme dan aliran positivisme hukum akibat dari periode Pencerahan (*Verlichting*), yang ternyata diterima di hampir semua negara di berbagai belahan dunia sehingga menyebabkan melemahnya andil teori hukum alam.

5. Menguatnya Kembali Teori Hukum Alam

Melemahnya teori hukum alam sebenarnya tak pernah sungguh-sungguh terjadi oleh karena hukum alam itu sendiri memiliki basis paradigma filosofi yang cukup kuat. Segala pembicaraan yang menyebut tentang kebangkitan kembali hukum alam adalah kurang tepat, karena hukum alam tidak pernah benar-benar menghilang dari pemikiran hukum Eropa dan Amerika³⁵⁹. Walaupun demikian, memang pada dasarnya sempat terjadi ketika kritisi mengalir teori hukum alam begitu deras, sehingga teori hukum alam sendiri mengalami pergeseran. Karenanya, mengenai istilah “kebangkitan Hukum Alam” dikatakan bahwa sebetulnya tidak bisa disebut sebagai “kebangkitan”, karena berbeda sekali dari Hukum Alam sebelumnya. Kembalinya hukum alam pada masa modern hanya menganut relativitas yang berbeda dari hukum alam sebelumnya, yang bersifat teramat absolut³⁶⁰ menjadi semacam “pembaruan hukum alam”.

Melalui kacamata filsafat murni, hukum alam dikemukakan kembali malah sebagai bagian dari penangkal positivisme. Hal ini terjadi setelah pergantian abad 19 ke Abad 20, di Italia, Perancis, dan Jerman pada waktu yang hampir bersamaan. Kebangkitan hukum alam dikaitkan dengan nama-nama semisal **Del Vecchio**, **Geny**, **Krabbe** dan dalam pengertian yang lebih luas, juga **Leon Duguit** dan **Hauriou**³⁶¹. Selain penyebab-penyebab diatas, **Carl Joachim Friedrich** mengemukakan penyebab lainnya, yakni:

“Di antara penyebab itu, yang paling penting adalah: perluasan terus-menerus aktivitas pemerintahan. Ini terjadi di Amerika, di mana Mahkamah Agung telah menjadi corong kritikan terhadap peraturan perundang-undangan, seperti juga di Eropa. Tidak hanya gerakan

359 Carl Joachim Friedrich, Op.Cit., hlm. 224.

360 Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum,... Op.Cit, hlm. 278.

361 Carl Joachim Friedrich, The Philosophy of Law...Op.Cit, hlm. 224.

Marxis, namun juga legislasi umum untuk semakin memperluas aktivitas negara (statisme) telah memunculkan pertanyaan tentang sejauh mana perkembangan itu mesti dibolehkan berlangsung? ³⁶²

Sebagai upaya kritik atas positivisme, teori hukum alam kembali mengalami renaissance. Lebih lanjut, **Friedrich** juga mengatakan bahwa tokoh-tokoh hukum alam tidak memiliki keinginan untuk kembali ke pemikiran klasik hukum alam sebelumnya. Pemikiran semacam itu memang memainkan peran yang cukup penting pada berbagai keputusan Mahkamah Agung Amerika. Pada saat tertentu, peradilan atau setidaknya beberapa hakimnya, ingin mengembangkan konsep proses hukum 'yang seharusnya' berdasarkan prinsip-prinsip keabadian dan memberikan penekanan serupa pada hak-hak dasar tertentu, semisal kesetaraan di muka hukum dan prinsip baku masyarakat yang bebas. **Giorgio del Vecchio** juga condong ke pandangan ini. Namun kecenderungan yang ada, adalah memperlakukan hukum alam sebagai hukum yang tidak bisa diubah. Dalam rumusan terkenal **Stammler**, hukum alam dipahami sebagai hukum dengan muatan yang terus berubah. **Geny** dan **Duguit** mengemukakan pendapat yang sama secara eksplisit. Muatan konkret hukum alam, menurut pandangan itu, akan berubah seiring waktu dan keadaan, namun juga akan berorientasi pada gagasan hukum yang mengharuskan agar ia menjadi hukum yang besar³⁶³.

Lebih lanjut dikatakan oleh **Friedrich** sebagai berikut:

*“Pandangan ini, yang seperti kita ketahui bersandar pada kritik **Kant** terhadap proses penalaran, bertumpang-tindih dengan pandangan lain yang berupaya memahami hukum alam berdasarkan hukum, yang alamiah ataupun yang bukan, perilaku sosial, dan peristiwa sosial. Perkembangan psikologi dan ilmu sosial menunjukkan bahwa kendati terdapat watak manusia yang mungkin diketahui, atau umumnya*

³⁶² Ibid, hlm. 224-225.

³⁶³ Ibid, hlm. 225.

*diduga, kini ada wawasan tentang ilmu mengenai manusia berdasarkan penelitian ilmiah. Pendekatan ini khususnya diajukan di kalangan mereka yang mendukung sosiologi hukum, semisal **Ehrlich** dan **Max Weber**. Di Amerika Serikat, gagasan itu dibuat dalam bentuk lain oleh **Roscoe Pound** ketika dia berbicara tentang hukum sebagai rekayasa sosial. Gagasan tentang hukum sebagai rekayasa sosial secara insidental bukanlah hal baru, sebagaimana yang kadang diasumsikan; ia sudah muncul pada abad ketujuh belas³⁶⁴.*

Selain nama-nama pemikir diatas, nama **Lon. L. Fuller** (1902-1978) yang merupakan seorang Profesor Hukum di Universitas Harvard, Amerika, juga tidak bisa dilepaskan dari masa-masa “kebangkitan” hukum alam di era modern. **Fuller** sangat membenci tradisi positivisme yang disebutnya sebagai “*ethical scepticism*”³⁶⁵, dan **Fuller** juga sekaligus mengemukakan ketidakpuasannya kepada segala tradisi hukum alam yang ada. Dengan **Kelsen** dan **Hart** sebagai salah satu eksponen dalam tradisi positivisme saat itu, membuat ketiganya terjun ke dalam perdebatan akademis³⁶⁶. Ia menawarkan apa yang disebutnya sebagai *the inner morality of law*.

Konsepsi **Fuller** mengenai hukum alam di era modern, sangat berbeda dengan dari yang sebelum-belumnya. Ia menambahkan semangat humanis yang benar-benar melepaskan diri dari atribut Ilahi serta hal-hal yang berbau supernatural. Singkatnya, hukum dipandang sebagai atribut manusia. Ia berdiri di atas 8 prinsip; 1. *generality*; 2. *promulgation*; 3. *non-retroactive*; 4. *clarity*; 5. *non-contradiction*; 6. *possibility of compliance*; 7. *constancy*; 8. *congruence between*

364 Ibid, hlm. 225-226.

365 Raymond Wacks, *Philosophy of Law*, Op.Cit., hlm. 13

366 Pranoto Iskandar & Yudi Junadi, 2011, *Memahami Hukum di Indonesia: Sebuah Korelasi antara Politik, Filsafat, dan Globalisasi*, IMR Press, Cianjur, hlm.39.

declared rule and official action.³⁶⁷ Ia kemudian menyimpulkan bahwa sistem hukum yang tidak sesuai dengan salah satu dari delapan jenis tersebut sesungguhnya tidak dapat disebut hukum yang bisa eksis di dalam masyarakat. Jika tidak terpenuhi, **Fuller** tidak menyebutkan bahwa kekurangan satu atau dua syarat, akan mengurangi nilai bahwa “itu merupakan hukum”. **Fuller** hanya mengatakan bahwa hukum tetaplah hukum, namun jika salah satu syarat tidak terpenuhi, akan terjadi penurunan kualitas atas “hukum” itu sendiri.

Selain **Lon Fuller**, maka **John Finnis** (Lahir 1940), seorang ahli teori hukum dari Oxford University yang juga dianggap sebagai orang yang mengkontemporerkan teori hukum alam. Pertama ia mulai dengan kritik yang tajam atas **David Hume** dengan membahasakan bahwa alasan menginformasikan kepada kita tentang “*how best to achieve my desire*” dan “*it cannot tell me what I ought to desire*”. **Finnis** berdiri di atas tujuh “*basic forms of human flourishing*” yakni; 1. *Life*; 2. *Knowledge*; 3. *Play*; 4. *Aesthetic experience*; 5. *Socialbility (friendship)*; 6. *Practical reasonableness*; 7. *Religion*. Ketujuh hal yang menjadi standar dari kehidupan³⁶⁸.

Mudah melihat pengaruh besar **Aquinas** (khususnya pada adagium *lex iniusta non est lex*), pada tulisan **Finnis** ketika ia berbicara tentang kewajiban untuk menaati hukum jika itu hukum sesungguhnya dan

367 Hukum untuk memiliki integritas haruslah memiliki delapan syarat, yang mewarnai proses yang kemudian membantunya meraih tujuan, sebagai berikut: pertama, terdapatnya aturan-aturan umum yang dibentuk untuk membimbing tindakan-tindakan tertentu; kedua, aturan-aturan tersebut haruslah tersedia secara publik; ketiga, aturan-aturan haruslah berlaku ke depan – bukan ke belakang (retrospektif); keempat, aturan-aturan tersebut haruslah bersifat jelas dan menyeluruh; kelima, aturan-aturan haruslah konsisten; keenam, aturan-aturan haruslah bersifat realistis; ketujuh, aturan-aturan haruslah jangan terlalu sering diubah-ubah; dan kedelapan, haruslah ada kesamaan antara apa yang diucapkan dan dilaksanakan. Lihat: Edward Bodenheimer, 1978, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge: Harvard University Press, hlm. 155

368 Walau John Finnis menyebut soal agama, tetapi sebenarnya ia tidak pernah memaksudkan sebagai agama formal, maksudnya adalah kebutuhan untuk pengalaman spiritual. Raymond Wacks, *Philosophy of Law*, Op. Cit., hlm. 14.

ketika hukum tidak adil maka itu bukanlah hukum dalam sense apakah memiliki kewajiban untuk ditaati. Tetapi pemikiran besar **Finnis** sebenarnya seakan mesintesis berbagai pandangan klasik dan rasional, walaupun dalam beberapa hal ia menggeser konsepsi dogmatis klasik menjadi lebih rasional. **Finnis** membawanya menjadi 3 konsep dasar : **Pertama**, prinsip pertumbuhan manusia yang ia nyatakan sebagai konsepsi pra-moral. **Kedua**, penerapan akal budi praktis untuk menentukan baik dan buruk. **Ketiga**, perangkat moral standar yang berlaku umum³⁶⁹. Konstruksi ini sebenarnya memperlihatkan perbedaan mendasar dengan ajaran Aquinas, meskipun ia menyetujui adagium dasar **Aquinas** yang disampaikan di atas. Dalam pemikiran **Finnis**, konstruksi hukum alam yang berangkat dari moral yang utama, harus digunakan bukan saja dalam pembuatan legislasi (undang-undang) tetapi juga dalam putusan-putusan hakim.

Apabila individu dan masyarakat mampu membangun pilihan rasional berdasar kebutuhan-kebutuhan hidup utama seperti yang disampaikan sebelumnya, maka tentunya akan menjadikan pemenuhan kebutuhan individu seutuhnya. Bimbingan moral utama itu memang tidak semuanya bisa menghasilkan kebijakan yang masuk akal, sehingga amat rasional, tetapi secara rasional pula sesungguhnya tidak dibenarkan adanya monopolistik atas pilihan-pilihan. Satu pilihan bisa menghasilkan dampak negatif pada pilihan lainnya. Fungsi akhirnya di hadapkan pada tidak adanya kemungkinan melakukan pilihan kebaikan maupun kebijakan tanpa menyingkirkan alasan rasional lain yang bertentangan dengan itu³⁷⁰. Prinsip kebebasan pilihan manusia menjadi sangat kuat atas pilihan pribadi tersebut, sepanjang dibimbing oleh moral utama.

369 John Finnis, 2011, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York, hlm. 23.

370 Dennis Patterson dan Jefferson White, 1999, *Introduction to Philosophy of Law; Reading and Cases*, Oxford University Press, New York, hlm. 184-186.

Secara keseluruhan, bangkitnya kembali Hukum Alam, sebenarnya karena pergulatan yang panjang di dalam hukum alam itu sendiri, termasuk dengan pengaruh-pengaruh yang terjadi atas pandangan hukum alam, khususnya dari cara pandang empirisisme, positivisme, humanisme, termasuk mazhab sosiologi dan berbagai cara pandang yang secara perlahan mulai menguat sejak abad pertengahan hingga akhir abad ke-19. Pada saat yang sama, hukum alam juga menguat oleh karena bencana dunia Perang Dunia I dan Perang Dunia II yang mendorong upaya memikirkan universalisasi hukum kembali menguat. Bangkitnya hukum alam dipoles dengan berbagai pendekatan yang terjadi akibat menguatnya berbagai cara pandang lainnya, sekaligus untuk menjawab kritik atas teori hukum alam.

B. Positivisme

Mungkin dapat dikatakan bahwa positivisme merupakan peruncingan *trend* sejarah pemikiran Barat modern yang mulai menyingsing pasca ambruknya tatanan dunia Abad Pertengahan, yang turut lahir melalui rasionalisme dan empirisme. Apa yang baru dalam positivisme adalah sorotan khusus terhadap metodologi ilmu pengetahuan, bahkan dapat dikatakan bahwa pandangan ini sangat menitikberatkan metodologi dalam refleksi filsafatnya. Kalau dalam empirisme dan rasionalisme pengetahuan masih ada proses direfleksikan, maka dalam positivisme kedudukan pengetahuan digantikan dengan metodologi dan satu-satunya metodologi yang berkembang secara meyakinkan sejak *Reinassance* dan subur pada masa *Aufklarung* adalah metodologi ilmu-ilmu alam. Oleh karena itu, positivisme menempatkan metodologi ilmu-ilmu alam pada ruang yang dulunya menjadi wilayah refleksi epistemologi, yaitu pengetahuan manusia tentang kenyataan³⁷¹.

371 F. Budi Hardiman, 2003, *Melampaui Positivisme dan Modernitas: Diskursus Filosofis tentang Metode Ilmiah dan Problem Modernitas*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 54-55. Lihat juga dalam F. Budi Hardiman, 2009, *Kritik Ideologi*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 121-127.

Positivisme berbasis kepada sesuatu yang *real and concrete*, sehingga dalam aliran ini tidak lagi membicarakan mengenai “esensi”, meskipun masih berkaitan, tapi pada hakikatnya, positivisme hanya didasarkan kepada fakta, kenyataan, dan metode-metode yang ilmiah. Istilah “positif”³⁷² ini memang sering digunakan dalam berbagai literatur hukum, namun perlu diperhatikan bahwa penggunaan istilah positif di dalam pembahasan ini memiliki artian: sebagai aturan hukum yang sedang diberlakukan oleh manusia.

Secara singkat, hukum positif adalah hukum yang ditetapkan oleh manusia. Hukum ini disebut ‘positif’ karena ditetapkan oleh manusia (Latin: *ius positivum*; Latin: *posit*, menetapkan; *positum*, penetapan). Seringkali disebutkan bahwa lawan pengertian dari hukum positif adalah hukum alam yaitu hukum yang berlaku dalam atau berasal dari alam (**Aristoteles**: *physikon dikaion*; Latin: *ius naturale*)³⁷³. **Bonaventura De Sousa Santos** memiliki pandangan yang menarik mengenai mahzab positivisme, ia mengatakan bahwa: “Mahzab positivisme memuat nilai-nilai dasar yang diambil dari tradisi ilmu alam, yang menempatkan fenomena yang dikaji sebagai objek yang dapat dikontrol dan digeneralisasi sehingga gejala ke depan bisa diramalkan”³⁷⁴.

Positivisme menjadi semacam penentuan otoritatif hukum kepada manusia atau buatan manusia (atau penguasa yang berwenang atas itu), yang hanya berbeda sederhana dengan hukum alam oleh karena hukum alam mengangkatnya lebih dari manusia sampai ke Tuhan atau rasional yang bersumber juga dari perangkat ketuhanan. Ia menjadi semacam pernyataan bahwa eksistensi hukum itu penting karenanya otoritas negara yang menyediakannya secara langsung dan menjadi

372 L.B Curzon, 1979, Jurisprudence, MacDonald & Evans, London, hlm. 101-102.

373 Budiono Kusumohamidjojo, Teori Hukum: Dilema...Op.Cit, hlm. 34.

374 Boaventura De Sousa Santos, 1995, Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition, Routledge, London, hlm. 14-15.

amat terukur, dibanding jika menyerahkan kepada konsep metafisika yang bagi kaum positivistis itu meragukan.

Positivisme merupakan perkembangan lebih lanjut dari aliran empirisme³⁷⁵. Positivisme selalu meyakini bahwa realitas adalah segala sesuatu yang dapat dilihat. Dengan kata lain, dalam empirisme, pengetahuan kita harus dimulai dengan verifikasi empiris, yang didasarkan pada bukti secara langsung. Positivisme mengembangkan pemahaman empiris dengan mengatakan bahwa puncak tertinggi dari pengetahuan manusia adalah sains empiris, yaitu ilmu yang berangkat dari verifikasi yang ketat dan fakta yang dapat diukur³⁷⁶.

Positivisme tidak hanya dipahami sebagai sesuatu yang semata-mata merupakan antitesis dari hukum alam. **Sidharta** menjelaskan bahwa segi penalaran yang dimiliki oleh positivisme, masih memiliki sedikit keterkaitan di dalamnya, ia mengatakan:

“.. secara umum, pola penalaran positivisme hukum – seperti akan dideskripsikan kemudian – dan aliran hukum kodrat, sepenuhnya bercorak sama. Perbedaannya hanya pada batas tertinggi dari hierarki hukum tersebut. Pada positivisme hukum, wujud hukum tertinggi sekaligus sebagai sumber hukum tertingginya adalah hukum positif itu sendiri. Tidak ada tempat lagi bagi hukum bukan buatan manusia (penguasa) untuk tampil sebagai standar regulatif yang mengikat warga masyarakat. Pada aliran hukum kodrat, hierarki hukum itu dibuka jauh ke atas, sehingga “closed logical system” yang mengunci pola penalaran positivisme hukum diberi ruangan lebih luas daripada aliran hukum kodrat³⁷⁷”.

375 Donny Gahril Adian, 2001, Arus Pemikiran Kontemporer, Jalasutra, Yogyakarta, hlm. 30-31. Bandingkan dengan FX. Adji Samekto, 2020, Pergeseran Pemikiran Hukum dari Era Yunani Menuju Post-Modernisme, Cetakan Kesatu, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 51.

376 Ibid, hlm. 35-36

377 Shidarta, 2013, Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum: Buku 1 Akar Filosofis, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 189.

Perbedaan mendasar itu juga berimplikasi pada penalaran hukumnya. **Shidarta** juga melengkapi pernyataan di atas dengan mengkorelasikan pada konsepsi moral pada penalaran hukumnya, ia kemudian meminjam pemikiran dari **Visser't Hooft**, sebagai berikut:

*“Pola penalaran model aliran hukum kodrat sepenuhnya menunjukkan kesamaan dengan penalaran moral. Legal reasoning di sini diidentifikasi sebagai moral reasoning. Seperti yang dikatakan **Visser't Hooft**, suatu kerangka referensi yang penting dalam penalaran hukum memang terletak pada analisis atau moral speech, yaitu arti pelaksanaan percakapan rasional pada bidang penentuan-penentuan bidang moral³⁷⁸.”*

Sebagai basis pemikiran, **Auguste Comte** merupakan orang pertama yang mengembangkan pemikiran positivisme, melalui bukunya yang berjudul *Cours de Philosophie Positive* atau *Course of Positive Philosophy* yang terbit pada tahun 1842. **Comte** dikenal dengan pemikirannya terhadap teori sebab-akibat dan pendapatnya yang mengemukakan bahwa untuk menciptakan suatu keadilan, maka diperlukan sebuah tatanan yang pasti dan tatanan tersebut tidak dapat diubah secara sembarangan maupun diganggu gugat. Pemikiran **Comte** sebagai bapak “positivisme” dimotori oleh anggapan bahwa tingkatan tertinggi di dalam peradaban umat manusia adalah peradaban yang dapat melepaskan dirinya dari kepercayaan “takhayul” dan lebih menggunakan metode dan pendekatan yang bersifat pasti, ilmiah, dan tentu saja dilakukan dengan ketat. Positivisme, meskipun mengkritisi aliran hukum alam atau hukum kodrat, sebenarnya memiliki pola yang cukup dekat dengan aliran hukum alam tersebut.

Sebagai bapak positivisme, istilah “positivisme” diperkenalkan oleh **Comte** di dalam bagian prakata *Cours de Philosophie Positive*, ia mulai memakai istilah “filsafat positif” dan terus menggunakannya

378 Visser't Hooft dalam Shidarta, Hukum Penalaran...Ibid, hlm. 189.

secara konsisten sepanjang tulisannya. Pengertian “filsafat” di artikan sebagai “sistem umum tentang konsep-konsep manusia”, sedangkan “positif” diartikan sebagai “teori yang bertujuan” untuk “penyusunan fakta-fakta teramati”. Dengan kata lain, “positif” sama dengan “faktual”, atau apa yang berdasarkan fakta-fakta. Dalam penegasan itu lalu jelas yang ditolak positivisme, yakni metafisika. Apabila **Kant** masih mengakui keberadaan dari “*das Ding an sich*” atas suatu objek, maka **Comte** sama sekali menolaknya. Bagi **Comte** apa yang menjadi objek dalam pengetahuan ilmiah, adalah sesuatu yang mampu diamati. Sehingga **Comte** menolak segala fenomena yang melampaui batasan-batasan yang dapat diamati oleh manusia (ilmu pengetahuan). Secara gamblang, **Comte** mengemukakan bahwa apa yang bisa dikatakan sebagai objek adalah sesuatu yang faktual³⁷⁹.

Comte menyebutkan bahwa terdapat tahapan perkembangan hukum yang tetap, yakni: **Pertama**, Tahap Teologis. Dalam tahap ini manusia percaya pada kekuatan Ilahi dibelakang gejala alam. **Kedua**, Tahap Metafisik. Dalam tahap ini ide-ide teologis digantikan dengan ide-ide abstrak dan metafisik. **Ketiga**, Tahap Positif. Dalam tahap ini gejala alam tidak lagi diterangkan dengan ide abstrak³⁸⁰.

Ada tahapan lain selain tiga tahapan diatas, yang dijelaskan **F. Budi Hardiman** relasi pandangan **Comte** terhadap tahapan keilmuwan itu dengan kondisi sosial:

“Comte juga mencoba menghubungkan tahap-tahap mental tersebut dengan bentuk-bentuk organisasi sosial. Tahap teologis dihubungkannya dengan absolutisme, misalnya raja dihancurkan dan diganti dengan kepercayaan akan hak-hak abstrak rakyat dan hukum. Akhirnya, pada tahap positif, organisasi masyarakat industri menjadi pusat perhatian. Ekonomi menjadi primadona dan kekuasaan elite

379 F. Budi Hardiman, 2004, Filsafat Modern: Dari Machiavelli sampai Nietzsche, Gramedia Pustaka, Jakarta, hlm. 204-205.

380 FX. Adji Samekto, Op.Cit., ,hlm. 51-52.

*intelektual muncul. Mereka ini menduduki peran organisator sosial, dan bagi Comte, sosiologi merupakan ilmu baru yang dapat mereka pakai untuk mengorganisasikan masyarakat industri*³⁸¹”.

Setidaknya terdapat 4 ciri positivisme ala **Comte** yakni: **Pertama**, Berdasarkan fakta. **Kedua**, Sifatnya terus-menerus dan apabila terjadi kesalahan atau kegagalan, maka akan diperbaiki berdasarkan realitas kehidupan. **Ketiga**, akan terus berusaha untuk menciptakan kepastian hukum. **Keempat**, akan terus berusaha menuju ke arah kecermatan.³⁸²

Dengan berfokus kepada sesuatu yang “faktual”, pengertian akan fakta dimengerti sebagai “fenomena yang dapat diobservasi”. Dengan demikian, positivisme terkait erat dengan empirisme. Namun, di dalam aliran empirisme masih menerima hal-hal yang subjektif dan rohaniah, berbeda dengan positivisme yang kokoh mempertahankan ide bahwa apa yang disebut sebagai pengetahuan sejati adalah pengalaman yang objektif, bersifat lahiriah dan dapat diamati melalui pengalaman inderawi. Karena itu, ada yang mengatakan bahwa positivisme adalah ahli waris empirisme yang sudah diradikalkan dalam Pencerahan Perancis.³⁸³

Positivisme sendiri adalah aliran besar yang dapat dimaknai dalam doktrin filsafat dan politik, bisa juga dianggap sebagai pendekatan sosiologis, dapat juga sebagai pendekatan ilmu pengetahuan positif, juga bisa dimaknai penggunaan logika positivisme atau bisa juga dilihat secara positivisme hukum. Secara filsafat ia mendebatkan tentang sumber utama tentang suatu hal, apakah realitas atau metafisik. Secara sosiologi, banyak membahas di wilayah fakta-fakta sosial, misalnya banyak dibahas oleh **Emile Durkheim** (1858-1917). Secara ilmu pengetahuan positif mendorong mempelajari fakta dan bukan

381 F. Budi Hardiman, Filsafat Modern..., Op.Cit, hlm. 207-208.

382 Muhammad Erwin, 2011, Filsafat Hukum: Refleksi Kritis Terhadap Hukum, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. viii.

383 Ibid, hlm. 205.

nilai. Sedangkan secara positivisme logis dikaitkan seringkali dikaitkan dengan “Lingkaran Wina” khususnya **Bertrand Russel** (1872-1970) dan **Ludwig Wittgenstein** (1889-1951) dikaitkan dengan prinsip verifikasi yang menjauhkan dari pendekatan teologis dan metafisika, yang kemudian oleh **Karl Popper** (1902-1994) menganalisis mengubah pendekatan verifikasi menjadi falsifikasi.³⁸⁴ Sedangkan positivisme hukum lebih memandang realitas hukum dengan keberadaan otoritas dan beberapa faktor penting

Meskipun Positivisme dilahirkan melalui pemikiran **Comte**, konsep positivisme hukum lebih terkenal pemikiran **John Austin** yang dipengaruhi oleh **Jeremy Bentham**. Positivisme hukum ini mengkritisi habis-habisan paham hukum alam (*natural law*) yang menjadikan moralitas sebagai tolak ukur, maka pada saat yang positivisme hukum memberikan garis demarkasi yang tegas antara moral dan hukum sebagai tawaran pemikirannya.

Cara pandang ini dikemukakan **Hans Kelsen** (1969) dalam *The Pure Theory of Law*. Apabila hukum alam berpandangan bahwa terdapat otoritas yang lebih tinggi dari manusia yang menentukan hukum, maka *legal positivisme* menyatakan bahwa manusialah otoritas tertinggi tersebut. Karenanya, penganut positivisme hukum memahami bahwa perlu memisahkan antara hukum yang seharusnya dan hukum yang ada dalam undang-undang. **Austin** mempercayai bahwa hukum itu adalah perintah dari otoritas politik tertinggi (*the supreme political authority*).³⁸⁵

Theo Huijbers menyebutkan tiga cabang positivisme dalam kaitannya dengan hukum, yaitu: **Pertama**, Positivisme Sosiologis. Memandang hukum sebagai gejala sosial semata, sehingga hukum hanya dapat diselidiki melalui ilmu yang baru muncul saat itu, yaitu sosiologi. **Kedua**, Positivisme Yuridis. Hendak mempersoalkan arti hukum sebagai gejala

384 Roger Scruton, Op.Cit., hlm 738-739.

385 Ibid.

tersendiri, menurut metode ilmu hukum positif. **Ketiga**, Ajaran Hukum Umum. Dekat dengan Positivisme Yuridis adalah suatu disiplin hukum yang diberi nama Ajaran Hukum Umum. Penganut-penganut sistem ini berpendapat bahwa kegiatan teoretis seorang sarjana hukum terbatas pada uraian arti dan prinsip-prinsip hukum secara induktif-empiris³⁸⁶.

Menurut **Ian Hacking** (1983), mengatakan bahwa: positivisme telah menjadi tidak hanya filsafat sains, tapi juga agama humanis modern. Positivisme menjadi “agama” karena telah melembagakan pandangan dunianya menjadi doktrin bagi berbagai bentuk pengetahuan manusia³⁸⁷. Positivisme sebenarnya juga berangkat dari idealisme yang muncul pada zaman modern. Aliran ini berpegang pada rasionalisme sebagaimana dikembangkan oleh **Kant**³⁸⁸. Positivisme hukum dapat dibedakan dalam dua corak: (1) Aliran Hukum Positif Analitis (*Analytical Jurisprudence*) atau biasa juga disebut positivisme sosiologis yang dikembangkan oleh **John Austin** dan (2) Aliran Hukum Murni (*Reine Rechtslehre*) atau dikenal juga positivisme yuridis yang dikembangkan oleh **Hans Kelsen**³⁸⁹.

1. Analytical Jurisprudence John Austin

Law is command adalah konsep yang mendasari pandangan “hukum adalah perintah dari penguasa negara”. Semua hukum positif adalah perintah dari penguasa yang berdaulat (*command of law-giver*). Hal tersebutlah yang diyakini oleh **John Austin**. Ia memandang bahwa hakikat dari hukum adalah “perintah” itu sendiri. Bagi **Austin** selaku penganut utama aliran positivisme yuridis, menganggap bahwa hukum hanya sebatas aturan, yang spesifiknya adalah “bentuk yuridis” nya.

386 Darji Darmodiharjo & Shidarta, 2006, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 99-100.

387 Donny Gahral Adian & Akhyar Yusuf Lubis, 2016, Pengantar Filsafat Ilmu Pengetahuan: Dari David Hume sampai Thomas Kuhn, Kencana, Jakarta, hlm. 62.

388 Darji Darmodiharjo & Shidarta, Op.Cit., hlm. 99.

389 Ibid, hlm. 113.

Terkait isi materi dan substansi, bukanlah suatu hal yang penting, karena itu menjadi isu di bidang kajian yang lain.

Hukum hanya berurusan dengan realita bahwa ada penguasa negara yang membentuk suatu aturan, dan aturan tersebut harus dipatuhi. Apabila aturan tersebut tidak dipatuhi maka akan dijatuhkan sanksi terhadap setiap pelanggaran. Para penganut positivisme yuridis juga menganggap bahwa keberlakuan dan pemberlakuan aturan hukum, tidak lagi mempersoalkan adil atau tidak adil, namun lebih kepada apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan. Jadi relevansi yang mutlak mengenai aturan hukum adalah ia “ada” dan “sah” secara yuridis.

Austin membedakan hukum dalam dua jenis : hukum atau norma dari Tuhan untuk manusia; dan hukum atau norma yang dibuat oleh manusia. Mengenai hukum yang dibuat oleh manusia dapat dibedakan lagi dalam : **Pertama**, hukum yang sebenarnya (*laws properly so called*). Aturan hukum ini memuat dan mengandung perintah dan larangan yang ditujukan kepada masyarakat secara keseluruhan, dapat disebut juga sebagai hukum positif (*positive morality*). Tentu saja, mengandung empat unsur: perintah, kewajiban, sanksi dan penguasa yang berdaulat. **Kedua**, Hukum yang tidak sebenarnya (*laws improperly so called*). Hukum yang tidak sebenarnya adalah hukum yang tidak dibuat oleh penguasa, sehingga tidak memenuhi persyaratan sebagai hukum.

Dengan *analytical legal positivism*-nya, **Austin** hanya memberikan konsepsi bahwa ada kekuasaan yang memberikan perintah, dan orang-orang yang diperintah memiliki kewajiban untuk mentaati perintah tersebut. **Austin** sama sekali tidak memperdulikan apakah perintah itu ditaati akibat dari suatu paksaan atau merupakan suatu sikap penghormatan, bagi **Austin** hal itu sama saja, sepanjang semua perintah di taati. Apabila ada yang melanggar perintah-perintah

tersebut, maka akan dijatuhkan sanksi³⁹⁰. Bagi **Austin**, yang penting adalah esensi hukumnya sehingga bukan hal yang amat penting untuk bicara soal substansi moralitas dari hukum tersebut. Dari tesis tersebut, maka unsur hukum menurut **Austin** adalah sebagai berikut: (1) adanya seorang penguasa (*sovereignty*), (2) adanya perintah (*command*), (3) adanya kewajiban untuk menaati (*duty*), (4) adanya sanksi bagi mereka yang melanggar atau tidak taat (*sanction*).

Jika mendasarkan kepada pandangan **Austin** ini, maka akan ditemukan kesimpulan bahwa keadilan sebagai tujuan hukum, hanya sebatas perintah dari penguasa yang berdaulat. Namun, tidak dipungkiri bahwa pandangan Austin ini cukup banyak diikuti oleh banyak negara, karena pandangan ini memang menyediakan ruang yang besar bagi legalitas. Akan tetapi apabila kita mengacu kepada terminologi “yuridis-normatif” berdasarkan pandangan **Austin** ini, kita akan mendapatkan aturan hukum yang “yuridis” namun belum tentu “normatif” secara kualitas dari aturan hukum yang dibuat.

2. Konsep Hukum H.L.A Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart atau yang lebih dikenal dengan nama **H.L.A Hart** (1907-1992) adalah salah seorang yang memberikan kritik terhadap pandangan **Austin** diatas. Secara singkat, **Hart** menyatakan bahwa teori **Austin** tidak dapat menjelaskan keberlanjutan hukum yang telah ada, pada generasi berikutnya. Menurut **Hart**³⁹¹, hukum tidak mungkin bisa didefinisikan secara menyeluruh yang dapat diterima oleh semua. Dalam melihat hukum, **Hart** memposisikan diri sebagai *social observer of law*. **Hart** menjelaskan hukum dari pandangan eksternal agar terbebas dari bias dan *inward looking*.

390 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 120.

391 Achmad Gunayo, 2007, “Beberapa Catatan Tentang Konsep Hukum HLA Hart Dalam Buku The Concept of Law”, Jurnal Hukum Progresif, Vol. 3, No. 1.

Bagi **Hart**, model hukum sederhana yang hanya memuat perintah-perintah paksaan dari pemegang kedaulatan, gagal mereproduksi sebagian ciri pokok sebuah sistem hukum³⁹². **Hart** memaparkan “kegagalan” tersebut menjadi tiga hal, yakni: **Pertama**, jelas bahwa meskipun di antara semua ragam hukum – undang-undang pidana – yang melarang atau memerintahkan tindakan tertentu dengan ancaman hukuman. Paling mirip dengan perintah-perintah yang ditopang oleh ancaman yang diberikan oleh seseorang kepada orang lain, undang-undang yang seperti itu tetap saja berbeda dari perintah-perintah yang ditopang oleh ancaman. Ia sekaligus juga berlaku bagi pihak yang memberlakukannya dan bukan hanya bagi pihak lain³⁹³. Dalam bahasa **Morawetz**, hukum harus memiliki kemampuan bertahan melampaui individu-individu yang menciptakannya (*transpersonal continuity*). Menisbahkan hukum pada pribadi tertentu, dalam hal ini penguasa absolut, akan menimbulkan *problem* kekosongan hukum ketika yang bersangkutan meninggal dunia³⁹⁴.

Kedua, ada ragam hukum lainnya, terutama yang memberikan kekuasaan hukum legislasi atau adjudikasi (kekuasaan publik) atau untuk menciptakan atau mengubah relasi hukum (kekuasaan pribadi) yang tidak bisa ditafsirkan sebagai perintah yang hanya ditopang oleh ancaman³⁹⁵. **Ketiga**, ada peraturan-peraturan hukum yang tidak sama dengan perintah dan dari segi asal-usulnya, karena peraturan-peraturan tersebut muncul bukan karena dibuat melalui proses tertentu yang semisal dengan perintah yang bersifat eksplisit. Akhirnya, analisis hukum dari sudut pandang kedaulatan yang secara kebiasaan dipatuhi dan terlepas dari semua batasan hukum, tidak mampu menjelaskan kontinuitas otoritas legislatif yang menjadi ciri khas sistem hukum

392 H.L.A Hart, 1997, Konsep Hukum, diterjemahkan dari *The Concept of Law*, (New York: Clarendon Press-Oxford, 1997), yang diterjemahkan oleh M.Khozim, Nusa Media, Bandung, hlm. 124.

393 *Ibid*, hlm. 125.

394 H. Amran Suadi, 2018, *Sosiologi Hukum: Penegakan, Realitas dan Nilai Moralitas Hukum*, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta, hlm. 97.

395 H.L.A Hart, *Konsep Hukum*,...Op.Cit, hlm. 125.

modern, dan orang atau orang-orang yang berdaulat tidak bisa diidentikan baik dengan dengan proses pemilihan maupun dengan badan legislatif suatu negara modern.³⁹⁶

Melalui **Hart**, kita bisa melihat bahwa ada kelemahan-kelemahan di dalam teori **Austin**. *Pertama*, teori **Austin** masih membuka peluang agar para pembuat hukum, tidak tunduk atas hukum yang dibuatnya sendiri (*problem of self-limitation*) yang sewaktu-waktu dapat menyebabkan kesewenangan yang dilakukan oleh penguasa³⁹⁷. *Kedua*, **Austin** gagal membedakan dengan tepat konsep “berada di bawah kewajiban” dan “berada di bawah paksaan”. Menurut Hart, tunduk pada kewajiban (*under a duty*) dan dipaksa (*being obliged* atau *being forced*) mengikuti kemauan adalah dua hal yang sangat berbeda³⁹⁸. Dalam Pandangan **Hart**, tetap penting adanya konektivitas antara moralitas keadilan dari hukum itu sendiri, kondisi sosial, maupun aspirasi manusia yang ia bahasakan menjadi “*natural necessities*”.³⁹⁹

Buku **Hart** yang berjudul *The Concept of Law*, adalah salah satu rujukan yang cukup penting untuk membahas mengenai satu-kesatuan antara kepastian, keadilan dan kemanfaatan dalam hukum dan sistem hukum, yang dapat diberikan secara bersamaan dan sifatnya tidak terpisahkan. Di dalam *Concept of Law*, dijelaskan bahwa keseluruhan hukum di dalam sistem hukum suatu negara merupakan kesatuan dari dua tipe *rules*, yakni *primary rules* dan *secondary rules*. Sebagaimana yang **Hart** kemukakan; “*Rules of the first type impose duties. Rules of the second type confer powers, public or private*”⁴⁰⁰ *Primary rules* sejatinya adalah norma-norma hukum yang memuat kewajiban. Spesifiknya, kewajiban bagi masing-masing individu yang terikat kepada hukum untuk “berbuat” atau “tidak berbuat”. Sedangkan *secondary rules* adalah norma hukum yang memuat kewenangan kepada subjek

396 Ibid, hlm. 125.

397 H. Amran Suadi, Sosiologi Hukum...Op.Cit, hlm. 97.

398 Ibid.

399 H.L.A Hart, The Concept of Law, Op.Cit., hlm.195.

400 H.L.A Hart, Ibid, hlm. 79.

hukum. *Secondary rules* berfungsi untuk mengubah, memodifikasi sampai mengontrol berjalannya *primary rules*.

Dalam *secondary rules*, Hart menegaskan masih terdapat tiga tipe lagi⁴⁰¹, yakni : **Pertama**, *rules of change*. Aturan-aturan yang memfasilitasi lembaga legislatif, eksekutif dan yudikatif untuk mengubah *primary rules*. (*.. to introduce new primary rules .. and to eliminate old rules.*). **Kedua**, *rules of adjudication*. Aturan-aturan yang mengatur aparat-aparat lembaga yudisial tentang penyelesaian sengketa dan penyelesaian kasus hukum. (*.. identifying the individual who are to adjudicate.. also define the procedure to be followed.*). **Ketiga**, *rules of recognition*. Aturan yang memberi pedoman atau kriteria untuk menentukan bahwa suatu norma adalah norma hukum. (*.. the proper way of disposing of doubts as to the existence of the rule..*)

Concept of Law yang dibicarakan oleh **Hart** setidaknya berbicara mengenai dua hal, yakni: **pertama**, ingin menjembatani antara positivisme klasik, naturalis dan sosiologis, untuk memandang lebih dalam lagi dari tesis “apa sebenarnya tujuan hukum itu?”. **Kedua**, **Hart** ingin menghilangkan gejala “antinomi hukum” yang sering dialami dalam lingkup hukum itu sendiri. Seperti dipertentangkannya antara keadilan (termasuk kemanfaatan) dengan kepastian di dalam tradisi positivisme klasik.

Pemaparan diatas, dapat dijelaskan sebagai berikut : **Pertama**, jika ditelusuri lebih jauh, konsepsi Teori Konsep Hukum dari Hart ingin menghilangkan antinomi hukum dengan alasan, yakni : **Hart** menentang anggapan teori hukum positivisme klasik yang dimotori **Austin** yang menganggap hukum adalah perintah yang memaksa dari penguasa yang berdaulat, dengan tidak memperdulikan apakah perintah itu bermoral atau tidak, sementara **Hart** menerima pandangan kaum naturalis bahwa isi hukum positif harus minimum bermoral karena

401 Ibid, hlm. 92-94.

bagian terbesar manusia secara kualitas fisik, kapasitas intelektual dan aksesibilitas materiil adalah makhluk yang lemah (*vulnerable*) namun cenderung lebih mudah berbuat jahat, mementingkan diri sendiri (*predominantly selfish*) dan mudah menyerah atau godaan iblis (*succumb to the temptation*).

Kedua, ketidakpastian atas status norma apakah ia mempunyai eksistensi hukum dihilangkan dengan adanya aturan pengakuan (*rule of recognition*). **Ketiga**, Sementara kepastian atas norma yang tidak jelas diatasi dengan adanya aturan untuk mengadili (*rules of adjudication*) karena dalam aturan itu ditegaskan adanya kewenangan hakim menggali, mengkonstruksi serta menafsirkan norma yang kabur secara bertanggung jawab. **Keempat**, kepastian untuk mengatasi keragu-raguan hukum tertulis yang cenderung selalu ketinggalan zaman diantisipasi dengan adanya aturan perubahan (*rule of change*) untuk menjawab pertanyaan, apakah nilai norma yang lama masih berlaku atau apakah nilai lama perlu dikurangi atau ditambah dengan nilai baru.⁴⁰²

Atas dasar hal tersebut, **Hart** dapat dianggap sebagai prototipe perbaikan dari positivisme, sebagai *modern legal positivism*, bahkan menggerakkan positivisme ke arah yang berbeda. Meskipun ia terus melanjutkan pendirian kaum positivis yang memisahkan hukum dari moralitas, namun ia juga melakukan kritikan mendasar analisis hukum dalam term empirik yang amat ketat. Banyak konsep yang dibahas **Hart** memperlihatkan hal itu, termasuk ketika ia menjawab kemungkinan lembaga pembentuk undang-undang yang membuat undang-undang secara tidak pas, sehingga ia menuliskan konsep *open texture* yang merupakan cara pandang bahwa dalam hal ketidakjelasan tersebut maka membuka kemungkinan yang tidak bisa dihindari bagi hakim untuk mengisi ketidakjelasan tersebut melalui putusan hakim⁴⁰³.

402 I Made Pasek Diantha, 2016, Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum, Kencana, Jakarta, hlm. 67-68.

403 Dapat dicontohkan misalnya ketika aturan "no vehicles in the park" yang

3. Teori Hukum Murni dari Hans Kelsen

Hans Kelsen (1881-1973) dapat dikatakan sebagai salah satu figur besar dalam tradisi positivisme modern. *Reine Rechtslehre* atau “the pure theory of law” atau “teori hukum murni” milik **Hans Kelsen**, mengajarkan bahwa harus ada keadaan dimana hukum harus dibersihkan dari hal-hal yang sifatnya non-yuridis, baik dari aspek historis, politis, sosiologis sampai ke aspek etis. Jadi teori hukum murni ala **Kelsen** adalah sesuatu yang benar-benar murni hukum, dan hukum adalah kategori yang *sollens* (harus) dan bukan kategori yang *seins* (faktual). Singkatnya, bagi **Kelsen** hukum bukanlah apa yang dicita-citakan (*ius constituendum*), namun merupakan apa yang seharusnya (*ius constitutum*/ hukum positif).

Mengapa dikatakan *pure* (murni), oleh **Kelsen** ia katakan bahwa; “it seeks to preclude from the cognitions of positive law all elements foreign thereto. The limits of this subjects and its cognitions must be clearly fixed in two directions: the specific science of law, the discipline usually called jurisprudence, must be distinguished from the philosophy of justice, on the other hand, and from sociology, or recognition of social reality, on the other”⁴⁰⁴.

Ilmu hukum adalah “ilmu normatif” demikian yang dinyatakan oleh **Kelsen**⁴⁰⁵. Pemikiran **Kelsen** yang termasuk “*rigid*” ini sebenarnya hampir mirip dengan pemikiran **Austin**, namun mereka berasal dari pemikiran yang berbeda. **Austin** lebih dekat ke arah kategori

memperkenalkan bahwa mobil tidak diperkenankan di area tersebut, namun tentu saja ada perdebatan oleh karena apakah berarti motor atau sepeda tidak termasuk sebagai “vehicles”? Maka meski mengakui otoritas legislasi, namun ia tidaklah seketat itu memaksakan bahwa apa yang dilakukan legislasi pasti sudah dapat membaca dengan detail yang terjadi pada realitas sehingga merumuskan apa yang ingin di atur. hakim secara realitas harus mengambil langkah. Lebih lanjut lihat: Brian Bix, 1996, *Jurisprudence Theory and Context*, Westview, USA, hlm. 46-48.

404 Hans Kelsen, 1957, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, University of California Press, Berkeley Los Angeles, hlm. 266.

405 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*,... Op.Cit., hlm. 311.

utilitarianisme, dan **Kelsen** masuk ke dalam kategori Neo-Kantian. Disebut Neo-Kantian, karena **Kelsen** masih dipengaruhi oleh pemikiran dari **Immanuel Kant** mengenai pemisahan antara bentuk dan isi hukum. Mengenai bentuk, pemikiran **Kelsen** identik dengan pemikiran **Austin**, namun mengenai isi, **Kelsen** beranggapan bahwa isi dan isi mengenai keadilan berada di luar dari hukum. Hematnya, hukum bisa saja adil dan tidak adil, namun mau bagaimanapun ia tetaplah hukum karena dikeluarkan oleh penguasa yang berdaulat. Logika ini juga diwilayah filsafat moralnya⁴⁰⁶.

Meskipun pemikirannya dekat dengan **Austin**, **Kelsen** mengkritisi teori yang dikemukakan oleh **Austin** pada bagian “sanksi”. Bagi **Kelsen**, konsep sanksi bukanlah hal yang esensial dalam perintah. Menurut **Kelsen**, sanksi hanya relevan dalam konteks hukum pidana. Jika semua perintah mengandung unsur sanksi maka semua hukum adalah hukum pidana (*criminal law*), padahal selain hukum pidana, masih terdapat hukum-hukum lainnya yang non-pidana, contohnya seperti hukum-hukum yang sifatnya privat. **Kelsen** lebih menekankan pada norma-nya dan bukan pada perintahnya. Bagi **Kelsen** hukum itu bukanlah “*law as commands*” tetapi hukum itu adalah “*law as norms*”.

Dasar-dasar pokok teori **Kelsen** adalah sebagai berikut : **Pertama**, tujuan teori tentang hukum, seperti juga setiap ilmu, adalah untuk

406 Secara filosofis, ada dua ajaran filsafat yang berkaitan dengan etika.

Pertama, etika yang berdasarkan tujuan (*teleologis*), karena tindakan etik itu memiliki alasan yang dituju dari konsep etika. Misalnya di sini ada Jeremy Bentham dan John Stuart Mill. Sedangkan konsep filosofi kedua soal ajaran etika adalah semua perbuatan etik tidak memerlukan alasan oleh karena secara praktis akal telah mengetahui bahwa itu adalah hal yang baik tanpa perlu alasan untuk melakukan hal tersebut. Tokoh diantaranya adalah Immanuel Kant. Dalam konteks sistem hukum, ajaran etis itu disusun berdasarkan dua ajaran tersebut. ajaran yang menggariskan bahwa perbuatan beretika itu memang harus dilakukan karena rasional, dan juga karena tindakan beretika itu memiliki tujuan dari penegakannya. Hukum kemudian menggambarkan keduanya. Dengan konsep filosofi keduanya, kontruksi pasal-pasal di dalam undang-undang, dapat dipakai menjelaskan bahwa ada perintah beretika yang ada di dalamnya karena logis dan karena memang ada tujuannya.

mengurangi kekalutan dan meningkatkan kesatuan. **Kedua**, teori hukum adalah ilmu, bukan kehendak atau keinginan. **Ketiga**, ilmu hukum adalah ilmu normatif dan bukan ilmu alam. **Keempat**, sebagai suatu teori tentang norma-norma, teori hukum tidak berurusan dengan persoalan efektivitas norma-norma hukum. **Kelima**, suatu teori tentang hukum adalah formal, suatu teori tentang cara pengaturan dari isi yang berubah-ubah menurut jalan atau pola yang spesifik. **Keenam**, hubungan antara teori hukum dengan suatu sistem hukum positif tertentu adalah seperti antara hukum yang mungkin dan hukum yang ada⁴⁰⁷.

Seperti yang telah kemukakan di atas, di dalam cabang positivisme masih terdapat Ajaran Hukum Umum. Di dalam cabang ini, **Kelsen** memiliki andil yang cukup besar dengan mengembangkan *stufentheory* milik **Adolf Merkl**. *Stufentheory* merupakan teori yang melihat hukum sebagai suatu sistematika yang “berjenjang” atau “berundak-undak” dan bentuknya digambarkan layaknya piramida. Makin ke atas atau ke bawah maka akan memiliki tingkatan yang berbeda.

Stufentheory tersebut mulai dikembangkan oleh salah satu murid **Hans Kelsen**, yakni **Hans Nawiasky** melalui bukunya yakni “*Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*”. Di dalam buku tersebut, **Hans Nawiasky** mengembangkan *stufentheorie* milik **Hans Kelsen** dengan teori miliknya yang disebut sebagai *theorie von stufenbau der rechtsordnung* dengan susunan norma sebagai berikut: (i) Norma fundamental (*Staatsfundamenalnorm*), (ii) Aturan Dasar Negara (*Staatsgrundgesetz*), (iii) Undang-Undang Formal (*Formelle Gesetz*), dan (iv) Peraturan Pelaksanaan dan Peraturan Otonom (*Verordnung En Autonome Satzung*).

Walaupun pemikiran antara **Hans Kelsen** dan **Hans Nawiasky** sejalan, terdapat perbedaan yang mendasar mengenai kedua teori ini. Pada

407 Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum,... Op.Cit., hlm. 311.

norma dasar atau yang disebut oleh **Hans Kelsen** sebagai *grundnorm* dibedakan oleh **Hans Nawiasky** menjadi *staatsfundamentalnorn* dengan *grundnorm*. Menurut **Hans Nawiasky**, pada dasarnya *grundnorm* tidak dapat berubah karena *grundnorm* merupakan fondasi negara. Sedangkan untuk *staatsfundamentalnorn* dapat berubah sesuai dengan kehendak politik penguasa.

Norma dasar bagi **Kelsen**, ia buat sebagai “*coersive acts ought to be performed under the conditions and in the manner which the historically first constitution and the norms created according to it, prescribe (in short, one ought to behave as constitution prescribes)*”⁴⁰⁸. Norma dasar ini merupakan dasar yang mana keseluruhan konstruksi norma-norma lainnya yang ditegakkan dan mengalami keabsahan oleh negara sepanjang berkaitan dengannya dan tidak mengalami pertentangan atasnya.

Pada saat yang sama, cara pandang **Kelsen** pada negara sangat bersifat legalistik. **Kelsen** tidak setuju dengan pandangan yang menunjukkan bahwa negara membuat hukum sebagai suatu konvensi yang dirasionalkan dan disistematisir oleh kekuasaan politik yang menyertainya. Nilai pada sistem hukum yang dibuat oleh negara tidaklah terletak pada cita-cita keadilan yang abstrak lalu dibuat kesepakatan atasnya, tetapi pada kemampuannya untuk menguatkan perdamaian, tatanan dan kesejahteraan⁴⁰⁹.

Dalam kontes keadilan ini, **Bodenheimer** menyimpulkan analisisnya terhadap **Kelsen** yang beranggapan bahwa walaupun ada yang namanya keadilan ia bukanlah objek pengetahuan karena dari sudut penalaran yang ada hanyalah kepentingan yang selanjutnya akan menjelma berupa konflik kepentingan⁴¹⁰. Adapun validitas norma atau aturan ditentukan oleh kesesuaiannya dengan berbagai aturan yang

408 Raymond Wacks, *Philosophy of Law ...*, Op.Cit., hlm. 35.

409 Roger Scruton, *Op.Cit.*, hlm. 502-503.

410 Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence...Op.Cit.*, hlm. 100.

memiliki tingkat di atasnya, dan tingkat teratas dari aturan hukum adalah norma dasar (*grundnorm*), semisal “seseorang harus bertindak sesuai dengan amanat dan tuntutan Konstitusi”⁴¹¹. Konstitusi yang disepakati oleh suatu negara.

Sedangkan ketika berbicara ilmu hukum, **Kelsen** menjelaskannya secara terperinci dalam teori hukum murni. Teori hukum murni yang digagas oleh **Kelsen** adalah teori hukum positif, tetapi bukan berbicara tentang hukum positif pada suatu sistem hukum tertentu, melainkan suatu teori hukum secara general. Paparan **Kelsen** ini bertujuan untuk menjelaskan hakikat hukum dan bagaimana hukum dibuat dan bukan untuk memaparkan apakah hukum yang seharusnya (*what the law ought to be*) ataupun bagaimana seharusnya hukum dibuat. Teori hukum murni adalah *legal science* dan bukan *legal policy*⁴¹². Itulah sebabnya, **Kelsen** juga menjadi sangat positivistik dengan menjauhkan diri dari moralitas yang merupakan pembahasan yang terlalu relatif dan karenanya merupakan pembicaraan soal bagaimana hukum yang seharusnya dibuat⁴¹³. Padahal, teori hukum murni itu berbicara tentang pembuatan hukum.

Positivisme memang gemilang pada masa-masa tertentu, karena teori dasar yang berada dalam positivisme hukum diterima oleh berbagai jenis masyarakat dari banyak negara di seluruh belahan dunia. Namun dengan kelebihanannya, positivisme juga tetap mengandung kekurangan. Kekurangannya mulai terlihat tatkala positivisme menunjukkan sifatnya sebagai instrumen yang rigid dan cenderung gagal dalam memberikan keadilan sebagai tujuan hukum. Kegagalan ini dipengaruhi oleh pengutamaan formalisme dan kepastian hukum di dalam positivisme. Kritik ini juga menunjukkan bagaimana teori hukum positivistik ini mengalami pergeseran wacana dengan teori hukum alam itu sendiri yang kembali menguat saat itu dan berbagai teori hukum lainnya.

411 Ibid., hlm. 101.

412 FX. Adji Samekto, *Pergeseran Pemikiran Hukum...*, Op.Cit., hlm. 64.

413 Hans Kelsen, *What is Justice...*, Op.Cit., hlm. 22.

C. Utilitarian

Aliran utilitarianisme adalah aliran yang meletakkan kemanfaatan sebagai suatu kebahagiaan. Jadi hukum bisa dibiling memberikan kemanfaatan apabila memberikan suatu kebahagiaan kepada manusia sebanyak-banyaknya. Sebenarnya aliran ini masih dapat dimasukkan ke dalam Aliran Positivisme Hukum, karena masih bertalian erat dengan tradisi positivisme yang menuntut pemisahan antara sesuatu yang metafisis dengan rasio manusia. Hanya saja di dalam aliran ini, ada tuntutan untuk menimbulkan suatu kemanfaatan dari hukum itu sendiri. Paradigma yang terkenal dari aliran ini ialah *“the greatest happiness for the greatest number of people”*.

Penalaran hukum pada aliran utilitarianisme sebenarnya juga berangkat dari model penalaran hukum pada aliran positivisme. Cukup banyak pemikiran **Austin** yang mempengaruhi **Bentham**. Utilitarianisme menjadi berbeda dengan positivisme di akibatkan oleh: **Pertama**, pemikiran **Kelsen** mengenai teori hukum murninya. **Kedua**, apabila positivisme memiliki sifat *top-down*, maka utilitarianisme memiliki sifat *bottom up*. Bagi para penganut aliran utilitarianisme, keberadaan hukum positif di dalam suatu peraturan perundang-undangan itu tak hanya sekedar berlaku saja, melainkan juga harus diuji di dalam realitas⁴¹⁴.

Antara gerakan *top-down* dan gerakan *bottom-up* ini tidaklah berjalan secara beriringan dalam lapangan kenyataan. Sebagaimana yang dikatakan oleh **Sidharta**:

“Gerakan *top-down* dan *bottom-up* ini tidak simultan, tetapi berjalan linear. Setiap peraturan yang menurut pola penalaran positivisme hukum adalah perintah penguasa tersebut, memerlukan waktu kemudian dievaluasi dan dinilai baik-buruknya. Ini berarti bahwa

414 Shidarta, Hukum Penalaran...Op.Cit., hlm. 204.

prinsip efficacy tidak dapat memenuhi prinsip validity. Suatu norma positif tetap absah, terlepas hasil evaluasinya menunjukkan aturan itu tidak membawa manfaat bagi sebagian besar masyarakat yang terikat norma tersebut⁴¹⁵. Pola penalaran bottom-up ini adalah nondoktrinal-induktif. Dalam proses pembentukan hukum oleh lembaga legislatif, pola penalaran bottom-up ini lebih mudah mereka lakukan, bahkan dianggap suatu keharusan agar produk hukumnya dinilai responsif. Lain halnya, jika hal ini harus dilakukan oleh seorang hakim pada saat ia melakukan proses penemuan hukum dalam menghadapi kasus konkret. Melakukan penafsiran sosiologis, misalnya, sering membuat hakim harus ekstra hati-hati, khususnya pada sistem hukum yang positivisme-sentris. Memberi tempat pada pengaruh heteronom di luar sistem norma positif, sering dipandang sama dengan memberi kesempatan pada subjektivitas hakim. Sesuatu yang berbahasa bagi pencapaian kepastian hukum⁴¹⁶.

Utilitarianisme lahir dari konstruksi positivisme hukum, maka biasanya disebut sebagai aliran dengan model penalaran legisme (bentuk positivisme yang paling konservatif). **Shidarta** mengatakan, model penalaran utilitarian dapat dikatakan sebagai “penyusupan sosiologis” melalui pintu belakang positivisme hukum⁴¹⁷. Secara kasat mata, memang utilitarianisme cukup dekat dengan positivisme dan terkadang ada kalanya utilitarianisme sulit dibedakan dengan *sociological jurisprudence*.

1. Utilitarianisme Individual oleh Jeremy Bentham

Nama **Jeremy Bentham** (1748-1832) juga disebut sebagai pengembang tradisi positivisme. Hal ini ditenggarai oleh kritik yang **Bentham** layangkan kepada **Sir William Blackstone** yang merupakan representasi pemikir hukum alam pada saat itu. Salah satu upaya

415 Ibid.

416 Ibid, hlm. 204-205.

417 Ibid, hlm. 207.

Bentham ialah dengan menyingkirkan peran akal dalam hukum, yang mana dalam tradisi hukum alam, akal memiliki peran yang sangat sentral. **Bentham** menggantikan peran akal di dalam hukum alam dan menggantikannya dengan apa yang ia sebut sebagai kemanfaatan (*utility*)⁴¹⁸.

Oleh **Ian Saphiro**, ia digolongkan sebagai penganut utilitarianis klasik yang amat tegas⁴¹⁹. Bagi **Bentham**, ia dengan tegas dan sederhana membagi rasa senang dan rasa sakit sebagai dua kendali kekuasaan yang disediakan alam atas diri manusia. Keduanya mempermaklumkan apa yang seharusnya dilakukan dan menentukan apa yang akan dilakukan. Potret benar salah yang dipikirkan oleh manusia pada dasarnya melekat pada dua pembagian kuasa atas rasa senang dan rasa sakit. Ada asas manfaat yang dipergunakan untuk melandasi segala tindakan yang akan meningkatkan atau mengurangi kebahagiaan tersebut⁴²⁰.

Pada akhirnya, konsep kemanfaatan ini menggunakan indikator kebaikan sebagai rasa senang (*pleasure*) dengan rasa sakit sebagai keburukan (*pain*) adalah tolak ukurnya. Singkatnya, hukum yang baik adalah hukum yang memberikan lebih banyak kemanfaatan. Indikator *pleasure* dan *pain* ini dinilai Bentham lebih sesuai ketimbang menggunakan indikator “akal” karena akal bersifat subjektif. Bentham menghindari segala sesuatu yang subjektif pada awalnya, ia lebih memilih hal-hal yang dapat diukur secara empiris⁴²¹.

Bentham juga menuntut adanya pemisahan yang tegas antara hukum dan moralitas. **Blackstone** dituding oleh **Bentham** sebagai orang yang menyamakan moralitas dalam baju hukum. Urgensi pemisahan

418 Pranoto Iskandar & Yudi Junadi, Memahami Hukum di Indonesia...Op.Cit, hlm. 43.

419 Ian Saphiro, 2006, Asas Moral Dalam Politik, Freedom Institute-Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, hlm. 13.

420 Ibid, hlm. 14.

421 Pranoto... Op.Cit., hlm. 43-44.

ini tidak bisa dilepaskan dari akibat buruk yang diakibatkan dari pencampuradukan antar keduanya. Bisa saja dikatakan bahwa dengan pencampuradukan antara moralitas dan hukum hanya akan membawa kekaburan atas hukum itu sendiri⁴²². Itu sebabnya ia menjadi pengkritik ketat atas teori hukum alam yang ketika itu berpengaruh, bahkan dengan kata-kata sinis bahwa hukum alam benar-benar merupakan omong kosong yang tidak masuk akal sama sekali.

Kritik yang dilemparkan oleh **Bentham** kepada **Blackstone**, kemudian memperkuat landasan positivisme menuju masa keemasannya. Namun, seiring berjalannya waktu **Bentham** pun mengembangkan lagi positivisme yang semula bersifat individual menjadi suatu awal dari positivisme yang mulai bersifat sosial. Positivisme sosial yang dikembangkan oleh **Bentham** ini, kemudian menjelma menjadi suatu aliran tersendiri, yakni aliran utilitarianisme. Ajaran yang dikembangkan oleh **Bentham** ini dikenal dengan ajaran utilitarianisme individual. Mesti dipahami bahwa aliran utilitarianisme versi **Bentham**, dilandasi dengan kepercayaan individualis. Ia percaya kepada sebuah inisiatif individu dan terhadap persaingan yang *fair*. Pemikiran inisiatif dan persaingan *fair* ini dilihat **Bentham** melalui kacamata perekonomian.

Bernard L. Tanya mencoba menambahkan penjelasan tentang apa saja yang menjadi prinsip-prinsip utama dalam utilitarianisme Bentham sebagai berikut :

*“... prinsip utamanya adalah ‘setiap orang mempunyai kebebasan yang penuh untuk mengejar kepentingannya, dan serentak memberi kebebasan kepada orang lain untuk mengejar kepentingan dirinya’. Seperti yang kita ketahui, empat kredo utama yang menopang semangat ‘persaingan fair’ itu, adalah hak untuk hidup, hak untuk bebas, hak untuk memiliki, dan hak untuk mengejar kebahagiaan⁴²³. **Pertama**, setiap orang mempunyai hak untuk hidup dan bertindak*

422 Ibid, hlm. 44.

423 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum : Strategi...Op.Cit., hlm. 92-93.

sesuai dengan nilai-nilai yang diperlukan untuk dapat tetap bertahan hidup (*survive*). **Kedua**, setiap orang mempunyai hak untuk dengan sebebas-bebasnya berpikir dan bertindak sesuai dengan apa yang dianggapnya terbaik untuk *survive*. **Ketiga**, setiap orang berhak untuk bekerja keras sesuai dengan nilai-nilai yang dipilihnya sendiri dan memiliki serta menikmati hasil-hasilnya. **Keempat**, setiap orang berhak untuk hidup bagi kepentingan dirinya sendiri dan berupaya untuk mewujudkan cita-citanya sendiri⁴²⁴”.

Artinya, salah satu yang membuat konsep **Bentham** ini menarik adalah karena untuk di zamannya yakni di akhir abad ke-18, pandangan **Bentham** dapat dianggap sangat radikal oleh karena menempatkan perhitungan untuk kebahagiaan seseorang menjadi sangat setara tanpa kelebihan satu di antara yang lainnya. Dalam bahasa **Bentham**, “*everybody to count for one, nobody to count more than one*”, yang berimplikasi kesetaraan kebahagiaan kelas pekerja maupun aristokrat dinilai sama dan tidak boleh dianggap dilebihkan⁴²⁵.

Sederhananya, utilitarianisme menjadi salah satu terobosan besar dalam hukum oleh karena ia menggeser kebenaran suatu tindakan dan peraturan itu menjadi berdasar pada prinsip-prinsip kebahagiaan yang terbesar bisa dinikmati oleh akibat dari tindakan dan aturan tersebut. Sebaliknya, suatu tindakan dan aturan menjadi dianggap tidak benar oleh karena ia gagal menegakkan prinsip kebahagiaan terbesar tersebut.

2. Kritik John Stuart Mill Terhadap Bentham

Individualistis yang dikenalkan orang **Bentham**, memang mengundang berbagai kritik. Khususnya ketika diperhadapkan dengan realitas soail besar bahwa prinsip kebahagiaan individu yang berbeda. Salah satu

424 Ibid., hlm. 93.

425 Nigel Warburton, 2012. *A Little History of Philosophy*, Yale University Press, New Haven and London, hlm. 124.

kritik ini berasal dari murid **Bentham** sendiri, yakni **John Stuart Mill** (1806-1873). **Mill** berpandangan bahwa teori egois yang diperkenalkan **Bentham** bersifat sangat naif, karena pertimbangannya hanya berdasarkan pertimbangan “diri sendiri” dan konsep “tahu diri”. **Mill** juga mengatakan bahwa nantinya akan ada pertentangan antara kepentingan individual dan kepentingan umum dan kedua hal tersebut juga harus dipisahkan. Dasar pemikiran antara **Bentham** dan **Mill** sebenarnya sama, namun menggunakan pendekatan yang berbeda. Apabila **Bentham** lebih mengutamakan kepentingan individualis, maka **Mill** menggunakan pendekatan yang lebih mengutamakan kepentingan umum.

Mill sendiri mengemukakan bahwa memang individualitas dapat memberikan kebahagiaan – namun ia menegaskan bahwa individualitas merupakan “salah satu” untuk kebahagiaan. Bagi **Mill**, manusia harus bebas membentuk pendapat dan mengungkapkan pendapatnya tanpa syarat dan itulah akibat-akibat yang menjadi kutukan untuk kodrat intelektual manusia dan dengan perantaraannya untuk kodrat moralnya, kalau kebebasan itu diterima atau diakui kendati dilarang⁴²⁶.

Antara kekuasaan individu atas dirinya sendiri dan wewenang masyarakat, **Mill** mengatakan bahwa masing-masing akan memperoleh apa yang menjadi bagiannya, jika masing-masing memiliki apa yang secara lebih khusus menyangkut dirinya. Seharusnya menjadi urusan individualitas adalah bagian kehidupan yang terutama menyangkut kepentingannya dan yang menjadi urusan masyarakat adalah bidang-bidang kehidupan yang terutama berkenaan dengan kepentingan masyarakat⁴²⁷.

Meskipun masyarakat tidak dibangun atas dasar sebuah kontrak dan meskipun tujuan yang baik tidak dipenuhi dengan menemukan sebuah kontrak agar kewajiban sosial diturunkan darinya, namun setiap orang yang memperoleh perlindungan masyarakat patut membalas

426 John Stuart Mill, 1996, *On Liberty*, diterjemahkan oleh Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, hlm. 81.

427 *Ibid.*, hlm. 110.

kebaikan itu dan kenyataan menunjukkan bahwa hidup bermasyarakat menyebabkan setiap orang harus mengikuti suatu jalur tingkah laku tertentu terhadap orang lain. **Pertama**, tingkah laku ini terdiri atas tindakan untuk tidak saling merugikan kepentingan masing-masing atau lebih tepatnya kepentingan-kepentingan tertentu seharusnya dipandang sebagai hak yang entah karena pernyataan hukum yang jelas atau karena pemahaman yang tidak diucapkan. **Kedua**, terdiri atas usaha setiap orang (yang harus ditentukan oleh suatu prinsip keadilan) untuk menanggung kesusahan dan pengorbanan yang terjadi karena membela masyarakat atau anggota-anggotanya terhadap gangguan dan penganiayaan⁴²⁸.

Bagaimanapun, masyarakat dibenarkan untuk memaksakan syarat-syarat ini kepada mereka yang berusaha untuk tidak menepatinya. Tidak hanya ini saja yang boleh dilakukan masyarakat. Tindakan-tindakan seorang individu dapat merugikan orang-orang lain dan kurang memperhitungkan kesejahteraan mereka tanpa memperkosa secara langsung hak-hak mereka yang ditetapkan oleh undang-undang. Si pelanggar lalu dapat dihukum dengan adil oleh pendapat umum, kendati bukan oleh hukum. Segera setelah tindakan seseorang merugikan kepentingan orang-orang lain maka masyarakat punya yurisdiksi atasnya dan masalah apakah kesejahteraan umum akan dimajukan atau tidak dengan campur tangan masyarakat di dalamnya, silahkan didiskusikan.

Kesempatan untuk menanggapi masalah seperti itu tidak ada apabila tingkah laku seseorang tidak mengganggu kepentingan siapa pun selain dirinya sendiri atau tidak perlu merugikan mereka kecuali kalau mereka mau. Dalam semua itu haruslah ada kebebasan penuh, baik legal maupun sosial, untuk bertindak dan menanggung akibat-akibatnya⁴²⁹. Ditegaskan **Mill** bahwa akan memunculkan kesalahpahaman yang besar tentang ajaran ini bila mengandaikan ajaran tersebut adalah

428 Ibid., hlm.110-111.

429 Ibid., hlm. 111.

ajaran tentang sikap acuh-tak-acuh yang egois. Ajaran yang seakan-akan seseorang tidak berurusan dengan tingkah laku orang lain dalam hidup ini dan bahwa mereka tidak usah peduli akan perbuatan baik atau kesejahteraan satu sama lain kecuali kalau kepentingan mereka sendiri terlibat di dalamnya⁴³⁰.

Kritik **Mill** atas utilitarianisme individual **Bentham** selanjutnya adalah tentang kuantifikasi kebahagiaan, karena menurutnya kualitas kebahagiaan juga harus diperhitungkan dengan berpedoman pada keahlian dan pengalaman seseorang yang dapat menentukan kualitas kesenangan. Dalam konteks ini, kebahagiaan yang menjadi norma etis adalah kebahagiaan semua orang yang ikut terlibat dalam suatu kejadian, bukan kebahagiaan satu orang saja yang barangkali bertindak sebagai pelaku utama. Kebahagiaan satu orang tidak boleh dianggap lebih penting daripada kebahagiaan orang lain. Dengan demikian, suatu perbuatan dinilai baik, jika kebahagiaan melebihi ketidakbahagiaan, dimana kebahagiaan semua orang yang terlibat dihitung dengan cara yang sama. Bagi **Mill**, tidak ada pelaku utama yang harus diprioritaskan kebahagiaannya, karena semua orang merupakan pelaku utamanya yang masing-masing mendapat bagian dan hitungan kebahagiaannya⁴³¹.

Friedmann menjelaskan peran lain dari **Mill** selain mengkritik utilitarianisme **Bentham** sebagai berikut :

*“... peran **J.S Mill** dalam ilmu hukum terletak dalam penyelidikannya mengenai hubungan antara keadilan, kegunaan, kepentingan, individu, dan kepentingan umum. **J.S Mill** mengkritik **Bentham** yang mengajarkan bahwa kepentingan individu dan kolektif tidak memiliki pertentangan, akan tetapi **J.S Mill** berpendapat bahwa hubungan antara kegunaan dan kegunaan berakibat pada kepentingan individu yang berhadapan dengan kepentingan umum. Relasi antara empat*

430 Ibid., hlm. 111-112.

431 Muhammad Erwin, Filsafat Hukum: Refleksi Kritis... Op.Cit., hlm. 184.

*hal yang demikian, bukan diarahkan pada adanya beban individu untuk mengekang kepentingannya ketika bergesekan dengan kepentingan umum atau sekelompok individu sebagaimana yang diajarkan **Kant**, melainkan semua makhluk berakal dapat menyesuaikan keuntungan dengan kepentingan mereka bersama, karena menurutnya : ‘... tidaklah dapat dimengerti, mengapa individu harus mengekang usaha-usaha pribadinya yang sesungguhnya untuk mencapai kebahagiaan, demi kepentingan anggota-anggota lain dari masyarakat’⁴³² ?*

Atas usaha **Mill**, dapat dikatakan inilah yang menjadi pegangan paling penting tentang makna utilitarianisme oleh karena definisi **Mill** dianggap memiliki kelebihan khususnya bahwa ia memperlihatkan titik kuat dari utilitarianisme yang memiliki nilai yang setara dengan moral. Dalam hal ini, ia mengkategorisasikan ide tentang kebaikan dengan keberjenjangan tentang yang baik, yang lebih baik dan yang paling baik sebagai pilihan rasional.

Salah satu sumbangan besar **Mill** juga adalah ia dianggap radikal di zamannya oleh karena pemikirannya yang menguatkan *feminism* untuk masa itu. Masa ketika Inggris masih melarang wanita menikah memiliki hak kepemilikan termasuk ketiadaan perlindungan bagi wanita menikah atas kekerasan dan perkosaan dalam pernikahan, ia telah menuliskan *The Subjection of Women* yang menjelaskan bahwa semua jenis kelamin harus diperlakukan sama di dalam hukum dan masyarakat. Hal yang mudah dimengerti karena berangkat dari konsep kebaikan masyarakat yang dibuatnya menjadi lebih setara.

3. Utilitarianisme Sosial oleh Rudolf von Jhering

Utilitarianisme individual **Bentham**, masih dikembangkan lagi menjadi aliran utilitarianisme yang sifatnya lebih sosial. Utilitarianisme sosial ini dikembangkan lebih lanjut oleh rekan **Bentham**, yakni **Rudolf**

⁴³² Sebagaimana dikutip oleh Darji Darmodiharjo & Shidarta, Pokok-Pokok Filsafat Hukum..., Op.Cit., hlm. 119-120.

von Jhering (1818-1892). Diketahui, bahwa pemikiran **von Jhering** dipengaruhi oleh **Bentham, John Austin** dan **Mill**. Oleh **von Jhering**, ia memiliki kritik terhadap positivisme mengenai landasan filosofis hukum yang tak tergojahkan, menurutnya hukum harus mendatangkan kemanfaatan, karena jika tidak, maka landasan filosofis hukum yang sedang digunakan tidaklah berarti. **Rudolf von Jhering** dikenal sebagai penggagas teori hukum yang disebut Utilitarianisme Sosial⁴³³. **Jhering** menolak anggapan bahwa hukum itu adalah hasil kekuatan-kekuatan historis murni yang tidak direncanakan dan secara tak sadar kemudian muncul begitu saja.

Bagi **Jhering**, hukum itu tetaplah sesuatu yang dibuat oleh negara berdasarkan suatu kepercayaan atas tujuan tertentu. Selain sublimasi teori hukum **Jeremy Bentham**, positivisme analitik **J.S Mill** dan **John Austin**, maka teori **von Jhering** juga merupakan hasil kritik dan kritis dari pandangan **von Savigny** dan **George Friederich Puchta** sebelumnya. Walaupun pada awalnya ia menerima mazhab historis **Savigny**, tapi ia melakukan kritik. Salah satu kritik **Jhering** yang terkenal adalah argumen **von Savigny** tentang hukum Romawi – yang **Savigny** yakini sebagai ungkapan jiwa bangsa Romawi, atau lebih khusus lagi, sebagai hukum nasi onal. Menurut **Jhering**, ini adalah alasan yang salah, karena masih ada proses berkelanjutan. Bangunan jiwa bangsa Romawi digambarkan oleh **Jhering** masih menyerap unsur-unsur yang mempengaruhinya dalam bentuk pandangan-pandangan budaya dan kebiasaan yang diterima secara kolektif. Oleh karena itu, meski sependapat dengan **von Savigny**, **Jhering** berbeda dalam tataran perkembangan hukum.⁴³⁴

433 Lili Rasyidi & Ira Tania Rasyidi, 2002, Pengantar Filsafat Hukum, Mandar Maju, Bandung, hlm. 60-62.

434 Kelik Wardiono & Saepul Rochman, 2019, Filsafat Hukum: Dialektika Wacana Modernis, Muhammadiyah University Press, Surakarta, hlm. 70.

Oleh karena itu, **Savigny** yang meyakini bahwa keseluruhan hukum negara dihasilkan secara spontan dari jiwa negaranya, adalah keliru bagi **Jhering**. Hukum Romawi yang dikagumi oleh **Savigny** sebagai sebuah bangunan hukum yang mencerminkan jiwa negara, bahkan tidak lebih dari “sebuah bangunan hukum yang dihasilkan dari integrasi kepentingan”, yang mengambil faktor-faktor eksternal yang bermanfaat baginya. **Savigny** percaya bahwa hukum Romawi harus menjadi “model ideal” hukum nasional. Alasan **Savigny** mengapa itu sangat ideal adalah justru karena hukum Romawi berhasil mengintegrasikan “mutiara” luar dengan “berlian” yang ada di dalam, dengan demikian **Savigny** mengungkapkan universalitas yang dianggap semua negara sebagai alam⁴³⁵.

Demikian pula oleh **Jhering** yang kelihatannya begitu percaya dengan bau hukum Romawi pada negara Jerman. Walaupun, basis pemikiran **Jhering** tidak melihat pada prinsip-prinsip moral, tetapi memasukkan kepentingan ekonomi di dalamnya. Basis prinsipnya adalah kepentingan yang dipromosikan oleh diri sendiri. Pada saat yang sama **Jhering** tidak sepenuhnya menolak pengaruh karakter nasional pada hukum, namun ia meyakini bahwa karakter ideal bagi tumbuhnya hukum adalah keberimbangan antara konsep konservatif dan progresif yang membuat hukum tumbuh secara pelan namun pasti⁴³⁶.

Menariknya oleh karena **Jhering** menolak penekanan pandangan historis nasional akan menjadi sangat determinan pada hukum. Tetapi ia ia memformulasikan bahwa hukum progresiflah yang harus mengambil tempat, yakni hukum progresif yang secara tepat menunjukkan kemampuan untuk mengasimilasikan ide-ide dan lembaga-lembaga yang berasal dari luar, sebagaimana ditunjukkan

435 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 107.

436 Peter Stein, 2007, Roman Law in European History, Cambridge University Press, 12th Editions, hlm. 121.

oleh penggabungan hukum Romawi *ius gentium* yang melengkapi *ius civile* di Eropa khususnya di Jerman⁴³⁷.

Sementara mengenai tujuan hukum, **von Jhering** memformulasikan bahwa hukum timbul untuk melindungi kepentingan-kepentingan, hal ini dipengaruhi oleh **Bentham**. Pengertian kepentingan di sini diartikan sebagai pengejaran kesenangan dan menghindari penderitaan, tepatnya kepentingan individu dijadikan bagian dari tujuan sosial dengan menghubungkan tujuan pribadi seseorang dengan kepentingan-kepentingan orang lain⁴³⁸. Secara umum dan mendasar, pemikiran yang digagas oleh **Jhering** dapat dikatakan sebagai utilitarianis yang memperlebar lagi dari konsep utilitarianis dari para tokoh lainnya, akan tetapi pada saat yang sama ia berdiri di atas kritisi atas Mazhab Historis **von Savigny**.

D. Mazhab Sejarah

Lahirnya mazhab sejarah dipelopori oleh **Friedrich Carl von Savigny** (1779-1861), melalui tulisannya yang berjudul *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (tentang pekerjaan pada zaman kita di bidang perundang-undangan dan ilmu hukum), tulisan ini dipengaruhi oleh dua faktor yakni: ajaran **Montesquieu** dalam bukunya *L'esprit des Lois* dan pengaruh paham nasionalisme yang mulai timbul pada awal abad ke-19⁴³⁹.

437 Ibid., 122.

438 Darji Darmodiharjo & Shidarta, *Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum...*, Op.Cit., hlm. 122.

439 Sri Warijayati, 2018, *Memahami Dasar Ilmu Hukum: Konsep Dasar Ilmu Hukum*, Kencana. Jakarta, hlm. 106.

Para penganut mazhab historis seperti **Savigny**, **Puchta** dan **Maine**, memercayai bahwa :

*“Hukum merupakan aturan yang timbul dan hilang bersama masyarakat, yang memberikan disposisi kepada hakim untuk menafsirkan undang-undang karena untuk memecahkan masalah tidak cukup dengan pendekatan normatif-legalistik. Berbeda dengan aliran positivistik yang mengasumsikan bahwa hukum adalah suatu perintah atas dasar kekuasaan dan aturan tertulis yang sempurna. **Friedrich Carl von Savigny** melihat hukum sebagai fenomena historis, sehingga keberadaan setiap hukum adalah berbeda, bergantung kepada tempat dan waktu berlakunya hukum. hukum harus dipandang sebagai penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa (Volkgeist)⁴⁴⁰.*

Empirisme juga mendorong munculnya mazhab sejarah. Relativisme yang ada di dalam mazhab sejarah, tak lain disebabkan juga oleh sejarah dari masing-masing negara⁴⁴¹. Dalam hal ini, mazhab sejarah memahami bahwa di dalam kesejarahan tersebut, terletak kondisi subyektif yang dialami oleh masing-masing negara dan bangsa yang mengalaminya. Oleh karena itu, letak hukum berada pada hal itu.

Sebagaimana yang sering dibahas oleh berbagai literatur, Mazhab Sejarah (*Historische Rechtsschule*) setidaknya-tidaknya muncul sebagai reaksi merupakan reaksi terhadap tiga hal⁴⁴², yaitu: **Pertama**, rasionalisme abad ke-18 yang didasarkan atas hukum alam, kekuatan akal, dan prinsip-prinsip dasar yang semuanya berperan pada filsafat

440 Hayatul Ismi, 2012, “Pengakuan dan Perlindungan Hukum Hak Masyarakat Adat atas Tanah Ulayat dalam Upaya Pembaharuan Hukum Nasional”, Jurnal Ilmu Hukum, Vol. 2, 2012, hlm. 135-137.

441 Darji Darmodiharjo & Shidarta, Pokok-Pokok Filsafat Hukum..., Op.Cit. hlm. 99.

442 Basuki, “Mazhab Sejarah dan Pengaruhnya Terhadap Pembentukan Hukum Nasional Indonesia” dalam Lili Rasjidi & B. Arief Sidharta, (ed), 1989, Filsafat Hukum, Mazhab dan Refleksinya, Remadja Karya, Bandung, hlm.332. Lihat juga Soekanto, 1979, Pengantar Sejarah Hukum, Rajawali, Jakarta, hlm. 26.

hukum, dengan terutama mengandalkan jalan pikiran deduktif tanpa memerhatikan fakta sejarah, kekhususan dan kondisi nasional. **Kedua**, semangat Revolusi Perancis yang menentang wewenang tradisi dengan misi kosmopolitannya (kepercayaan kepada rasio dan daya kekuatan tekad manusia untuk mengatasi lingkungannya), seruanya ke segala penjuru dunia. **Ketiga**, pendapat yang berkembang saat itu yang melarang hakim menafsirkan hukum karena undang-undang dianggap dapat memecahkan semua masalah hukum. *Code civil* dinyatakan sebagai kehendak legislatif dan harus dianggap sebagai suatu sistem hukum yang harus disimpan dengan baik sebagai suatu yang suci karena berasal dari alasan-alasan yang murni.

Permasalahan pertama dan yang paling utama dalam melahirkan mazhab historis adalah persoalan kodifikasi hukum Jerman pasca perang-perang **Napoleon**. **Anton F.J Thibaut** (1772-1840) yang diilhami oleh kitab undang-undang hukum perdata Perancis dan terkesan oleh gerakan unifikasi nasional Jerman, mendukung rasionalisasi dan unifikasi undang-undang yang tak terhitung banyaknya, yang waktu itu berlaku di bagian-bagian yang berbeda di Jerman⁴⁴³. Hal itulah yang ditolak oleh **Savigny**. Ia mendalilkan dasar argumennya bahwa hukum itu harusnya ditemukan dan bukan diciptakan. Dalam proses penemuan harusnya menggali nilai-nilai dalam konteks subyektif kesejarahan suatu negara dan bukan dibuat begitu saja.

Menurut **W. Friedmann**, dalam skala besar – pendekatan mazhab historis ini bertanggung jawab atas⁴⁴⁴ : **Pertama**, perkembangan yang sangat kuat dalam studi sejarah hukum. **Kedua**, tekanan yang lebih belakangan diberikan atas “perasaan rakyat akan kebenaran” terhadap huruf mati dari kitab undang-undang atau preseden, yang tampak dalam teori-teori modern tentang hukum sosiologis dan hukum bebas.

443 Kelik Wardiono & Saepul Rochman, *Filsafat Hukum:...* Op.Cit., hlm. 76.

444 W. Friedmann, 1994, *Teori dan Filsafat Hukum: Idealisme Filosofis dan Problema Keadilan*, (Susunan II), PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 59-60.

Ketiga, denyut mistis dan hukum sosialis nasional.

Mahzab historis adalah aliran yang menghubungkan hukum dan sejarah sehingga menimbulkan suatu relativitas hukum pada keberlakuan hukum positif, karena hukum yang berlaku (menurut mahzab ini) harus disesuaikan dengan sejarah daerah tertentu dan waktu tertentu.

1. Teori “Volkgeist” Dari Savigny Hingga Pucta

Volkgeist (jiwa masyarakat) milik **Savigny** pertama-tama dikembangkan terlebih dahulu oleh **Georg Wilhelm Friedrich Hegel** (seorang filsuf Jerman) sebagai konsep ‘ide semesta’ atau roh universal, konsep ini terus mengalami perkembangan sampai menjadi konsep “jiwa bangsa”. Ide “jiwa bangsa” ini kemudian di gagas oleh **Gustav Hago** dan kemudian dikembangkan secara penuh oleh **Savigny**⁴⁴⁵. Ide *volkgeist* ini sendiri semacam merupakan perlawanan atas positivisme yang terlalu menguatkan otoritas negara maupun absolutisme hukum alam. Teori jiwa masyarakat ini mulai laku di akhir abad ke-19 oleh karena menolak kemutlakan dan memilih untuk memberi landasarn teoritis atas nasionalisme yang memiliki benih relativisme berdasarkan tempat dan waktu masing-masing bangsa.

Analogi **Savigny** dalam mahzab sejarah mengikuti perumpamaan dari timbulnya bahasa pada masing-masing bangsa. Pada saat itu **Savigny** berpendapat bahwa sejatinya, tak ada hukum yang universal, sama halnya seperti bahasa – tidak ada bahasa yang universal. Semua pasti akan kembali ke suatu titik relativitas tertentu. Relativitas versi **Savigny** otomatis dengan sendirinya memiliki implikasi ke penolakan atas hukum alam yang seringkali membangun argumen secara absolutisme hukum alam⁴⁴⁶.

445 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strtegi...Op.Cit., hlm. 103.

446 Sukarno Aburaera, (et.al), 2013, Filsafat Hukum: Teori dan Praktik, Kencana, Jakarta, hlm. 119.

Hukum timbul, menurut **Savigny**, bukan karena perintah penguasa atau karena kebiasaan, tetapi karena perasaan keadilan yang terletak di dalam jiwa bangsa itu (*instiktif*). Jiwa bangsa (*volksgeist*) itulah yang menjadi sumber hukum, seperti diungkapkannya, “*law is an expression of the common consciuousness or spirity of people*”. Hukum tidak dibuat, tetapi dia tumbuh dan berkembang bersama masyarakat (*Das Recht word nichht gemacht, es it und wird mit dem volke*). Pendapat **Savigny** seperti bertolak belakang pula dengan pandangan Positivisme Hukum. Ia mengingatkan untuk membangun hukum, studi terhadap sejarah suatu bangsa mutlak perlu dilakukan⁴⁴⁷.

Mengutip catatan dari **Huijbers, Bernard L. Tanya** memaparkan bahwa sebenarnya teori **Savigny** adalah semacam perlawanan atas penyeragaman hukum oleh Jerman melalui gelombang kodifikasi⁴⁴⁸. Dalam hal itulah, melihat teori **Savigny** dapat diletakkan pada kritik atas dua kekuatan saat itu yakni **Pertama**, rasionalisme dari abad ke-18 dengan kepercayaannya pada kekuasaan akal dan prinsip-prinsip absolut yang universal –yang membuahkan teori-teori hukum rasionalistik tanpa memandang fakta historis lokal, ciri khas nasional, serta kondisi-kondisi sosial setempat. **Kedua**, Kepercayaan dan semangat revolusi Prancis yang cenderung anti tradisi, serta terlampau mengandalkan kekuatan akal dan kehendak manusia dalam mengkonstruksi gejala-gejala hidup di bawah pesan-pesan kosmopolitannya⁴⁴⁹. Bagi **Savigny** karena ia berlatar belakang di Jerman, baginya, hukum Jerman tidak lain adalah manifestasi dan cerminan dari jiwa bangsa Jerman itu sendiri⁴⁵⁰.

447 Ibid., hlm. 119-120.

448 Beberapa Kodeks yang ada pada waktu itu adalah Kodeks Prussia tahun 1794 (atas pengaruh Wolff), Kodeks Perancis tahun 1804 (pengaruh Humanisme dan Rousseau), dan Kodeks Austria tahun 1811 (pengaruh Kant). Lihat Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 104.

449 Ibid., hlm. 105-106.

450 Mathias Reinmann, 1989, The Historical School Against Codification: Savigny, Carter and Defeat of The New York Civil Code, American Journal of Comparative Law, 1Volume 37, hal 97-98.

Melalui penentangan terhadap dua kekuatan itu, **Savigny** mencela pemujaan atas kodifikasi-kodifikasi hukum modern di Prusia, Austria, dan Perancis saat itu yang mendasarkan diri pada prinsip-prinsip abstrak dan deduksi rasional-logis belaka. Kata **Savigny**, tidak ada hukum yang lintas ruang dan waktu. Hukum selalu bersifat kontekstual dan historis. Oleh karena itu, langkah penting yang perlu dilakukan sebelum membuat kodifikasi adalah melakukan studi ilmiah mengenai sistem hukum dalam perkembangannya yang terus-menerus, dengan mana tiap generasi mengadaptasikan hukum itu dengan keperluannya. Tesis ini muncul dari pengalaman ilmiah **Savigny** sendiri berkat studinya yang mendalam atas hukum Romawi⁴⁵¹.

Menurut **Savigny**, perkembangan hukum Romawi merupakan contoh penuntun hukum yang bijaksana, karena pembentukannya melalui adaptasi bertahap seturut zaman-zaman sebelum *corpus juris* membentuk kodifikasi yang final. Dalam proses pembentukan yang bertahap itu, peran ahli hukum begitu menentukan, utamanya dalam ‘membaca’ semangat zaman dan konteks sosial kontemporer sebagai landasan adaptasi dari hukum itu sendiri. Maka tidak mengherankan jika **Savigny** memandang ilmu hukum sebagai panduan reformasi hukum, dan kesadaran umum yang merupakan sumber hukum utama⁴⁵².

Hal ini juga yang menjelaskan mengapa skema perkembangan hukum bagi **Savigny** benar-benar dipengaruhi atas pandangan generalisasi yang ia lakukan atas sejarah hukum Romawi, sebagai sebuah produk masyarakat yang terjadi dalam kondisi masyarakat yang lebih matang. Bahasa **Savigny**, “*they all cooperate, as it were, in one and same great work*”. Meskipun ia tidak melihat itu sebagai suatu skema yang bisa diterapkan di semua level masyarakat, tetapi hanya pada “nobler nations”⁴⁵³.

451 Ibid, hlm. 106.

452 Ibid.

453 Peter Stein, Op. Cit., hlm. 117.

Savigny mengkonstruksikan bahwa hukum berasal dari segala perilaku sosial masyarakat yang “terlembagakan” yang sifat konstruksinya pun *top-down*. Perilaku sosial yang dapat terlembagakan adalah perilaku yang terjadi secara terus-menerus dan mengalami internalisasi yang berujung kepada validitas (tidak dipermasalahakan karena dianggap telah hadir dengan sendirinya). Hukum itu adalah organisme yang mengalami siklus seperti biasanya siklus organisme yakni lahir, bertumbuh, menjadi dewasa dan kemudian mati.

Volkgeist pun menghadapi tantangan dalam hal eksistensi dan kehadirannya. Dijelaskan oleh **Shidarta** bahwa, “*Volkgeist ini dipersepsikan ada secara intuitif, bukan hasil karya rasio. Volkgeist adalah kristalisasi nilai-nilai yang dibangun melalui proses pengemblengan sejarah. Ia terjadi dengan sendirinya, tidak didesain sehingga tidak memerlukan lembaga untuk mendesainnya. Ia lahir secara alamiah melalui kesepakatan-kesepakatan sosial seperti halnya bahasa tutur manusia.*”⁴⁵⁴.

Dari analisis di atas, kemudian muncul pertanyaan apakah *volkgeist* ini muncul secara apriori atau aposteriori ?⁴⁵⁵. **Hampstead** kemudian mengemukakan bahwa, “**Savigny** however, sought to link a genuine and serious study of the course of development of Roman Law from ancient times up till its existing states as foundation of the civil law contemporary Europe, with a belief in the organic nature of law as product as spirit (*Volkgeist*) of a particular people (or perhaps nation or race for the German word *Volk* is characteristically ambiguous). This led him to regard law as the fundamental and natural form of law”⁴⁵⁶.

454 Shidarta, Hukum Penalaran...Op.Cit., hlm. 208.

455 Ibid.

456 Lord Lloyd of Hampstead, 1972, Introduction to Jurisprudence, 3th Edition, London : Stevens & Sons, hlm. 563.

Dari yang dipaparkan oleh **Hampstead** di atas, maka bisa saja ditemukan kelemahan dalam teori *Volkgeist* ala **Savigny**. Bisa saja di kesempatan tertentu, **Savigny** salah mengartikan antara *custom* atau “kebiasaan” dengan “hukum asli” atau *fundamental and natural form of law*. Dalam rangka menentukan mana yang *a priori* atau *aposteriori*, harus ditemukan perbedaan terlebih dahulu antara *custom* dengan *fundamental and natural form of law*, lalu kemudian mulai mengacu ke segi sejarahnya.

Konsep *Volkgeist* ini juga dibenarkan oleh **Kelsen**. Karena masih berada dalam tataran yang mendekati doktrin hukum kodrat. Namun, karena aspek ontologinya dualistis, *Volkgeist* ini harus dilihat sebagai karakteristik hukum yang berada di belakang norma positif⁴⁵⁷. Bedanya adalah dalam konteks hukum kodrat ia bersumber dari sebuah otoritas lebih otoritatif negara, sedangkan bagi Savigny ia menjadikannya pada masyarakat.

Paton yang dikutip oleh **Sukarno Aburaera** memberikan sejumlah catatan terhadap pemikiran **Savigny** sebagai berikut:

“(1) jangan sampai kepentingan dari golongan masyarakat tertentu dinyatakan sebagai *Volkgeist* dari masyarakat secara keseluruhannya; (2) tidak selamanya peraturan perundang-undangan itu timbul begitu saja, karena dalam kenyataannya banyak ketentuan mengenai serikat kerja di Inggris yang tidak akan terbentuk tanpa perjuangan keras, (3) jangan sampai peranan hakim dan ahli hukum lainnya tidak mendapat perhatian, karena walaupun *Volkgeist* itu dapat menjadi bahan kasarnya, tetap saja perlu ada yang menyusunnya kembali untuk diproses menjadi bentuk hukum; (4) dalam banyak kasus, peniruan memainkan peranan yang lebih besar daripada yang diakui banyak penganut Mahzab Sejarah – banyak bangsa yang dengan sadar mengambil alih hukum Romawi dan mendapat pengaruh dari hukum Perancis⁴⁵⁸.”

457 Shidarta, Hukum Penalaran...Op.Cit., hlm. 208.

458 Sukarno Aburaera, (et.al), Filsafat Hukum: Teori..., Op.Cit., hlm. 120.

Selain **Savigny**, salah satu nama penting dalam konteks ajaran *volkgeist* adalah **George F. Puchta** yang ahli hukum kelahiran Jerman, sekaligus murid **Savigny**. Dengan melanjutkan pemikiran dari **Savigny, Puchta**⁴⁵⁹ menambahkan agar jiwa bangsa/rakyat ini ditetapkan secara *top-down* oleh penguasa dalam bentuk norma positif dalam sistem perundang-undangan. Hal tersebut dilakukan supaya hukum itu menjadi tunggal dan tidak ada hukum yang lain lagi. Tentu saja, pandangan demikian akan sangat mendekati **Puchta** para penganut positivisme hukum.

Mengutip **Theo Huijbers, Sukarno Aburaera** menjabarkan bahwa : meski pada dasarnya **Puchta** sama dengan **Savigny**, yang berpendapat bahwa hukum suatu bangsa terikat pada jiwa bangsa (*Volkgeist*) yang bersangkutan. Hukum tersebut, menurut **Puchta**, dapat berbentuk: (1) langsung berupa adat istiadat, (2) melalui undang-undang, (3) melalui ilmu hukum dalam bentuk karya para ahli hukum⁴⁶⁰. Menurut **Puchta**, apa yang disebut sebagai keyakinan hukum yang hidup dalam jiwa bangsa tidaklah dapat berdiri sendiri kecuali jika disahkan melalui kehendak hukum masyarakat yang terorganisasi dalam negara. Pengesahan oleh negara itu dalam bentuk legislasi. Dalam pandangan ini, maka dengan mengutamakan pembentukan hukum dalam negara sedemikian rupa, sehingga tidak meninggalkan ruang kosong yang dapat diisi oleh sumber-sumber hukum lainnya. Konsepsi adat istiadat suatu bangsa hanya dapat berlaku sebagai hukum setelah mengalami proses pengesahan oleh negara. Bahkan secara ekstrim, **Puchta** meyakini bahwa dalam bentuk hukum tersebut negara menjadi sangat mandiri, bahkan punya kewenangan yang kuat sehingga berhak untuk mengenyampingkan pandangan para ahli hukum bahkan juga adat istiadat. Oleh karena itu, menurut **Huijbers**, pemikiran **Puchta** ini sebenarnya tidak jauh dari teori Absolutisme Negara dan Positivisme Yuridis⁴⁶¹.

459 Sidharta, "Pemetaan Aliran-Aliran Pemikiran Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya" dalam Sulistyowati Irianto & Shidarta, (ed), 2009, Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi, Cetakan Pertama, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, hlm. 162.

460 Sukarno Aburaera, (et.al), Filsafat Hukum: Teori..., Op.Cit., hlm. 121.

461 Ibid, hlm. 121-122.

Pandangan **Puchta** jika dibawa ke dalam lingkungan keluarga *common law system* akan mewujudkan ke dalam corak berpikir *sociological jurisprudence*, dengan catatan lingkup fakta yang terjadi bersifat kasuistis, bukan partikular suatu masyarakat atau bangsa. Norma positif dalam sistem perundang-undangan tetap dijadikan acuan, namun tidak dipandang sebagai hukum yang hakiki, melainkan sebagai titik tolak saja untuk penyelesaian suatu kasus konkret. Di sini pola penalaran doktrinal-deduktif dan non doktrinal-induktif berlangsung bersamaan seperti halnya mazhab sejarah, tetapi dengan konotasi lebih sempit karena yang disebut sebagai doktrin bukanlah jiwa bangsa/rakyat yang abstrak melainkan norma positif dalam sistem perundang-undangan⁴⁶².

2. Pengembangan Oleh Henry Summer Maine

Sir Henry Summer Maine (1822-1888), atau **H.S Maine** merupakan ahli hukum dan sejarawan berkebangsaan Inggris. Apabila **Savigny** mengembangkan ide tentang *Volkgeist* di Jerman, maka di Inggris **Maine** kemudian lebih lanjut mengembangkan versinya sendiri dengan penyesuaian kepada keadaan Inggris di akhir abad ke 19. **Maine** berangkat dengan menggunakan teori *Volkgeist* milik **Savigny**, namun ia melengkapinya dengan penelitian mengenai perkembangan lembaga-lembaga yang ada pada masyarakat yang maju dan masyarakat yang lebih sederhana. Pendekatan yang dilakukan oleh **Maine** pun berdasarkan pendekatan sejarah, sehingga sedikit banyak hasil penelitian yang dilakukan oleh **Maine** semakin memperkuat fondasi teori **Savigny**.

Apalagi dari berbagai hasil penelitian tersebut, **Maine** yang membuktikan bahwa terdapat pola evolusi pada berbagai masyarakat dalam situasi sejarah yang sama⁴⁶³. Teori evolusi milik **Maine** merupakan hasil studi banding yang dilakukan terhadap masyarakat Asia (China dan India) serta masyarakat Eropa, kemudian teori tersebut diberi nama

462 Sidharta, "Pemetaan Aliran-Aliran,...Op.Cit., hlm. 162.

463 Sukarno Aburaera, (et.al), Filsafat Hukum: Teori..., Op.Cit., hlm. 122

“*Movement from Status to Contract*”. Dari studi tersebut, **Maine** menemukan dua tipe masyarakat, yakni: (i) *Static Societies* (Cina dan India), dan (ii) *Progressive Societies* (Eropa). Dalam masyarakat yang statis, hukum bertugas meneguhkan hubungan-hubungan antar-status. Sebaliknya pada masyarakat yang progresif, hukum berfungsi sebagai media kontrak antar-prestasi⁴⁶⁴.

Menariknya, sebagai penganut teori evolusi, sedikit banyak, pemikiran **Maine** juga dipengaruhi oleh pemikiran **Marx**. Khususnya formula **Maine** tentang perkembangan masyarakat dari status ke kontrak yang menurutnya kelihatannya searah dengan pemikiran materialisme historis khususnya ketika **Maine** berbicara tentang basis fenomena ekonomi yang melatari perkembangan masyarakat dari sederhana ke masyarakat yang kompleks dan modern. Ada latar belakang hak dan kewajiban yang menjadi kontrak secara sadar dan kolektif⁴⁶⁵.

Meskipun pada dasarnya **Maine** sebenarnya tidak menerima konsep *Volkgeist* **Savigny** secara penuh, karena konsep itu dianggapnya sebagai suatu konsep yang diselubungi pendekatan yang terlalu mistis. **Maine** justru mengembangkan suatu tesis yang mengatakan bahwa perjalanan masyarakat menjadi progresif terlihat melalui adanya perkembangan situasi yang ditentukan oleh status kepada pengguna kontrak⁴⁶⁶. Perkembangan itu juga meliputi kemampuan

464 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 111. Mengutip dari Surya Prakash Sinha, *Jurisprudence Legal Philosophy in A Nutshell*, (Minnesota: West Publishing Co, 1993).

465 Sebelum karya Maine *Ancient Law* terbit tahun 1861, sudah ada tulisan Marx, *Okononisch-philosophische Manuskripte* (naskah-naskah ekonomi falsafi) yang membahas segi-segi utama keterasingan manusia dalam pekerjaan. Hanya saja, Marx amat reaktif terhadap keadaan yang dialami dan diamatinya, sedangkan Maine tampaknya “cuma” hendak berusaha menggambarkan dan menjelaskan apa yang terjadi. Tambahan pula, *Ancient Law*-nya Maine muncul hampir bersamaan dengan karya Morgan, *Ancient Society* yang membahas evolusi masyarakat dari sisi basis ekonominya. Oleh karena itu, tidak kebetulan jika dalam ranah teori Maine, muncul adagium *ius cannubii ac comercii*. Lihat Bernard L. Tanya, *Ibid.*, hlm. 113.

466 H. Amran Suadi, 2019, *Filsafat Hukum: Refleksi Filsafat Pancasila, Hak Asasi Manusia, dan Etika*, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta, hlm. 101.

untuk menerima hukum dengan mengembangkannya melalui tahapan “fiksi, *equity* dan perundang-undangan” khususya bagi masyarakat progresif. Hal inilah yang sedikit banyak membedakan dengan **Savigny** yakni ia menerima peranan perundang-undangan dan kodifikasi dalam masyarakat progresif tersebut.

E. Sociological Jurisprudence

Aliran *sociological jurisprudence* merupakan aliran yang memandang hukum sebagai suatu kenyataan sosial. Aliran ini dipelopori oleh *Eugen Ehrlich* dan diikuti oleh penganut positivisme hukum seperti **Roscoe Pound**. Tesis dalam aliran ini adalah hukum yang baik adalah hukum yang mengikuti dan mencerminkan kenyataan yang hidup dan berkembang dalam masyarakat (*living law*). Aliran ini lahir dikarenakan adanya dialektika antara positivisme hukum (*law is a command*) dengan mazhab historis (hukum timbul dan berkembang bersamaan dengan perkembangan masyarakat). Tentu saja juga dipengaruhi tumbuh dan berkembangnya secara pesat studi-studi tentang masyarakat yang dikaitkan dengan perkembangan individu (gejala masyarakat dilekatkan pada individu-individu yang ada di dalam masyarakat tersebut) di masyarakat dan holistik (individu tidak bisa dipahami di luar konteks masyarakatnya). Beberapa nama di antaranya adalah **Karl Marx** (1818-1883), Maximillian **K.E Weber** (1864-1920) dan **Emille Durkheim** (1858-1917).

Pengaruh itulah yang juga memberikan beberapa sumbangsih atas sulitnya menemukan pengertian yang jelas atas *sociological jurisprudence* ini. Dengan kekacauan pengertian antara istilah *sociological jurisprudence* dan sosiologi hukum (*the sociology of law*), maka **Paton** lebih suka menyebut *sociological* dengan sebutan “metode fungsional”, yang akibatnya menimbulkan perisitilahan yang dinamakan “*Functional Anthropological*”⁴⁶⁷.

467 Sukarno Aburaera, (et.al), Filsafat Hukum: Teori..., Op.Cit., hlm. 123.

Menurut **Lily Rasjidi**, ada perbedaan mendasar antara perbedaan antara *sociological jurisprudence* dan sosiologi hukum sebagai berikut:

“Pertama, sociological jurisprudence adalah nama aliran dalam filsafat hukum, sedangkan sosiologi hukum adalah cabang dari sosiologi. Kedua, walaupun objek yang dipelajari oleh keduanya adalah tentang pengaruh timbal balik antara hukum dan masyarakat, namun pendekatannya berbeda; sociological jurisprudence menggunakan pendekatan hukum ke masyarakat, sedangkan sosiologi hukum memilih pendekatan dari masyarakat ke hukum⁴⁶⁸.

Garis batas yang membedakan keduanya secara mencolok adalah sosiologi hukum pada dasarnya berusaha menciptakan suatu ilmu mengenai kehidupan sosial sebagai suatu keseluruhan dan pembahasannya meliputi bagian terbesar dari sosiologi (secara umum) dan ilmu politik. Selain itu, titik berat penyelidikan sosiologi hukum terletak pada masyarakat dan hukum sebagai suatu manifestasi semata. Hal yang kelihatannya berbeda dengan pengertian **Roscoe Pound** yang menitik beratkan *sociological jurisprudence* pada hukum dan memandang masyarakat dalam hubungannya dengan hukum⁴⁶⁹.

Mengutip **Curzon, Ahmad Ali** lebih lanjut memaparkan perbedaan antara *Sociology of Law* dan *Sociology Jurisprudence* sebagai berikut:

- a. *Sociological Jurisprudence: Pound refers to this as a study of the peculiar characteristics of the legal order, i.e. an aspect of jurisprudence proper. Llyod writes of it's a branch of normatvie sciences, having the law more effective in action and based on subjective values. Some other writers use the term to refer to the Sociological School of jurisprudence, that is, those jurists who see in a study of society a means whereby the science of law might be made more precise.*

468 Ibid.

469 Ibid., hlm. 123-124.

- b. *Sociology of Law: Pound refers to this study as sociology proper, based on a concept of law as one of the means of social control. Llyod writes of it as essentially a descriptive science employing empirical techniques. It is concerned with an examination of why the law sets about. It's tasks in the way it does. It views law as the product of a social system and as a means of controlling, and changing that system.*

Note: The term “legal sociology” has been used in some texts to refer to a specific study of situations in which the rules of law operate, and of behavior resulting from the operations of those rules.⁴⁷⁰

Pada dasarnya, aliran ini muncul sebagai reaksi atas semakin menguatnya aliran hukum positif dan aliran hukum sejarah. Keduanya mengalami pertentangan hebat dan diskursus yang berkepanjangan. Hal ini bagi *sociological jurisprudence* adalah hal yang tidak perlu dipertentangkan oleh karena pada dasarnya keduanya adalah amat penting. Pembentukan hukum oleh suatu otoritas tentu saja adalah penting dan begitu juga pengalaman dan kesadaran hukum yang berkembang di dalam masyarakat juga merupakan hal yang sangat penting. Hal ini berangkat dari pemikiran yang amat realistis atas kenyataan hukum itu sendiri.

Pokok-pokok ajaran *sociological jurisprudence*, yang juga sangat mempengaruhi aliran realisme hukum menurut **Thomas W. Bechtler** adalah sebagai berikut : **Pertama**, aliran ini mempelajari efek sosial yang aktual dari institusi hukum dan doktrin hukum. **Kedua**, penyiapan naskah legislasi dilakukan dengan menggunakan riset hukum dan penelaahan secara sosiologis. **Ketiga**, mempelajari juga tentang cara/alat (*means*) agar aturan hukum menjadi lebih efektif. **Keempat**, mempelajari cara mencapai tujuan merupakan sejarah hukum yang bersifat sosiologis, yakni mempelajari efek sosial dari doktrin-doktrin

470 Curzon dalam Achmad Ali 2015, Menguak Tabir Hukum, Kencana, Jakarta, hlm. 307.

hukum dari masa ke masa. **Kelima**, putusan hakim sangat individual dan batasan bagi hakim dalam memutus sangat longgar sehingga kepastian hukum juga menjadisangat lentur. **Keenam**, tujuan akhir adalah berdaya upaya agar mendapatkan cara yang lebih efektif untuk mencapai tujuan-tujuan hukum yang baik⁴⁷¹.

Dapat dikatakan bahwa antara aliran realisme hukum dengan *sociological jurisprudence* ini identik dan unik di waktu bersamaan. Di satu sisi, terkadang keduanya terkesan sama dan saling tumpang tindih, tapi disisi lain, mereka juga kelihatan berbeda. Jika kita berbicara mengenai aktualisasinya, maka aliran realisme hukum lebih aktual dari pada *sociological jurisprudence*⁴⁷².

1. “Living Law” Dari Eugen Ehrlich

Eugen Ehrlich (1862-1922) mengemukakan bahwa ada perbedaan mendasar antara positivisme hukum dengan keberadaan *living law*. Positivisme hukum akan memiliki daya berlaku yang jauh lebih efektif, tatkala isi-isinya berdasarkan dengan perkembangan hukum dari masyarakat itu sendiri. **Ehrlich** memandang bahwa suatu perkembangan hukum tidak hanya berasal dari undang-undang, tapi bisa juga melalui berbagai putusan hakim. **Ehrlich** menginginkan adanya gabungan kesadaran antara pembaharuan hukum di dalam undang-undang dengan kesadaran bahwa masyarakat juga memiliki realitas yang terus berkembang. Hal ini diinginkan **Ehrlich**, agar hukum itu bisa benar-benar menjadi efektif.

Pemikiran **Ehrlich** didasarkan atas konsep bahwa kehidupan berbangsa dan bernegara harus memiliki keseimbangan antara keinginan untuk mengadakan pembaruan hukum melalui perundang-undangan dengan kesadaran untuk memerhatikan kenyataan yang hidup dalam

471 Thomas W Bechtler dalam Munir Fuady, 2005, Filsafat dan Teori Hukum Postmodern, Cetakan Ke-1, PT. Citra Adhitya Bhakti, Bandung, hlm. 68-69.

472 Munir Fuady, Ibid., hlm. 69.

masyarakat. Hal ini karena dasar ilmu hukum sesungguhnya adalah sesuatu yang bukan mengabdikan pada tujuan praktis, tetapi merupakan konsep ilmu yang tidak melihat pada kata tetapi pada fakta⁴⁷³.

Melihat pada fakta itulah yang dinamakan "*living law and just law*" yang merupakan "*inner order*" dari suatu masyarakat dan mencerminkan nilai-nilai hidup di dalamnya. Perubahan hukum haruslah memberikan perhatian yang kuat pada hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat tersebut⁴⁷⁴. Kesadaran hukum masyarakat adalah nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat tentang hukum yang meliputi mengetahui pemahaman, penghayatan, kepatuhan atau ketaatan kepada hukum. Dengan sederhana dapat dikatakan bahwa hukum adalah konsepsi abstrak dalam diri manusia tentang keserasian antara keterkaitan dengan ketentraman yang dikehendaki dengan melihat kepada indikator-indikator tertentu yang harus jadi ukuran atau patokan dalam penyusunan atau pembentukan hukum yang akan dilakukan⁴⁷⁵.

Tinggi dan rendahnya tingkat kesadaran hukum, bisa dilihat dari perilaku hukum yang ditunjukkan oleh masyarakat. Apabila masyarakat mematuhi hukum-hukum tersebut, maka hukum dapat dikatakan sebagai hukum yang efektif. **Ehrlich** mensintesa antara kekuasaan pembuatan peraturan dengan kenyataan yang hidup di masyarakat. Tujuannya cukuplah sederhana, yakni demi melahirkan suatu produk hukum yang benar-benar efektif. Tatanan hukum mulai dari pengadilan hingga sanksi dari suatu undang-undang memiliki patokan ketika akan dikenakan dalam peradilan yang memaksa⁴⁷⁶.

Mengapa dikatakan "hukum yang hidup" atau *living law*, oleh **Bernard Tanya** memaparkan bahwa dalam pandangan Ehrlich sejatinya :

473 Eugen Ehrlich, 1962, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, Russel and Russel Inc., New York, hlm. 4.

474 Abdul Manan, 2005, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 19.

475 Ibid. hlm. 20.

476 Eugen Ehrlich, *Op. Cit.*, hlm. 83.

“Hukum itu bukan sesuatu yang ditambahkan dari luar secara a historis. Ia justru merupakan sesuatu yang eksis dalam masyarakat. Hukum diwujudkan dan diungkapkan dalam kelakuan mereka sendiri. Dengan konsep demikian, **Ehrlich** pun mendefinisikan *living law* sebagai *Rechtsnormen* (norma-norma hukum). Pendekatan antara sosial dan historis ala Ehrlich sendiri bisa dilihat dalam buku Ehrlich yang berjudul *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913). Gagasan di dalam buku tersebut merupakan upaya **Ehrlich** untuk mencari fondasi dan ide dasar sosial Jerman, yang ditandai oleh “*die soziale Idee*”⁴⁷⁷.

“Hukum adalah ‘hukum sosial’, dalam keyakinan **Ehrlich**. Tentu saja ia tidak menafikan adanya peran negara dalam membuat hukum, tetapi ia tidak melihat kekuatan itu berasal dari negara. Sebaliknya, ia berasal dari masyarakat. Memang semua hukum dari segi eksterennya dapat diatur oleh instansi-instansi negara, akan tetapi dari segi internnya hubungan-hubungan dalam kelompok-kelompok sosial tergantung dari anggota-anggota kelompok itu. Inilah *living law* itu. Hukum sebagai ‘norma-norma hukum’ (*Rechtsnormen*)”⁴⁷⁸. Ia menolak untuk mengatakan hukum adalah norma yang padu, logis, dan otonom dari pengaruh politik, ekonomi dan budaya. Hal inilah yang menjadi penjelas batapa **Marx**, **Weber** dan **Durkheim** memiliki pengaruh dalam pandangan ini.

Selain gagasan *living law*, gagasan mengenai *Entscheindungnormen* (norma keputusan yang menjadi pedoman pengadilan) dan *Rechtssatze* (peraturan di dalam undang-undang) juga diperkenalkan oleh **Ehrlich** sebagai subsidair dari *living law*. Baik *Entscheindungnormen* dan *Rechtssatze* merupakan karya dari para hakim, para sarjana, legislatif dan sebagainya⁴⁷⁹. Tidak hanya pengaturan yang muncul dari *inner* masyarakat, dalam teori *living law* **Ehrlich**, ia juga membuka kemungkinan aturan-aturan yang berasal dari luar untuk menjadi

477 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 142.

478 Ibid., hlm. 142.

479 Ibid., hlm. 143.

bagian dari *living law* suatu masyarakat. Ia menambahkan bahwa peraturan dari luar tersebut haruslah menjadi bagian internal dari masyarakat. Aturan dari luar itu akan berpindah status menjadi *living law* juga. **Ehrlich** pun masih percaya terhadap kemungkinan bahwa negara bisa saja membuat aturan yang “membali” sehingga di masa depan aturan negara tersebut juga bisa menjadi bagian dari *living law* itu sendiri⁴⁸⁰.

2. Pandangan Roscoe Pound

Nathan Roscoe Pound (1870-1964) merupakan seorang pemikir hukum kelahiran Amerika Serikat. Cukup banyak para ahli dari Amerika yang pandangannya di pengaruhi oleh pragmatisme Amerika. **Roscoe Pound** adalah salah satunya. **Pound** juga memasukkan pragmatisme sebagai basis dari idenya. Berbeda dengan para pemikir Eropa yang banyak menggunakan ide abstrak dalam pemikiran hukumnya, **Pound** justru menghindari hal tersebut, karena ia menginginkan hukum yang berhasil bekerja dalam lapangan kenyataan⁴⁸¹.

Sebagaimana pandangan sosiologis juga sangat kental dalam pandangan **Pound**. Hal ini sendiri ia akui bahwa ia melihat pada **Gierke**, **Ehrlich** dan **Hauriou** memperlihatkan betapa teori **Marx** tentang perjuangan jelas telah memberikan tipe pemikiran baru baginya meski dalam jalur yang sama. Begitu pun **Durkheim** dan **Duguit** yang berbicara tentang interdependensi melalui pembagian kerja yang mana independensi individual dan prinsip kebebasan individu menjadi bahan dari ide institusionalisasi hukum yang menjadi unsur penting dari kontrol sosial berbasis hukum⁴⁸².

480 Ibid.

481 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 154.

482 Roscoe Pound, 2002, *Social Control Through Law*, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2nd Printing, hlm. 12.

Pound sangat terkenal dengan konsep “*law is a tool of social engineering*”. Apabila merujuk kepada bukunya yang berjudul *Jurisprudence*, sebenarnya **Pound** mengemukakan bahwa hukum adalah alat penggerak masyarakat untuk melakukan perubahan yang lebih baik dari sebelumnya. Di dalam *Jurisprudence*, sebenarnya tidak ditemukan peristilahan “*social engineering*” secara eksplisit. Lambat laun, adagium “*law is a tool of social engineering*” selalu dikaitkan dengan karya **Pound**. **Pound** sendiri juga dikenal sebagai salah satu penganut aliran *sociological jurisprudence*. Apabila **Ehrlich** merupakan pelopor *sociological jurisprudence* Eropa (Jerman), maka **Pound** dapat dianggap merupakan pelopor *sociological jurisprudence* di Amerika.

Pound sebagai pemikir *sociological jurisprudence*, terus menekankan agar para ahli hukum yang beraliran sosiologis perlu memperhitungkan fakta sosial dalam pekerjaannya. Bagi **Pound**, kehidupan hukum terletak pada pelaksanaannya. **Pound** menolak studi hukum sebagai studi tentang peraturan, melainkan keluar dari situ dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum.⁴⁸³

Perhatian utama **Pound** terhadap konsep *social engineering* adalah *interest balancing*, oleh karena itu yang terpenting adalah tujuan akhir dari hukum adalah menerapkan hukum kepada masyarakat dan berkembang ke arah yang lebih maju. Bagi **Pound**, ada hubungan fungsional antara hukum dan masyarakat. Karena kehidupan hukum terletak pada karya-karya yang dihasilkannya untuk dunia sosial, tujuan utama dari rekayasa sosial adalah mengarahkan kehidupan sosial ke arah yang lebih maju. Menurutnya, hukum tidak menciptakan kepuasan, tetapi hanya melegitimasi kepentingan manusia untuk mencapai kepuasan tersebut⁴⁸⁴.

Dapat dikatakan, hukum dalam konsep *social engineering*, sangatlah instrumental sifatnya. Kehidupan sosial, menurut konsep ini dapat

483 Ibid., hlm. 161.

484 Ibid.

dengan mudah dipengaruhi oleh hukum sebagai sistem pengaturan terkendali dan *coersif*⁴⁸⁵. Atas dasar keyakinan yang demikian itu, maka dapatlah dimengerti jika penggunaan hukum modern senantiasa diarahkan untuk menjadi sarana menyalurkan kebijakan-kebijakan demi menciptakan keadaan-keadaan yang baru⁴⁸⁶.

F. Realisme Hukum

Empirisme sejak abad ke-19 terus berkembang hingga abad ke-20. Aliran neo-positivisme sendiri merupakan cabang dari empirisme. Di Amerika Serikat, empirisme memiliki pengaruh yang sangat penting saat ini, yaitu pragmatisme. Mazhab filsafat pragmatis menolak kebenaran pengetahuan hanya melalui akal. Kebenaran harus diuji di ranah realitas. Dari sana kemudian, muncul tren Realisme Hukum yang memegang pendekatan kuat pragmatisme⁴⁸⁷. Inilah pendekatan hukum yang mencoba memahami fakta dasar dari hukum, tanpa perlu mengacu pada sifat yang mengaturnya.

Dalam realisme hukum, undang-undang bukanlah sumber utama hukum. Bagi pendukung aliran ini, realitas sosial yang dikonstruksi oleh hakim dalam penilaiannya merupakan sumber utama hukum. Oleh karena itu, hakim memegang peranan penting dalam realisme hukum. Kebebasan ini diberikan kepada para hakim ini, kemudian mencapai masa puncaknya dalam aliran *Freirechtslehre*, yang pada akhirnya disebut sebagai oposisi paling keras terhadap positivisme hukum⁴⁸⁸.

Realisme hukum merupakan pengamat hukum yang sepenuhnya berangkat dari pendekatan non doktrinal-induktif dengan ruang

485 Ibid., hlm. 162.

486 Ibid.

487 Darji Darmodiharjo & Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum...*, Op.Cit, hlm. 100.

488 Ibid., hlm. 100-101.

lingkup tersempit, yakni fakta-fakta sosial yang kasuistis. Analisis yang berskala mikro ini bertolak belakang sepenuhnya dengan pola penalaran positivisme hukum, sehingga tidak heran untuk menobatkan realisme hukum sebagai penentang paling keras aliran positivisme hukum⁴⁸⁹. Dalam *legal realism*, pemahaman terhadap hukum tidak hanya terbatas pada teks atau dokumen hukum, tetapi melampaui. Bersamaan dengan itu, berkembang juga aliran realisme hukum. Menurut aliran ini, hukum itu adalah hasil dari kekuatan-kekuatan sosial dan alat kontrol sosial⁴⁹⁰.

Ciri-ciri ajaran realisme sebagaimana dikemukakan oleh **Karl N. Llewellyn** adalah sebagai berikut : **Pertama**, tidak ada mahzab realis. Realisme adalah gerakan dari pemikiran dan kerja tentang hukum. **Kedua**, realisme adalah konsep hukum yang harus diuji tujuan dan akibat-akibatnya. Realisme mengandung konsepsi tentang masyarakat yang berubah lebih cepat daripada hukum. **Ketiga**, realisme menganggap adanya pemisahan sementara hukum yang ada dan hukum yang seharusnya untuk tujuan-tujuan studi. **Keempat**, realisme tidak percaya pada ketentuan dan konsepsi hukum sepanjang menggambarkan apa yang sebenarnya dilakukan oleh pengadilan dan orang. **Kelima**, realisme menekankan evolusi tiap bagian dari hukum dengan mengingatkan akibatnya⁴⁹¹.

Banyak pihak telah mengklaim dirinya sebagai pelopor dan penganut dari aliran realisme hukum ini titik yang paling penting diantaranya adalah **Karl Llewellyn**. Selain itu, ada **Jerome Frank**, yang sebenarnya merupakan pelopor sayap kiri radikal dari aliran realisme hukum ini. Di samping itu sampai batas-batas tertentu ada juga nama-nama, seperti **H.L.A Hart**, **W. Friedmann**, **Oliver Wendell Holmes**, dan lain-lain. Bahkan, konsep mereka untuk menggunakan ilmu lain

489 Sidharta, "Pemetaan Aliran-Aliran,...Op.Cit., hlm. 162.

490 Jonaedi Efendi & Johnny Ibrahim, 2016, *Metode Penelitian Hukum: Normatif dan Empiris*, Kencana, Jakarta, hlm. 65.

491 Ibid.

ke dalam studi ilmu hukum, seperti ilmu sosiologi, sebenarnya telah sebelumnya didahului oleh ahli hukum terkenal **Roscoe Pound**⁴⁹².

Meskipun aliran realisme hukum ini baru menjadi terkenal pada tahun 1930-an dan 1940-an atas jasa-jasa dari **Karl Llewellyn**. Sebenarnya akar dan prinsip-prinsip dari aliran ini sudah sebelumnya ada sejak jauh-jauh hari. Bahkan, disebut-sebut bahwa sebenarnya pelopor pertama dari aliran realisme hukum ini adalah **Joseph W. Bingham** (di Amerika Serikat), yang sudah mengajarkan teorinya sejak tahun 1912 yang kemudian dikenal dengan nama realisme hukum itu. Meskipun begitu, ada juga pendapat, antara lain dari **Lon L. Fuller** (yang juga penganut realisme hukum), yang mencoba membedakan antara realisme hukum dan ajaran dari **Joseph W. Bingham** tersebut⁴⁹³.

Meskipun demikian, aliran realisme hukum ini dapat dianggap sebagai peletak dasar bagi perdebatan-perdebatan mazhab hukum lainnya yakni khususnya tentang *economic analyses of law, critical legal studies* (CLS-gerakan studi hukum kritis) bahkan juga memiliki pengaruh atas *critical race theory dan feminist legal theory*. Dua diantaranya, khususnya CLS dan feminist legal theory akan dibicarakan juga lebih lanjut dalam buku ini. Secara garis besar, terdapat dua cabang realisme, yakni; Realisme Hukum Amerika dan Realisme Hukum Skandinavia. Realisme Hukum Amerika menempatkan empirisme-pragmatisme, sedangkan Realisme Hukum Skandinavia menempatkan empirisme-psikologi. Sama-sama memiliki sandaran realisme namun dipengaruhi cara pandang yang berbeda dalam melihat realitas tersebut.

1. Realisme Hukum Amerika

Realisme Hukum Amerika pertama kali diberikan kepada grup pemikir hukum tahun 1920-an, 1930-an dan 1940-an yang terinspirasi atas

492 Munir Fuady, 2005, Filsafat dan Teori Hukum Postmodern, Cetakan Ke-1, PT. Citra Adhitya Bhakti, Bandung, hlm. 62-63.

493 Ibid., hlm. 63.

tantangan ide alasan hukum dan adjudikasi yang dominan di dalam pengadilan⁴⁹⁴. Realisme Hukum Amerika disebutkan oleh **Morton J. Horowitz** berawal dari reaksi terhadap Putusan Mahkamah Agung pada kasus kebebasan kontrak *Lochner v. New York* pada tahun 1905. Sejalan dengan itu, pada kisaran tahun 1920-1930 gerakan Realisme Hukum Amerika mulai memuncak. Para tokoh-tokoh yang terkenal pun rata-rata berprofesi sebagai hakim di Amerika, seperti **Oliver Wendell-Holmes**, **Louis D. Brandeis**, dan **Benjamin Cardozo**. Ditambah lagi dengan kontribusi dari pemikir hukum seperti **Roscoe Pound**, **Walter Wheeler Cook**, **Wesley Hohfeld**, **Robert Lee Hale**, **Arthur Corbin**, **Warren Seavey**, **Morris Cohen** dan **Karl Llewellyn**⁴⁹⁵.

Tidak mengherankan jika aliran realisme hukum sangat berkembang di Amerika Serikat karena memang keadaan hukum di Amerika Serikat saat itu (awal abad ke-20) sangat tidak memuaskan, terutama disebabkan besarnya jurang antara teori hukum dan praktek peradilan saat itu. Hukum dianggap tidak menemukan substansinya di dalam realitas yang terjadi. Seperti yang dikatakan oleh **Wolfgang Friedmann** (salah seorang penganut aliran realisme hukum) dalam bukunya yang terkenal, yaitu *Legal Theory*⁴⁹⁶, yang menyatakan bahwa :

“Nowhere was the discrepancy between the form of the law and its theoretical logic on the one hand, and its sociological reality on the other hand more blatant than in the United States at the beginning of this century. No country could offer richer material for the study of the law as it worked in fact than the United States, with Federal and forty eight state jurisdiction, together producing innumerable precedents; with the function of the Supreme Court exercise in the political and social life of the country; with the contrast between the theoretical and practical aspects of constitutional principle; with the development

494 Brian Bix, 1996, *Jurisprudence: Theory and Context*, Westview Press, London England, hlm. 151.

495 Morton J. Horowitz, 1982, “History of the Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, hlm. 1426.

496 Wolfgang Friedmann, 1967, *Legal Theory*, Columbia University Press, hlm. 183.

*of powerful corporation protected by the same individual rights as the pioneer farmer in the Wild West*⁴⁹⁷.”

Selain dipengaruhi oleh perkembangan hukum yang terkesan stagnan, pengaruh perkembangan politik dan sosial pada saat itu sangat kental terhadap lahir dan berkembangnya aliran realisme hukum ini. Pada awal abad ke-20 terjadi suatu kekacauan kultural dimana sangat terasa adanya ketegangan antara stagnansi hukum dan pesatnya perkembangan masyarakat. Di samping itu, teori dan praktek hukum yang cukup konservatif saat itu jelas tidak dapat menampung perkembangan masyarakat yang sangat pesat. Ambil saja contoh ambruknya perekonomian global yang dikenal dengan nama *The Great Depression* yang pertama kali terjadi di Amerika Serikat. Di masa krisis tersebut, berbagai teori hukum, teori ekonomi, dan keduanya digabungkan pun, ternyata tidak bisa mengatasi pergolakan yang terjadi, terkhusus di Amerika Serikat. *The Great Depression* sendiri menimbulkan banyak sekali ketimpangan sosial, sehingga para kaum realis mulai menginginkan suatu perubahan.

Ada tiga basis realistik yang dikemukakan sehingga perlu menjadi kajian : **Pertama**, realisme yang dibayangkan adalah berfokus pada apa yang terjadi di pengadilan dengan menempatkan hakim sebagai pusat utamanya yang bisa jadi putusannya seringkali ditempatkan pada kesadaran dan ketidaksadarannya bahkan bisa jadi bias secara politik. **Kedua**, dengan berpusat pada apa yang terjadi di pengadilan merupakan bahan utama untuk mengkritisi *legal reasoning* yang seringkali bergerak pada hal yang sintifik dan penalaran deduktif ataupun aturan hukum dan konsep hukum yang sebenarnya sangat jarang benar-benar netral. **Ketiga**, kritik atas keduanya itu juga harusnya menjadi bahan kritik paralel atas pendidikan hukum yang selalu berdiri di atas kaki yang keliru soal formalitas dan netralitas yang dibayangkan hadir di dalam *legal reasoning* putusan pengadilan.

497 Munir Fuady, 2005, Filsafat dan Teori Hukum Postmodern, Cetakan Ke-1, PT. Citra Adhitya Bhakti, Bandung, hlm.. 62.

Dalam hal yang mencoba melihat pada penggunaan praktis inilah, dapat dilihat catatan lebih lanjut yang dituiskan oleh **Munir Fuady** sebagai berikut :

“...Karena itu, pada awal mulanya bahkan juga selanjutnya, gerakan realisme hukum ini tidak banyak menyentuh filsafat hukum, moral atau nilai-nilai. Tetapi lebih banyak membahas tentang metodologi hukum. Hanya saja Kemudian mereka sadar bahwa dengan metodologi bukan berarti suatu tujuan, melainkan hanya merupakan alat untuk mencapai tujuan. Karena itu, jika mereka mencoba memperbaiki hukum dengan metodologi tertentu, berarti mereka akan melaju ke suatu tujuan yakni untuk mendapatkan suatu sistem hukum yang berfungsi sebagai sarana perubahan masyarakat yang progresif⁴⁹⁸.

Salah satu penganjur Realisme Hukum Amerika yakni **Oliver Wendell Holmes** (1841-1935) mengemukakan dasar pendiriannya bahwa: *‘The life of the law has not been logic: it has been experience’*, hukum bukanlah sebatas logika, melainkan sebuah pengalaman. Lebih lanjut ia katakan bahwa *“the felt neccesities of the time, the prevalent moral and political theories, institutions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudice which judges share with their follow-men, have had a good deal more to do that the syllogism in determining the rules by which the men should be governed”*.⁴⁹⁹ Pernyataan ini sebenarnya masih bertalian dengan profesi **Holmes** yang merupakan seorang hakim. Ia meyakini bahwa hukum merupakan ramalan dari apa yang dilakukan oleh pengadilan dengan berdasar pada fakta dan tentunya tidak ada yang lebih baik lagi daripada itu⁵⁰⁰.

Di dalam kesehariannya, **Holmes** memandang bahwa hakim dalam konteks hukum seringkali menghadapi gejala-gejala perkembangan

498 Ibid., hlm. 63.

499 Oliver Wendell Holmes, 1963, *The Common Law* (M.D. Howe ed), Little Brown, Boston, hlm. 5.

500 Roger Scruton, *Op.Cit.*, hlm. 523-524.

kehidupan masyarakat secara realistis. **Holmes** juga sering menyoroti bahwasannya kepastian hukum adalah ilusi, dan untuk merealisasikannya seharusnya kepastian hukum mengandung suatu relativitas tertentu. Relativitas ini muncul karena mau-tidak mau (seharusnya) hakim juga memperhitungkan fakta sosial yang melingkupi masyarakat, dan tidak hanya bertolak kepada suatu premis mayor, sehingga sebelum memberikan putusan, hakim harus menelaah segala fakta yang ada secara mendalam.

Bagi **Holmes**, keberadaan aturan hukum bukanlah satu-satunya dasar untuk menjawab permasalahan masyarakat yang semakin kompleks. Lebih tepatnya, menurut **Holmes** kurang dapat diandalkan. Keberadaan aturan hukum dipandang sebagai salah satu alat atau faktor untuk memberikan jawaban atas suatu permasalahan hukum. Sebagai seorang hakim, **Holmes** sering mendapatkan dilema dan problematika terhadap kebenaran-keadilan dalam menangani kasus hukum. Semisal kebenaran dalam aturan hukum formil kemudian dipertentangkan dengan kebenaran yang ada di luar aturan hukum formil. Diantara kedua hal tersebut, seringkali ada tuntutan untuk “mengunggulkan” yang mana yang harusnya dijadikan suatu keputusan (putusan hakim) yang ideal.

Aturan-aturan hukum, di mata **Holmes**, hanya menjadi salah satu faktor yang patut dipertimbangkan dalam keputusan yang berbobot⁵⁰¹. Seperti yang disebutkan oleh **Surya Prakash Sinha** bahwa :

*“Faktor moral, soal kemanfaatan, dan keutamaan kepentingan sosial misalnya, menjadi faktor yang tidak kalah penting dalam mengambil keputusan “yang berisi”. Jadi bukan suatu pantangan, jika demi putusan yang fungsional dan kontekstual, aturan resmi terpaksa disingkirkan (lebih-lebih jika menggunakan aturan itu justru berakibat buruk). **Holmes** menjadi hakim yang monumental dan seminal, justru*

501 S. Prakash Sinha dalam Jonaedi Efendi & Johnny Ibrahim, 2016, Metode Penelitian Hukum: Normatif dan Empiris, Kencana, Jakarta, hlm. 67.

*karena pendirian moralnya itu. Ia menjadi monumen dari a creative lawyer; in accordance with justice and equity. Dengan kapasitas seperti ini, para hakim memiliki kompetensi mengubah undang-undang, bila itu perlu*⁵⁰².”

Jerome Frank (1889-1957) secara kurang lebih memiliki pandangan yang sama seperti **Holmes**. Seperti yang dikemukakan oleh **Jonaedi Efendi & Johnny Ibrahim** dengan mengutip **Huijbers**, bahwa :

*“... Menurutny, kebenaran tidak bisa disamakan dengan suatu aturan hukum. Boleh saja aturan mengandaikan putusan-putusan hakim dapat diturunkan secara otomatis sesuai aturan. Juga boleh saja mengandaikan bahwa isi aturan selalu benar dan baik, sehingga otomatis menjamin kepastian, keamanan, dan harmoni dalam hidup bersama. Tapi itu tidak berlaku bagi seorang yang berpikiran modern. Boleh jadi, itu hanya ilusi. Karena faktanya, seorang hakim dapat mengambil keputusan lain di luar skenario aturan. Memang kaidah-kaidah hukum yang berlaku, memengaruhi putusan seorang hakim. Tapi itu hanya salah satu unsur pertimbangan saja. di samping itu, prasangka politik, ekonomi, dan moral ikut pula menentukan putusan para hakim. Bahkan pula simpati dan antipati pribadi berperan dalam putusan tersebut, demikian **Frank***⁵⁰³.”

Pandangan **Frank** diatas, sebagian diterima dan sebagian lagi dikritisi oleh **Benjamin Cordozo**, masih dalam analisa dari **Jonaedi Efendi & Johnny Ibrahim**, bahwa :

*“**Benjamin Cardozo**, tampil memperingatkan bahwa subjektivisme dalam teori **Frank**. Benar bahwa ada ruang kebebasan bagi hakim dalam mengambil keputusan. Benar pula bahwa faktor sosial ekonomi serta aspek-aspek psikologis turut berpengaruh dalam putusan hakim. Tapi semua itu tidak boleh membuat seorang hakim lupa pada*

502 Ibid.

503 Ibid.

*aspek normatif dari hukum, yakni melayani kepentingan umum akan keadilan. Kewibawaan seorang hakim menurut **Cardozo** justru terletak pada kesetiiaannya menjunjung tujuan hukum itu. Oleh karena itu, putusan hakim tidak boleh berkembang secara bebas tanpa batas. Kegiatan para hakim tetap terikat pada kepentingan umum sebagai inti keadilan⁵⁰⁴.”*

Misi suci mewujudkan kepentingan umum sebagai tugas utama hakim, didukung oleh **Roscoe Pound**. Di mata **Pound** dalam rangka mewujudkan kepentingan umum itu hukum harus di fungsikan sebagai *social engineering*. Hukum menurut **Pound**, harus didayagunakan untuk menggerakkan kemajuan dan memajukan kepentingan umum dengan cara memadukan secara proporsional antara kebutuhan sosial dan kebutuhan individu. Untuk mengawal kemajuan dalam paduan yang harmoni itu, maka hukum harus dibekali dengan kekuatan paksa. Fungsi sosial kontrol dari hukum terletak di sini. Jadi fungsi kontrol merupakan pendukung fungsi perubahan yang diemban oleh hukum⁵⁰⁵.

Dari apa yang dikatakan oleh **Holmes** dan **Frank** di atas, tampak sekali teorisasi yang memperlihatkan bahwa pada saat diterapkan, hukum kembali memasuki wilayah *das sein*, dan tidak lagi berdiri dalam wilayah *das sollen*. Dapat dikatakan, antara **Holmes** dan **Frank** mulai memformulasikan kembali suatu penerapan hukum. Hukum tidak lagi sepenuhnya bergantung kepada teks pasal-pasal, maka pasal-pasal tersebut haruslah ditransformasikan ke alam *living interpretation*. Dengan menegaskan bahwa faktor aparat (hakim) menjadi sangat menentukan⁵⁰⁶.

Secara langsung, **Holmes** langsung menohok inti doktrin legalisme yang cara berpikrinya mendasarkan diri pada aturan, prinsip (norma

504 Ibid., hlm. 67.

505 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 168.

506 Jonaedi Efendi & Johnny Ibrahim, Metode Penelitian Hukum..., Op.Cit., hlm. 68.

objektif) yang dianggap harus berlaku dalam situasi dan kondisi apapun. Singkatnya, di dalam legalisme: menaati aturan, berarti benar dan melanggar aturan, berarti salah. Tidak ada kompromi. Legalisme, karenanya berbicara tentang apa yang benar dan apa yang salah secara hitam-putih⁵⁰⁷.

Jika berbicara mengenai legalisme, pandangan ini memang memberikan keuntungan dalam segi kepastian hukum. Namun teks-teks “kepastian hukum” itu kemudian mulai sulit atau bahkan tidak dapat diaplikasikan, tatkala menghadapi kasus-kasus di dalam masyarakat yang kompleks.

“... sehingga hampir mustahil mempunyai hukum yang jelas bagi setiap kemungkinan titik perintah “Jangan Membunuh”, misalnya. Perintahnya sendiri, sangat jelas. Tapi bagaimana hukum yang jelas ini harus diterapkan adalah sesuatu yang jauh dari sederhana. Mungkin akan sedikit terbantu seandainya perintah itu diperinci lagi sedemikian rupa, sehingga ia dapat menjawab semua kemungkinan. Solusi ini memang logis dan mungkin sering dilakukan orang. Tapi akibatnya ialah, hukum lalu berubah menjadi kasuistri. Hukum berubah menjadi satu daftar panjang tentang apa yang boleh dan apa yang dilarang. Bukan saja ini tidak mungkin dapat dikerjakan dengan lengkap dan sempurna titik tetapi juga ada eksekusi yang mengancam, yaitu legalisme yang beku dan kaku. Hukum, tidak lagi melayani manusia, Tapi sebaliknya manusia melayani hukum⁵⁰⁸.”

Solusi yang berbobot tidak bisa diharapkan lagi dari legalisme yang mematkan aturan sebagai tempat satu-satunya bagi Hakim dalam mengadili. Dalam legalisme, Hakim hanya menjadi corong *wet*. Sebuah semangat yang yang *coute que coute*, mentuhan peraturan. Kebekuan inilah yang diterobos oleh **Holmes** dan **Frank**⁵⁰⁹. Dibandingkan dengan para penganut aliran realisme hukum yang lain, sikap skeptis terhadap

507 Ibid., hlm. 67-68.

508 Ibid., hlm. 69.

509 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 170.

fakta ini sangat kental terlihat pada **Jerome Frank**. Menurut **Frank**, meskipun aturan hukum juga tidak pasti (*uncertain*), tetapi unsur kepastiannya masih ada walaupun sedikit, tetapi fakta hukum sangat tidak pasti. Karena itu, banyak teori dan analisis hukum dilakukan dengan sangat berjarak dan adanya *gap* dengan fakta aktual yang terjadi di lapangan. Menurut **Jerome Frank**, penelitian terhadap fakta di lapangan banyak terdistorsi oleh faktor-faktor yang sering kali tidak terdeteksi, padahal putusan, kaidah, dan teori hukum selalu didasarkan pada fakta yang sudah sangat terdistorsi⁵¹⁰.

Di pengadilan ada dua tingkat distorsi terhadap fakta lapangan, yaitu: **Pertama**, oleh saksi, yang memberi kesaksian apa yang dipikirkannya sebagai fakta, yang sebenarnya merupakan persepsi personalitasnya, yang sangat dipengaruhi oleh latar belakang pendidikan, politik, sosial, ekonomi, pengalaman, kemampuan, kematangan berpikir, dan masih banyak faktor lain lagi; Kedua, oleh hakim (dan *jury*) yang kurang lebih juga mirip dengan terdistorsi fakta oleh saksi⁵¹¹.

Ketika fakta (dan hukum) tidak pasti dan pada prinsipnya tidak terbatas, maka putusan, norma dan analisis hukum menjadi tidak pasti pula dan tidak pernah dapat diprediksi. Dalam sistem pengadilan mana pun, menghilangkan bahkan meminimalkan pendistorsian fakta tidak pernah berhasil dilakukan, bahkan sering kali tidak pernah terpikirkan sama sekali, meskipun hal tersebut sebenarnya bukannya tidak dapat diperbaiki, minimal dapat di minimalisasi⁵¹².

2. Realisme Hukum Skandinavia

Selain dari aliran realisme hukum yang berasal dari Amerika Serikat, terdapat juga aliran realisme hukum dari Skandinavia. Meskipun namanya sama, sebenarnya tidak memiliki keterkaitan dengan aliran

510 Munir Fuady, *Filsafat dan Teori Hukum Postmodern...*, Op.Cit., hlm. 73.

511 Ibid.

512 Ibid, hlm. 73-74.

realisme hukum dari Amerika Serikat. Diantara keduanya memiliki prinsip, metode dan pendekatan yang sangat berbeda.

Bahkan dapat dikatakan bahwa aliran realisme Skandinavia mempunyai pandangan yang lebih empirikal dari aliran realisme hukum dari Amerika Serikat. Di satu pihak aliran realisme hukum Skandinavia dengan tegas menolak metafisika hukum dengan membela nilai-nilai yang dapat diverifikasi secara ilmiah atas gejala-gejala hukum yang faktual. Akan tetapi di lain pihak, aliran realisme Skandinavia ini juga menolak ajaran positivisme hukum dari John Austin yang dibahasakan sebagai *“it is pure despotism which serves as a model for the theory because the sovereign is not subject to any law”*⁵¹³.

Salah satu nama yang paling disebut dalam aliran ini adalah **Axel Hagerstrom** (1868-1939), seorang ahli filsafat praktis dari Swedia yang menjadi profesor di Universitas of Uppsala. Begitu juga **Alf Ross** (1899-1979) seorang filsuf yang berasal dari Denmark sekaligus guru besar di University of Copenhagen. Keduanya, bersama dengan beberapa yang lain, semisal **Karl Olivecrona** (1897-1980) dan **Anders Vilhelm Lundstedt** (1882-1958) yang membawa pemikiran vital dalam pemikiran filosofisnya untuk menghancurkan gangguan akibat pengaruh pendekatan metafisik atas pemikiran saintifik keilmuan termasuk hukum⁵¹⁴.

Pendekatan realisme hukum Skandinavia lebih berbau empiris dan psikologis, yang lebih berfokus kepada bagian psikologis dari seorang individu, terutama individu-individu yang berkaitan dengan berbagai macam tindakan yudisial. Oleh karena dalam perspektif skandinavian *legal realism* ini menempatkan *human beings* atau faktor manusia sebagai *“knowing instrument”* yang memiliki pengetahuan untuk mengoperasikan mesin hukum. Satu sisi, ini memang mendekatkan

513 Jes Bjarup, 2003, *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism*, *Ratio Jurist*, Vol. 18, March, hlm. 6-7.

514 *Ibid.*, hlm 1-2.

ke *positivism* yang melihat posisi manusia dan pengetahuan serta otoritasnya, namun bagi aliran ini ditambahkan dengan kondisi psikologis yang memiliki pengaruh pada kesadaran sosial dan behaviour yang memadai sebagai efek dari memelihara aturan dan mesin hukum tetap bisa berjalan⁵¹⁵.

Hal yang kurang lebih sama juga dijelaskan oleh **Safrin Salam** dengan penjelasan sebagai berikut:

“Ciri pendekatan dalam realisme hukum Skandinavia lebih dipengaruhi oleh pendekatan psikologis. Fokus perhatian aliran ini tidak seperti di Amerika yang mempersoalkan praktik hukum para pejabat hukum nya tetapi perilaku orang-orang yang berada di bawah hukum. Oleh sebab itu, ilmu psikologi banyak dimanfaatkan guna menjelaskan fenomena hukum. Pendekatan yang bersifat psikologis ini diberikan terhadap objek yang bersifat faktual semata⁵¹⁶”.

Itu sebabnya, menyambung ke apa yang sudah disampaikan di atas, aliran ini mencoba menyingkirkan pendekatan metafisika oleh karena konsep hukum seperti validasi hukum, eksistensi hak dan kewajiban hukum termasuk konsep keberadaan dan lain-lain sebagainya, merupakan gagasan-gagasan imajiner dan *metafisik*. Aliran ini menaruh perhatian yang kuat pada prakiraan-prakiraan terhadap setiap tindakan yudisial, yang didorong oleh alasan-alasan psikologis yang tidak faktual, di mana tindakan yang yudisial akan berpengaruh pada setiap orang.⁵¹⁷

Johan Strang membagi menjadi dua generasi dari pemikiran ini meskipun sebenarnya adalah pengembangan antara generasi pertama dan generasi kedua. Generasi pertama misalnya oleh **Lundstet**

515 Ibid., hlm. 9.

516 Safrin Salam, (et.al), 2020, Perkembangan Filsafat Hukum Kontemporer, Zifatama Jawara, Sidoarjo, hlm. 27

517 Ibid., hlm 28.

dan **Olivercrona** yang memulai revolusi dalam yurisprudensi yang mengubah hukum menjadi kendaraan untuk politik dan reformasi sosial, sehingga generasi kedua oleh **Alf Ross** dan **Ingemar Hadenius** yang lebih mencoba menepikan keradikalan generasi pertama⁵¹⁸.

G. Critical Legal Studies

Terdapat beragam tanggapan mengenai apa yang telah dihasilkan oleh hukum itu sendiri. Ada kalanya bahwa hukum justru menimbulkan lebih banyak keburukan dari pada kemanfaatannya. Pendapat yang negatif itu dilatarbelakangi oleh 'seringnya' hukum gagal mewujudkan keadilan (secara maksimal), atau (dalam minimalnya) untuk sekedar menegakkan ketertiban. Poin 'kegagalan hukum' tersebut juga dipengaruhi oleh betapa kompleksnya kehidupan manusia yang semakin berkembang, sehingga terkadang ada suatu titik di mana hukum dipandang tidak dapat lagi memenuhi kebutuhan perkembangan manusia. Dengan fakta bahwa hukum juga sering kali terjebak dalam kekuasaan, maka kenyataan tersebutlah yang menjadi sorotan utama para pemikir studi hukum kritis (*Critical Legal Studies*).

Sebenarnya ada konteks yang melahirkan gerakan *Critical Legal Studies* yakni keadilan politik dan kondisi kritis serta radikal yang mulai menjamur di tahun 1960-an. Di berbagai bidang, mengalami kritik termasuk di wilayah hukum yang makin lama makin dianggap mengalami tradisi dominan dari hukum yang ortodok dalam bentuk tradisi hukum tertulis yang kaku. Apalagi makin terlihat adanya kesenjangan antara hukum dalam teori (*law in books*) dengan hukum dalam kenyataan (*law in action*), sehingga hukum dianggap gagal menjawab problem yang ada di masyarakat. hukum dalam merespons masalah-masalah yang terjadi dalam masyarakat.

518 Johan Strang, 2009, Two Generations of Scandinavian Legal Realist, Retfard Argang 32, hlm. 1

Gerakan *Critical Legal Studies* ini mulai menguat di tahun 1970-an khususnya pasca konferensi tentang *Critical Legal Studies* di Amerika Serikat. Pada konferensi *Critical Legal Studies* tahun 1974 tersebut, diundang para ahli hukum untuk membicarakan pendekatan yang kritis terhadap hukum dan karenanya dianggap sebagai peletakan batu pertama bagi lahirnya gerakan *Critical Legal Studies* tersebut dilakukan oleh suatu *organizing committee* yang beranggotakan para ahli hukum: **Abel, Heller, Horwitz, Kennedy, Macaulay, Rosenblatt, Trubek, Tushnet dan Unger**⁵¹⁹.

Meskipun dapat dikatakan bahwa aliran *Critical Legal Studies* lahir di Amerika Serikat, tetapi aliran ini juga memiliki cukup banyak pengikut dan berkembang secara pesat di beberapa negara lainnya⁵²⁰. Di Inggris misalnya, aliran *Critical Legal Studies* ini berkembang pesat dan bahkan lebih bervariasi dari yang terdapat di Amerika. Satu dan lain hal dikarenakan Inggris khususnya, dan Eropa umumnya, mengembangkan aliran *Critical Legal Studies* ini dari sumber-sumber yang lebih banyak, selain dari sumbernya yang di ada di Amerika. Sumber lain yang digunakan di Inggris yaitu *Marxism, Feminism*, aliran Frankfurt, dan *critical social theory*. Hal ini yang menyebabkan *Critical Legal Studies* dapat dianggap bentuk yang lebih memperlebar dan jauh lebih mengelaborasi pendekatan yang sudah dibawa oleh *American Legal Realist*⁵²¹.

Akan tetapi, terkhusus aliran *Critical Legal Studies* yang ada di Eropa dapat dibedakan dua golongan sebagai berikut : **Pertama**, golongan yang sangat memihak dan dipengaruhi oleh aliran Frankfurt; **Kedua**, Golongan seperti yang diajarkan oleh **Jurgen Habermas**, yang mencoba memposisikan suatu nilai yang “matang” (*mature value*) yang secara moral merupakan nilai tertinggi. Sebagaimana diketahui

519 Munir Fuady, Aliran Hukum Kritis...Op.Cit., hlm. 3-4.

520 Beberapa penulis menganalisis hal ini, salah satu diantaranya adalah Peter Fitzpatrick dan Alan Hunt, *Critical Legal Studies*, Oxford, Blackwell, 1987.

521 Brian Bix, *Jurisprudence ...*, Op.Cit., hlm. 182.

bahwa aliran *Critical Legal Studies* belum secara eksplisit mengkritik persoalan moral, sampai dengan munculnya gerakan-gerakan *critical feminism*, yang merupakan generasi kedua dari aliran *Critical Legal Studies*.

Oleh karena *Critical Legal Studies* merupakan kelanjutan dari aliran hukum realisme Amerika⁵²², akibatnya kritisisme terhadap hukum menjadi poin utama yang dituliskan dalam tema-tema tulisan *Critical Legal Studies*, misalnya; *the political nature of law (law as ideology)*, *the radical indeterminacy of law*, dan berbagai isu lainnya hingga upaya untuk memasukkan ide-ide filsuf dan pemikir sosial kontemporer Eropa ke dalam cara berfikir *Critical Legal Studies*⁵²³. Aliran *Critical Legal Studies* sangat mudah untuk dilihat terpengaruh orientasi “*neo marxist*”, sebab *Critical Legal Studies* berbicara atas adanya suatu “*ruling class*” yang menggunakan dan menafsirkan hukum menurut kepentingannya, meskipun pada awalnya, boleh jadi hukum didesain secara netral⁵²⁴. *Critical Legal Studies* sendiri menginginkan pendekatan yang berbeda terhadap pembentukan, penggunaan dan penafsiran hukum.

Selama ini *Critical Legal Studies* telah menjadi aliran teoretis, yang menantang dan menjungkirbalikkan pandangan tentang norma dan standar penalaran dalam teori dan praktik hukum. Perkembangan realisme hukum memang telah mengkritisi positivisme (Eropa), yang cenderung dogmatis dan mengabaikan dinamika realitas sosial. Para pemimpin *Critical Legal Studies* ini percaya bahwa logika dan struktur hukum adalah hasil dari relasi kekuasaan dalam masyarakat, sehingga mirip dengan pandangan **Marx** (hukum adalah produk dari

522 Muchamad Ali Safa'at dalam Dyah Silvana Amalia & Hananto Widodo, “Critical Legal Studies Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia” dalam Muchamad Ali Safa'at, (ed), Anotasi Pemikiran Hukum (Dalam Perspektif Filsafat Hukum), (Malang: UB Press, 2014), hlm. 286.

523 Misalnya memasukkan pemikiran-pemikiran dari Jacques Derrida, Michael Foucault, Antonio Gramsci, Jurgen Habermas, Ludwig Wittgenstein, Karl Marx dan Jacques Lacan. Lebih lanjut lihat Brian Bix, *Jurisprudence*, Op.Cit., hlm. 182.

524 Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis...Op.Cit.*, hlm. 5.

suprastruktur) serta **Foucault** (kebenaran itu bukan dicari, tetapi dibuat oleh kekuasaan). Tak dapat dipungkiri juga bahwa undang-undang cenderung melayani kepentingan partai politik atau kelas penguasa dan orang-orang yang menjadi anggotanya, sehingga merupakan seperangkat norma yang melegitimasi ketidakadilan yang terus berlanjut di masyarakat⁵²⁵.

Menurut **Peter Fitzpatrick** dan **Alan Hunt** dalam *Critical Legal Studies*, terdapat beberapa karakteristik dari aliran *Critical Legal Studies*, yakni: **Pertama**, mengkritik hukum yang berlaku, yang nyatanya memihak ke politik dan sama sekali tidak netral; **Kedua**, mengkritik hukum yang sarat dan dominan dengan suatu ideologi tertentu; **Ketiga**, mempunyai komitmen yang besar terhadap kebebasan individual dengan batasan-batasan tertentu; **Keempat**, kurang mempercayai bentuk-bentuk kebenaran yang abstrak, dan menolak pengetahuan yang benar-benar objektif, sehingga aliran ini menolak ajaran dalam aliran positivisme hukum; **Kelima**, menolak perbedaan antara teori dan praktik serta menolak perbedaan antara *fact* dan *value* – yang tak lain merupakan paham liberal. Ditambah lagi, aliran ini juga menolak *pure theory*, tetapi menekankan kepada teori yang memiliki daya pengaruh terhadap transformasi sosial yang praktis (*practical social transformation*)⁵²⁶. Analisis dasar yang dijadikan kritikan dari kaum penganjur Gerakan *Critical Legal Studies* pada awal-awal perkembangannya ialah tentang perbedaan antara Moral, pengetahuan yang ilmiah (*scientific knowledge*) Fakta (*fact*) dan nilai (*value*); Alasan (*reason*) dan keinginan (*desire*).

Critical Legal Studies menolak anggapan bahwa aturan hukum dapat menyelesaikan kasus, sebab aturan yang sama dapat dimanipulasi sedemikian rupa sehingga dapat menghasilkan putusan yang berbeda-beda, padahal menangani kasus yang sama. Semisal dalam hal ini terdapat larangan untuk “jangan berbuat jahat” – aturan larangan

525 Budiono Kusumohamidjojo, *Teori Hukum: Dilema...Op.Cit.*, hlm. 355.

526 Peter Fitzpatrick & Alan Hunt, *Critical Legal Studies*, Op.Cit., hlm. 190.

ini tidaklah memiliki arti karena untuk menafsirkan “perbuatan jahat” dapat bersifat sangat subjektif dan individual. Selain itu, *Critical Legal Studies* juga menolak paham liberalisme. Bagi para penganutnya, hukum adalah praktik untuk mempertahankan liberalisme – yang justru malah menyuburkan dominasi dan hierarki dalam masyarakat dan negara, yang nantinya akan mengakibatkan rusaknya moral individu dan kehidupan politik modern. Dalam *Critical Legal Studies*, apa yang determinan untuk menyelesaikan kasus ialah interpertasi hakim.

Disamping itu, pada prinsipnya *Critical Legal Studies* menolak anggapan ahli hukum tradisional yang mengatakan bahwa : **Pertama**, hukum itu objektif. Artinya, kenyataan merupakan tempat berpijaknya hukum. **Kedua**, hukum itu sudah tertentu. Artinya hukum menyediakan jawaban yang pasti dan dapat dimengerti. **Ketiga**, hukum itu netral. Artinya, tidak memihak ke pihak tertentu. **Keempat**, hukum itu otonom. Tidak dipengaruhi oleh politik ataupun ilmu-ilmu lain⁵²⁷.

Disamping menolak anggapan diatas, para penganut *Critical Legal Studies* juga mengajukan pandangannya sebagai berikut : **Pertama**, hukum mencari legitimasi yang salah. **Kedua**, hukum mencari legitimasi dengan cara yang salah, yaitu dengan jalan mistifikasi dan cenderung menggunakan bahasa serta analogi yang berbelit-belit, untuk membenarkan dasar hukum itu sendiri. **Ketiga**, hukum dibelenggu oleh kontradiksi. Hukum bisa berorientasi pada kekuasaan. Dengan undang-undang seperti itu, akan muncul “pilihlah pihakmu, tapi jangan berpura-pura objektif”. Misalnya, dalam kasus ini, hakim akan mendampingi pihak yang lebih kuat dan otomatis menekan pihak lain.

Keempat, tidak ada yang namanya prinsip-prinsip dasar dalam hukum. Ahli hukum tradisional percaya bahwa prinsip dasar hukum apa pun adalah “pemikiran rasional”. Namun menurut pendukung *Critical Legal*

527 Munir Fuady, 2011, *Teori-Teori dalam Sosiologi Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 45.

Studies, pemikiran rasional juga merupakan penciptaan masyarakat dan pengakuan kekuasaan. Oleh karena itu, kesimpulan hukum yang efektif tidak dapat ditarik melalui sarana deduktif atau verifikasi empiris. **Kelima**, hukum tidak netral. Para pendukung *Critical Legal Studies* percaya bahwa hukum tidak netral, sedangkan hakim hanya berpura-pura atau secara naif meyakini bahwa dia membuat keputusan yang netral dan adil berdasarkan hukum, yurisprudensi, atau prinsip keadilan. Padahal, mereka selalu bias dan selalu dipengaruhi oleh ideologi, legitimasi dan misteri untuk memperkuat kelas yang lebih dominan⁵²⁸.

Bagi penganut aliran *Critical Legal Studies*, diantara seluruh dinamika hukum yang melingkupi masyarakat, peran yang paling netral sebenarnya jatuh ke tangan para hakim. Namun “peran netral” ini sering terdistorsi dengan anggapan bahwa hakim hanya bersifat naif atau “pura-pura” netral, karena mendasarkan putusannya kepada hukum yang telah ada (semisal undang-undang). Oleh kacamata penganut aliran *Critical Legal Studies*, hal ini dianggap sebagai suatu ketidaknetralan juga. Sifat “tidak netral” hakim yang disoroti oleh penganut *Critical Legal Studies*, selalu dirasakan di negara-negara dengan tradisi Eropa Kontinental, terkhusus di negara-negara yang bertradisi Anglo-Saxon. Di negara-negara Anglo-Saxon, peranan hakim sangat penting (sistem *precedent* atau yurisprudensi). Sebagaimana yang kita tahu, di negara Anglo-Saxon, hakim tidak hanya menerapkan hukum, melainkan juga membuat hukum baru.

Pada saat yang sama, aliran *Critical Legal Studies* juga turut mengkritik undang-undang, doktrin, metode, prinsip, teori, dan kaidah hukum, yang dianggap sebagai produk hukum yang sarat dengan kepentingan penguasa, kepentingan golongan mayoritas dan sangat bersifat *bourgeois*⁵²⁹. Menurut **Ifdhal Kasim**, setidaknya terdapat tiga varian dari aliran *Critical Legal Studies*, yakni sebagai berikut :

528 Ibid, hlm. 45-47.

529 Ibid, hlm. 48.

“... paling tidak terdapat tiga varian utama dalam arus pemikiran *Critical Legal Studies*. Yang pertama adalah arus pemikiran yang diwakili oleh **Roberto Mangabeira Unger** yang mencoba mengintegrasikan dua paradigma yang saling bersaing, yakni antara paradigma konflik dan paradigma konsensus. Yang kedua adalah arus pemikiran yang diwakili oleh **David Kairys**, yang mewarisi tradisi pemikiran hukum **Marxis** terhadap hukum liberal yang hanya dianggap melayani sistem kapitalisme. Yang terakhir, arus pemikiran yang diwakili oleh **Duncan Kennedy** yang menggunakan metode eklektis yang membaurkan sekaligus perspektif strukturalis, fenomenologis dan neo-marxis. Meskipun beragam dalam hal sumber-sumber intelektual dan orientasi politisnya, mereka dipersatukan oleh ketidakpuasan dan kritik-kritik mereka yang mendasar terhadap paradigma hukum liberal (*liberal legalism*), yang menurut mereka ‘incoherent’, ‘internally inconsistent’ dan ‘self-contradictory’⁵³⁰.

Pendapat milik **Kennedy** ini juga linear dengan pendapat yang dikatakan oleh **Unger** : “*inability to arrive at a coherent understanding of the relations between rules and values in social life*”⁵³¹. Sesuai dengan yang dikatakan oleh **Roberto Mangabeira Unger**, aliran *Critical Legal Studies* secara jelas mengkritik dua hal, yakni : kritik terhadap formalisme dan objektivisme.⁵³² Kemudian, di dalam karya **Unger** yang berjudul *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task*, **Unger** memaparkan suatu model konstruksionis untuk menentang nilai-nilai yang tercantum dalam seluruh instrumen hukum. Ia mengusulkan suatu penataan hukum dan masyarakat untuk meniadakan dominasi dan hierarki.

530 Ihdhal Kasim, 2000, “Mempertimbangkan ‘Critical Legal Studies’ dalam Kajian Hukum di Indonesia”, Wacana: Jurnal Ilmu Sosial Transformatif, hlm. 24.

531 Roberto Mangabeira Unger, 1975, *Knowledge and Politics*, (New York: Free Press, 1975)hlm. 63.

532 Roberto Mangabeira Unger, 1986, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task*, (New York: Verso Books, hlm. 1.

Mangabeira Unger, yang mengikuti pemahaman **Marx**, percaya bahwa hukum selalu menjadi bulan-bulanan, ketika masyarakat memperebutkan kekuasaan. Oleh karena itu, hukum dan politik bukan hanya tidak dapat dipisahkan, tetapi hukum pada akhirnya adalah perwujudan politik, sehingga tidak ada titik netral sama sekali. Menurut pemikir *Critical Legal Studies*, “hukum adalah politik”. Selain itu, *Critical Legal Studies* juga meyakini bahwa keputusan hukum adalah suatu bentuk formalitas dari keputusan politik. Meskipun tindakan politik dan tindakan hukum beroperasi secara independen. *Critical Legal Studies* memahami situasi yang disebabkan oleh konstruksi dan pelestarian ruang sosial, yang tunduk pada hegemoni berdasarkan positivisme hukum⁵³³.

Critical Legal Studies juga menyanggah positivisme hukum yang menyatakan bahwa hukum dan politik itu bisa dipisahkan satu dari yang lain. Dengan tesis utama mereka yang mengatakan bahwa hukum itu tidak netral, maka penganut aliran *Critical Legal Studies* menolak anggapan **Kelsen** mengenai teori hukum murni.

Budiono Kusumohamidjojo menyatakan,

“... para penganut aliran CLS memiliki tujuan untuk membongkar struktur dominasi itu dan menggunakan hukum sebagai instrumen untuk mencapai tujuannya. Dalam kerangka itu mereka hendak mencari akar dari masalahnya dalam hubungan antar-subjek di bidang politik dan kebudayaan. Mereka heran bahwa orang banyak yang termarginalkan secara struktural itu bisa membiarkan diri tunduk pada tatanan kelembagaan dan nilai-nilai yang menindasnya secara terus-menerus. Menurut mereka, jawaban sementara terletak dalam penjelasan, bahwa pertama, hukum itu dapat dipahami sebagai suatu bentuk realisasi ideologis, dan kedua, bahwa ideologi hukum itu berperan penting dalam proses reproduksi sistemik yang menghasilkan penghambatan orang banyak⁵³⁴”.

533 Budiono Kusumohamidjojo, Teori Hukum: Dilema...Op.Cit., hlm. 355-356.

534 Ibid.

Masih mengutip **Unger, Budiono Kusumohamidjojo** kemudian menjelaskan

*“Untuk **Mangabeira-Unger**, hukum modern itu terjebak dalam formalisme yang menghasilkan doktrin yang tertutup, serta dalam objektivisme sebagaimana dirumuskan dalam produk-produk hukum (legislasi maupun keputusan pengadilan), kasus-kasus dan bahkan juga dalam gagasan-gagasan hukum yang pada akhirnya membakukan suatu tatanan moral sosial. Formalisme dan objektivisme itu dicurigai sebagai sumber dari kemunafikan hukum yang sering kita saksikan: pembuat hukum itu mengatakan lain dan pelaksana hukum berbuat lain lagi. jauh lebih dari yang diduga, hukum itu bukannya melindungi kepentingan dari kaum miskin dan kaum marjinal (perempuan, etnik minoritas, buruh, orang-orang cacat, LGBT, dsb) seperti yang sering dikatakan, dan sebaliknya malahan lebih cenderung melayani kepentingan kaum kaya dan berkuasa. Masalahnya adalah, Studi Kritik Hukum harus juga menyediakan alternatif hukum yang jelas untuk masyarakat masa depan, dan tidak sekadar menantang serta meruntuhkan ortodoksi hukum yang masih berlaku⁵³⁵”.*

Criticism yang dibuka oleh *Critical Legal Studies* memang masih jauh dari selesai, dan **Mangabeira-Unger** sempat menyatakan : *“Critical Legal Studies has long ceased to exist as an organized movement”*. Tetapi dia juga yakin bahwa dengan *criticism* seperti ini, orang sudah tidak bisa lagi menutup mata untuk masalah yang dilontarkannya. Analisis hukum seperti yang diajarkan di fakultas-fakultas hukum Amerika di masa itu (2014) adalah satu-satunya disiplin yang tidak dikendalikan oleh metode dan konsepsi yang konservatif dan ortodoks, dan dia hendak melihat kegiatan itu juga dilakukan di bagian-bagian lain dunia, dengan satu tujuan mulia: *‘the humanization of the inevitable’⁵³⁶*”.

535 Ibid.

536 Ibid., hlm. 358.



BAB VII

TEORI HUKUM KONTEMPORER

Teori adalah hasil pemikiran yang tidak akan musnah dan hilang begitu saja ketika ilmu lain muncul

Mengawali bab ini, Kami mengutip pernyataan **Imre Lakatos** sebagaimana yang telah diulas dalam Bab II buku ini. Perdebatan tentang hukum dalam berbagai perspektif melahirkan begitu banyak teori dan konsep. Tentunya tidak semua konsep dan teori hukum yang ada akan dibahas dalam bab ini, melainkan hanya beberapa teori yang mengemuka. **Pertama**, teori keadilan dari **John Rawls**. **Kedua**, teori hukum feminis. **Ketiga**, teori negara minimal **Robert Nozick**. **Keempat**, teori hak **Ronald Dworkin**, **Kelima**, teori hukum masyarakat prismatic. **Keenam**, teori pendekatan ekonomi terhadap hukum. **Ketujuh**, teori perilaku hukum **Donald Black**. **Kedelapan**, teori pluralisme hukum.

A. Teori Keadilan John Rawls

Keadilan merupakan fokus utama dari setiap sistem hukum dan keadilan tidak dapat begitu saja dikorbankan, seperti dikatakan oleh **John Rawls** (1921-2002) di dalam bukunya "*A Theory of Justice*" yang terbit pertama kali tahun 1971. Teori mengenai keadilan menurut **Rawls** mencoba memadukan konsep liberal tentang kewajiban politik dengan konsep redistribusi tentang keadilan sosial. Bagi **Rawls**, konsep yang ia tawarkan berdiri di atas unsur-unsur mendasar utama yakni ; **Pertama**, kontrak sosial. Kontrak yang ia maksudkan adalah tidak terang-terangan dan juga tidak diam-diam, melainkan suatu bangunan hipotetis menentukan keadilan dalam konteks tatanan untuk mewujudkan tujuan keadilan dalam suatu negara. Pada konsep ini kelihatannya **Rawls** menggabungkan teori dari **Hobbes**, **Locke** dan **Rousseau**.

Kedua, posisi asal. Sesuatu yang menjadi semacam ide tatanan adil yang merupakan bentukan kondisi sosial aktual yang berkorelasi dengan rasionalitas bagi adanya tatanan sosial yang dapat diterima oleh semua orang. Di sini, Rawls kelihatannya menggunakan konsep imperatif kategoris ala **Kant**. Hal itu dijelaskan lebih dalam oleh **Karen Lebacqz** bahwa "*Keadilan sebagai fairness*" milik **Rawls** berakar di dua tempat : teori kontrak sosial **Locke** dan **Rousseau**, dan deontologi

Kant. Ide dasarnya sangatlah sederhana, meski cara kerja teorinya sangat kompleks. Tujuan **Rawls** adalah menggunakan konsep kontrak sosial untuk memberikan interpertasi prosedural bagi konsep **Kant** mengenai pilihan otonom sebagai basis prinsip etika. Prinsip-prinsip bagi keadilan (dan filsafat moral umumnya) adalah hasil dari pilihan-pilihan rasional⁵³⁷. Keduanya, bertumpu pada paham individualisme dengan menambahkan dua prinsip pokok (*complementary principles*) dalam perspektif tentang masyarakat yang berkeadilan⁵³⁸.

Pada titik itulah **John Rawls** menawarkan konsep keadilan sebagai *fairness*. Dalam *A Theory of Justice* ia mengemukakan dua prinsip keadilan sebagai berikut; *First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.*⁵³⁹

Teori keadilan **Rawls** menggunakan struktur dasar masyarakat sebagai subjek utamanya. Dalam struktur masyarakat itu sudah terkandung berbagai posisi sosial. Dalam kesamaan posisi asal antara wakil dan

537 Karen Lebacqz, 1986, *Six Theories of Justice*, Indianapolis: Augsburg Publishing House diterjemahkan oleh Yudi Santoso, Penerbit Nusa Media, Bandung, hlm. 50. Bandingkan juga analisis bahwa Teori keadilan dari John Rawls tersebut sangat berorientasi pada ajaran-ajaran dari Immanuel Kant. Konsep dari John Rawls, justice as fairness bila ditelusuri lebih jauh sebenarnya juga berasal dari Aristoteles, yaitu ajaran tentang teori keadilan distributif dan keadilan kumulatif. Ketika John Rawls menyatakan bahwa teori keadilan merupakan teori tentang sentimen moral, jelas bahwa sebenarnya teori keadilan dari John Rawls tersebut sangat bersifat psikologis. Di samping itu, dengan menyatakan justice as fairness, apa sebenarnya yang disebut "fairness" itu? Menurut John Rawls, fairness merupakan masalah moralitas manusia, sehingga teori keadilan dari John Rawls sebenarnya juga tidak dapat dipisahkan dengan masalah moral. Lebih lanjut lihat: Salle, 2018, *Urgensi Kemandirian Kekuasaan Kehakiman*, CV. Social Politic Genius, Makassar, hlm. 51-52.

538 John Rawls, 1971, *A Theory Of Justice (Revised Edition)*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, hlm. 10.

539 John Rawls, *Ibid.*, hlm. 53

mereka yang diwakili dengan menetapkan syarat-syarat fundamental. Dari sini terjalin ikatan antara mereka sebut saja sebagai kontrak sosial, semisal untuk menetapkan bentuk kerjasama sosial yang akan mereka masuki dan bentuk pemerintahan yang akan didirikan.

Dari pandangan **John Rawls**, terlihat bahwa nilai keadilan tidak boleh ditawar dan harus diwujudkan ke dalam masyarakat tanpa harus mengorbankan kepentingan masyarakat lainnya, meskipun seandainya jika hal tersebut diperlukan untuk menghindari ketidakadilan yang lebih besar. Prinsip keadilan menurut **John Rawls** adalah terpenuhinya hak yang sama terhadap kebebasan dasar (*equal liberties*). Perbedaan ekonomi dan sosial harus diatur sehingga akan terjadi kondisi yang positif yaitu terciptanya keuntungan maksimum yang *reasonable* untuk setiap orang termasuk bagi pihak yang lemah (*maximum minimorum*), sehingga menciptakan apa yang namanya keadilan bagi semua orang⁵⁴⁰.

Lebih lanjut dalam soal perspektif yang dibangun oleh **Rawls**, dapat juga dianalisis dalam konsep sebagai berikut :

“Rawls yang dipandang sebagai perspektif “liberal-egalitarian of social justice”, berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (social institutions). Akan tetapi, kebajikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau menggugat rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan. Khususnya masyarakat lemah pencari keadilan. Secara spesifik, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaannya yang dikenal dengan “posisi asli” (original position) dan “selubung ketidaktahuan” (veil of ignorance) ⁵⁴¹.”

540 Ibid.

541 Pan Mohammad Faiz, “Teori Keadilan John Rawls”, Jurnal Konstitusi, Vol. 6, No. 1, hlm. 140.

Dalam pandangan **John Rawls** terhadap konsep “posisi asli” terdapat prinsip-prinsip keadilan yang utama, di antaranya prinsip persamaan, yakni setiap orang sama atas kebebasan yang bersifat universal, hakiki dan kompatibel, serta ketidaksamaan atas kebutuhan sosial dan ekonomi pada diri masing-masing individu⁵⁴². Sementara konsep “selubung ketidaktahuan” diterjemahkan oleh Rawls, bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang.⁵⁴³

Lebacqz yang menganalisa pemikiran **Rawls**, mengartikan selubung ketidaktahuan sebagai :

“... setiap pihak yang memilih prinsip-prinsip keadilan tidak memiliki jenis pengetahuan tertentu yang dapat membuat proses tawar-menawar berjalan tidak adil. Mereka tidak tahu posisi apa yang mereka pegang di masyarakat, tidak juga tujuan khusus atau rencana-hidup mereka sendiri. Mereka tidak tahu masyarakat bagaimana yang mereka tinggali, atau generasi apakah mereka itu. Sedangkan jenis-jenis pengetahuan khusus, sebaliknya, selalu memungkinkan seseorang untuk menyimpangkan prinsip-prinsip yang ada, sesuka hatinya. Ini jelas tidak adil, sehingga mungkin memang harus ada selubung ketidaktahuan adekuat yang dapat menghilangkan kemungkinan seperti itu⁵⁴⁴.”

Dalam analisa selanjutnya, **Lebacqz** menyebutkan karakter dari bangunan pemikiran **Rawls** bahwa:

542 Abdul Rahman Nur, 2018, Teori Dasar Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat, Spasi Media, Jakarta, hlm. 34-35.

543 John Rawls, A Theory of Justice, (London: Oxford University Press, 1971) diterjemahkan oleh Uzair Fauzan & Heru Prasetyo, 2006, Teori Keadilan, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 90.

544 Karen Lebacqz, Six Theories of Justice...Op.Cit., hlm. 51.

“Kalau begitu, yang diketahui setiap orang hanya dua hal saja. **Pertama**, masyarakat mereka akan menjadi fokus bagi ‘kondisi-kondisi keadilan’. Artinya, masyarakat dikarakterisasi oleh konflik yang sama besarnya dikarakterisasi kerja sama, di mana kerja sama harus bisa dilakukan dan menguntungkan. Mengikuti garis argumentasi Hume, Rawls berpendapat bahwa kondisi bagi keadilan tercapai ‘jika pribadi-pribadi yang sama-sama tidak berkepentingan mengemukakan klaim-klaim yang bertentangan mengenai pembagian keuntungan sosial di dalam kondisi kelangkaan yang moderat. Masalah keadilan, kalau begitu, muncul jika terjadi situasi kelangkaan dan konflik kepentingan⁵⁴⁵. **Kedua**, mereka harus mengetahui sesuatu yang berkaitan dengan teori ekonomi, pengorganisasian masyarakat dan psikologis manusia. Singkatnya, mereka harus memiliki pengetahuan yang cukup tentang masyarakat manusia untuk sanggup melakukan sejumlah prediksi tentang kemungkinan prinsip-prinsip yang dipilih benar-benar melekat tanpa harus dipaksakan atau ‘melukai komitmen’. Selain itu, setiap orang harus sama-sama tidak berkepentingan. Artinya, mereka tidak memiliki kepentingan tertentu terhadap maksud dan tujuan setiap dari mereka satu sama lain, apapun bentuknya. Mereka harus rasional, mengetahui bahwa mereka menginginkan lebih banyak kebaikan hidup yang utama, jika memungkinkan. Dan mereka tidak ‘iri hati’ – artinya, mereka lebih suka memperoleh kebaikan-kebaikan utama meskipun jika orang lain memperoleh lebih banyak kebaikan ketimbang dirinya⁵⁴⁶.”

Guna menjawab pertanyaan “bagaimana mungkin masyarakat membuat kontrak dengan rasional dan bebas?”. Jawaban **Rawls** atas pertanyaan tersebut yang kontroversial adalah ; isolasikan mereka dari segala informasi dengan mengandaikan mereka berada di balik cadar ketidaktahuan (*veil of ignorance*). Jadi orang-orang yang dalam *original position* bukanlah orang-orang yang tak mementingkan diri, tapi mereka orang-orang bebas yang rasional yang terisolasi di belakang cadar ketidaktahuan⁵⁴⁷.

545 Ibid.

546 Ibid, hlm. 51-52.

547 Jazim Hamidi, (et.al), Membedah Teori-Teori...Op.Cit., hlm. 213.

Terdapat tiga konsepsi keadilan menurut **Rawls**, yakni: **Pertama**, *maximisation of liberty* (maksimalisasi kebebasan). Kebebasan hanya tunduk pada pembatasan yang dimaksudkan untuk melindungi kebebasan itu sendiri. Konsepsi kebebasan mengakui adanya hak-hak dasar, seperti: hak bebas berbicara dan berorganisasi, hak memilih dan dipilih untuk menduduki jabatan publik, hak kebebasan berpikir, hak untuk memiliki harta benda pribadi, kebebasan dari penangkapan/penahanan secara sewenang-wenang. Hak-hak tersebut tidak boleh dikorbankan atas alasan kepentingan masyarakat atau negara. **Kedua**, *equality for all* (kesetaraan untuk semua). Kebebasan dalam berkehidupan sosial dan dalam distribusi (pembagian) sumber daya sosial (*social goods*), hanya tunduk pada pengecualian bahwa ketidaksetaraan dibolehkan jika hal itu menghasilkan manfaat paling besar bagi mereka yang paling tidak sejahtera dalam masyarakat. **Ketiga**, kesetaraan dalam kesempatan dan penghapusan ketidaksetaraan dalam kesempatan berdasarkan kekayaan dan kelahiran.

Teori keadilan **Rawls** mengakui manusia sebagai *person moral*, yang memiliki sifat rasional, bebas dan sama⁵⁴⁸ namun menurut **Rawls**, sebagai warga, meskipun sebenarnya memiliki sistem persamaan hak ada yang tidak mampu memanfaatkan hak-hak mereka sepenuhnya, karena faktor-faktor seperti ketidaktahuan dan kemiskinan. Dalam rangka mengatasi hal tersebut, **Rawls** menetapkan Asas Perbedaan (*Difference Principle*) dalam teorinya. Dalam *Difference Principle*, **Rawls** tetap mengutamakan distribusi yang merata, namun jika di kemudian hari bahwa terbukti distribusi tersebut mengakibatkan ketimpangan sosial dalam artian yang beruntung semakin beruntung dan tidak beruntung semakin tidak beruntung, penggunaan *Difference Principle* baru digunakan.

Melalui karyanya yang lain, yakni *The Law of People*, **Rawls** menyatakan bahwa ada delapan prinsip keadilan bagi masyarakat bebas dan demokratis, yakni :

548 Andre Ata Ujan, 2001, Keadilan dan Demokrasi Telaah Filsafat Politik John Rawls, Kanisus, Yogyakarta, hlm. 38.

(1) Orang adalah bebas dan merdeka, dan hal tersebut dihargai oleh orang lain; (2) Mematuhi dan melaksanakan perjanjian; (3) Setara dan menjadi pihak dalam persetujuan yang mengikat mereka; (4) Patuh pada suatu kewajiban non-intervensi; (5) Memiliki hak untuk mempertahankan diri tetapi tidak berhak untuk menimbulkan perang lebih dari alasan mempertahankan diri; (6) Menghormati HAM; (7) Mematuhi pembatasan khusus tertentu dalam perang; (8) Berkewajiban untuk membantu manusia lainnya yang hidup dalam kondisi tidak menguntungkan yang mencegah mereka memperoleh keadaan yang patut secara politik dan sosial⁵⁴⁹.

Sebenarnya pola pemikiran **Rawls** sendiri cukup mengkritisi aliran utilitarianisme dengan memunculkan pertanyaan; “*apakah suatu kemanfaatan dan kebahagiaan yang sebesar-besarnya yang berhasil di dapatkan, dalam konteks bermasyarakat secara luas – dapat menjamin distribusi keadilan untuk masing-masing individu yang tergabung dalam masyarakat luas tersebut?*” Jika para penganut utilitarianisme dihadapkan oleh pertanyaan yang sedemikian rupa, maka kemungkinan besar tidak ditemukan jawaban yang pasti, karena hanya berfokus kepada masyarakat secara luas, dan tidak per individual. Belum tentu juga, bahwa kebahagiaan dan kemanfaatan yang diterima oleh masyarakat luas berarti linear dengan kebahagiaan dan kemanfaatan yang diterima oleh masing-masing individu. Bagi **Rawls**, aliran utilitarianisme – terkhusus kepada utilitarianisme individual milik **Bentham**, maka konsep aliran itu hanya mereduksi apa yang dinamakan “keadilan” itu menjadi suatu alat atau utilitas sosial semata, dan utilitarianisme juga tidak memberikan kelanjutan dari konsep keadilan individual.

Apabila mengimplementasikan utilitarianisme individual milik **Bentham**, maka akan muncul kekacauan moral dan ketidakadilan. Solusi dari permasalahan ini adalah dengan memberikan “ukuran kebahagiaan”

549 John Rawls, 1999, *The Law of People*, Cambridge: Harvard University Press, hlm. 37.

melalui hukum. Hukum harus mengusahakan kebahagiaan yang maksimal bagi setiap orang. Hal ini terlihat bahwa keadilan sosial bagi **Rawls** melampaui apa yang menjadi titik berat perjuangan sosialisme dan liberalisme yang digabung menjadi satu⁵⁵⁰.

Jika sosialisme menekankan prinsip kesamaan dalam distribusi, maka liberalisme penekanannya terdapat pada transaksi antar individu. Dengan dua hal diatas, Rawls kemudian merumuskan dua prinsip keadilan sosial⁵⁵¹. Prinsip **pertama**: setiap orang memiliki hak sama sejauh yang dapat dicakup keseluruhan sistem kesamaan kemerdekaan fundamental yang setara bagi kemerdekaan semua warga negara yang lain. Prinsip **kedua**: tak kesamaan sosial dan ekonomi ditata sedemikian hingga keduanya: (a) paling menguntungkan bagi yang paling tertinggal, dan (b) melekat pada posisi-posisi dan jabatan-jabatan terbuka bagi semua di bawah syarat kesamaan kesempatan yang *fair*⁵⁵².

Pada dasarnya **Rawls** berpendapat bahwa menentukan adil dan tidak, bukan didasarkan pada ada manfaat atau tidak ada manfaat dan berapa besar manfaat yang diperoleh. Namun, ditentukan pada prosedur, selama prosedur untuk mencapai suatu hasil dilampaui dengan benar dan tidak terdapat kewajiban yang dilanggar, terlepas bagaimana hasilnya dan ada atau tidak manfaatnya maka keadilan sebenarnya sudah dapat diwujudkan. Adapun dikatakan bahwa prosedur telah dilalui dengan benar jika tidak terdapat diskriminasi hak. Setiap orang diberikan hak yang sama (*equality*) dalam berproses sedangkan masalah hasil akhir yang tidak sama itu bukanlah menjadi penilaian⁵⁵³.

Rawls sendiri mengatakan bahwa “keadilan ialah kesetaraan”, maka yang dimaksudkan oleh **Rawls** adalah “keadilan itu berdasarkan

550 Lihat dalam H.L.A Hart, *The Concept of Law*,... Op.Cit., hlm. 259.

551 Jazim Hamidi, (et.al), *Membedah Teori-Teori*...Op.Cit., hlm. 212.

552 Ibid.

553 John Rawls, *A Theory of Justice*...Op.Cit., hlm. 12-17.

sistem, bukan berdasarkan hasil". Sebagaimana yang diuraikan oleh **Karen Lebacqz**⁵⁵⁴, bahwa prinsip 'keadilan ialah kesetaraan' akan menghasilkan 'keadilan prosedural yang murni'. Di dalam keadilan prosedural yang murni, tidak ada standar yang dapat memutuskan apa yang 'adil' terpisah dari prosedur itu sendiri.

Di dalam analisisnya mengenai hal yang dikonsepsikan oleh **Rawls**, **Budiono Kusumohamidjojo** menambahkan:

*"Kendati demikian, teori **Rawls** mengenai 'justice as fairness' mensyaratkan suatu kondisi masyarakat yang tertib untuk dapat diwujudkan yang disebutnya sebagai 'a well-ordered society', dan bahkan suatu 'a well-ordered society under favorable circumstances', yaitu suatu masyarakat yang jika '...effectively regulated by a share conception of justice, there is also a public understanding as to what is just and unjust*⁵⁵⁵

Rawls sendiri sebenarnya mempersyaratkan suatu masyarakat yang sudah "well-ordered" untuk mencapai apa yang dinamakan "justice as fairness". **Rawls** malahan menegaskan korelasi antara 'justice as fairness' dan 'well-ordered society' sebagai berikut:

*" a well-ordered society as one designed to advance the good of its members and effectively regulated by a public conception of justice. Thus it is a society in which everyone accepts and knows that the others accept the same principles of justice, and the basic social institutions satisfy and are known to satisfy these principles. Now justice as fairness is framed to accord with this idea of society*⁵⁵⁶".

Dalam masyarakat yang disyaratkan oleh **Rawls**, 'justice as fairness' didasarkan pada kebebasan dan nurani individual, pada akhirnya akan

554 Karen Lebacqz, Six Theories of Justice...Op.Cit., hlm. 59.

555 Budiono Kusumohamidjojo, Teori Hukum: Dilema...Op.Cit., hlm. 289.

556 John Rawls, A Theory of Justice...Op.Cit., hlm. 397.

diimpersonalisasikan dalam bentuk institusi-institusi yang adil. Hanya dalam suatu *'well-ordered society'* juga dapat diharapkan tercapainya kesepakatan-kesepakatan sosial⁵⁵⁷. Itu sebabnya, terhadap konsep **Rawls**, banyak diakui karena walaupun berdiri di atas teori liberal, namun pada hakikatnya mencoba mendamaikan cara pandang liberal dan yang lebih sosialistik.

Teori ini bukan tanpa kritik. Salah satunya melalui catatan yang dilakukan oleh **Nozick**. Bagi **Nozick**, kelihatannya **Rawls** terlalu menekankan pada keadilan yang bersifat prosedural, sehingga lebih menekankan pada hasil akhir dan bukan proses dari mendapatkannya. **Nozick** juga memberi catatan yang menarik tentang ketidakjelasan teori ini perihal apakah **Rawls** sedang memberikan penjelasan keadilan yang mengikat bagi semua makhluk rasional, ataukah ia hanya sedang melakukan rasionalisasi dari konsep kelembagaan moral yang pada hakikatnya juga mudah mengalami penolakan secara rasional.

B. Teori Hukum Feminis (Feminist Legal Theory)

Pada abad ketujuh belas mulai bangkit perlawanan terhadap dominasi patriarki. Muncul gerakan dan pemikiran berperspektif gender yang sangat menolak segala bentuk diskriminasi yang memarginalkan perempuan. Dalam bidang hukum, melalui gerakan studi hukum kritis, muncul aliran *Feminist Legal Theory* atau Teori Hukum Feminis.⁵⁵⁸ Hukum bersifat *phallogentris*, sehingga seringkali hukum tidak berpihak kepada perempuan. Inilah jawaban dari *feminist legal theory*. Bagi para penganut *Feminist Legal Theory*, hukum merupakan tatanan dari kaum Adam, yang dibangun serta dikonstruksi dalam logika laki-

557 Budiono Kusumohamidjojo, *Teori Hukum: Dilema...Op.Cit.*, hlm. 289.

558 Achmad Hariri, "Dialektika Paradigma Pembangunan dari Antroposentrisme Menuju Ekosentrisme-Ekofeminisme dalam Perspektif Pancasila" dalam *Prosiding Konferensi Nasional Hak Asasi Manusia, Kebudayaan dan Tujuan Pembangunan Berkelanjutan Indonesia pada Masa Pandemi Covid-19: Tantangan untuk Keilmuan Hukum dan Sosial*, Vol. 1, hlm. 331.

laki. Implikasi lebih jauh, hukum seringkali memperkokoh hubungan sosial yuridis-patriarkis⁵⁵⁹. Hukum menurut penganut *Feminist Legal Theory* – memiliki karakter seperti pria, seperti; rasional, objektif, mengutamakan logika, abstrak, tidak seperti perempuan yang; tidak rasional, subjektif dan mengutamakan perasaan.

Terdapat empat aliran utama feminisme, masing-masing Feminisme Liberal, Feminisme Radikal, Feminisma Kultural, dan Feminisme Post-Modern⁵⁶⁰ yang diuraikan sebagai berikut : **Pertama**, *Feminisme Liberal* menyatakan bahwa setiap orang memiliki otonomi, termasuk perempuan. Lebih lanjut, karena aliran ini sangat menekankan pada adanya kesetaraan maka aliran ini berpendapat bahwa perempuan dan laki-laki secara rasional setara, jadi mereka harus mendapatkan kesempatan yang sama untuk menerapkan pilihan rasional mereka. Mereka berpendapat bahwa sistem hukum dan politik sangat patriarkis dan karenanya ada dua pilihan yang tersedia bagi perempuan untuk dapat memperbaikinya.

Pilihan pertama untuk menuntut adanya kesetaraan didasarkan pada kesamaan dengan laki-laki dan pilihan kedua mendapatkan '*special treatment*' yang didasarkan pada adanya perbedaan esensial mereka. **Wendy Williams** menyatakan bahwa pendekatan kesetaraan lebih baik karena *special treatment* akan memerlukan banyak biaya. Ada beberapa hal dalam hukum, Feminisme Liberal yang menekankan pada adanya kesetaraan justru tidak sesuai dengan pemikiran hukum yang berperspektif perempuan. Misalnya dalam penyamarataan cuti yang didapat oleh seorang buruh perempuan dan laki-laki, yang justru akan membawa dampak kepada butuh perempuan yang tidak dapat mendapatkan cuti yang berkaitan dengan kebutuhan khas perempuan, seperti pada saat datang bulan dan lainnya⁵⁶¹.

559 Bernard L. Tanya, (et.al), Teori Hukum: Strategi...Op.Cit., hlm. 180.

560 Niken Savitri, "Feminist Legal Theory dalam Teori Hukum", dalam Sulistyowati Irianto, 2006, Perempuan dan Hukum: Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan, (ed), Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, hlm. 43.

561 Ibid., hlm. 43-44.

Kedua, *Feminisme Radikal* memiliki konsep utama tentang perbedaan melalui tokohnya **Chatarine MacKinnon** lewat tulisannya *Feminism Unmodified*. Menurutnya, karena laki-laki mendefinisikan perempuan berbeda, perempuan tidak akan pernah dapat mencapai kesetaraan. Selain itu karena laki-laki mendominasi perempuan, permasalahan sebenarnya berkaitan dengan masalah kekuasaan (*power*). Pemuka aliran radikal tersebut mencoba mendefinisikan kembali pengertian ‘*woman*’, dan mencari penjelasan dan pemahaman tentang dunia dari sudut pandang perempuan, karena mereka beranggapan selama ini dunia telah dibentuk oleh laki-laki. Pembentukan dunia oleh laki-laki ini dianggap ‘*phallogentric*’ dan bersifat penindasan, khususnya yang tercermin pada dukungan atau ijin yang diberikan untuk terjadinya kekerasan terhadap perempuan. Aliran ini juga gencar menentang pornografi yang menempatkan perempuan sebagai objek seks serta meminta adanya penilaian ulang terhadap hukum pidana yang di dalamnya ditemukan konsep-konsep ketidak-setaraan. Aliran ini sangat mengendalkan hukum sebagai tema pokok yang akan selalu dirujuk⁵⁶².

Ketiga, *Feminis Kultural* mengemukakan argumennya yang berkaitan dengan permasalahan perbedaan perempuan dan laki-laki. Nilai moral perempuan dikatakan cenderung pada penekanan terhadap tanggung jawab, sedangkan laki-laki lebih cenderung kepada hak. Aliran ini menyatakan bahwa selama ini nilai-nilai moral yang berkaitan dengan perawaran dan pemeliharaan diidentifikasi dan didefinisikan sebagai perbedaan yang esensial antara laki-laki dan perempuan. Namun sebetulnya, dengan menyatakan bahwa perbedaan tersebut adalah perbedaan yang alami, akan merupakan cerminan dari dominasi laki-laki terhadap perempuan. Dalam hal perbedaan-perbedaan yang ada antara laki-laki dan perempuan, aliran ini juga memfokuskan pada aspek positif perempuan dalam hal adanya keterikatan istimewa pada orang lain, tidak seperti aliran radikal feminis yang lebih mengkonsentrasikan diri pada dimensi negatifnya, yaitu pengobjekan seksual dari perempuan⁵⁶³.

562 Ibid., hlm. 44.

563 Ibid., hlm. 44-45.

Keempat, pemikiran *Feminis Post-Modern* melihat perempuan sebagai sesuatu ‘yang lain’ – kemudian mengalami alienasi, disebabkan oleh cara berada, berpikir, dan bahasa yang dimiliki oleh perempuan yang seringkali dicap tidak memungkinkan terjadinya keterbukaan, pluralitas, diversifikasi dan perbedaan⁵⁶⁴. **Jacques Lacan**, salah satu seorang pemuka aliran feminis post-modern antara lain menyatakan bahwa, “...aturan simbolis yang sarat dengan ‘aturan laki-laki’ telah menyulitkan perempuan, karena aturan-aturan ini diekspresikan dalam bahasa dan cara berpikir yang maskulin sehingga menyebabkan penindasan terhadap perempuan secara berulang⁵⁶⁵”.

Deborah Rhode melalui artikelnya *Feminist Critical Theories* (1990), menyebutkan bahwa selain aliran-aliran feminisme di atas, terdapat pula aliran feminis lain yang mendapatkan pengaruh besar dari studi hukum kritis. **Rhode** menyebutnya sebagai *feminist critical theories* yang berfokus pada kesetaraan gender yang berkeyakinan bahwa kesetaraan gender tidak dapat dicapai dengan lembaga struktur ideologi. Sama halnya seperti studi hukum kritis, *feminist critical theories* juga hendak mendobrak segala sesuatu yang berbau “netral” namun *feminist critical theories* turut memasukkan basis gender⁵⁶⁶. Awalnya feminisme hukum berada di dalam payung studi hukum kritis, namun lambat laun feminisme hukum mulai berkembang dan lepas dari studi hukum kritis dan bahkan menjadi salah satu penyumbang kritik terhadap studi hukum kritis⁵⁶⁷.

C. Teori Negara Minimal Robert Nozick

Melalui karyanya yang berjudul *Anarchy State and Utopia*, **Robert Nozick** menghidupkan kembali konsep keadaan alamiah milik **Locke** dan menolak tradisi utilitarian serta tradisi *legal-positivism* yang pada

564 Ibid. hlm. 45.

565 Ibid.

566 Ibid.

567 HR. Otje Salman, Op.Cit., hlm. 76.

abad ke-19 dan abad ke-20 mendominasi pemikiran filsafat hukum di dalam sistem politik Inggris dan Amerika. **Nozick** menggambarkan bahwa suatu bentuk pemerintahan yang bisa merebut ‘persetujuan’ dari setiap individu-individu di dalam masyarakat tanpa adanya paksaan. Hal penting dalam argumentasi **Nozick** adalah teori yang disebutnya sebagai teori “negara minimal” atau biasa disebut juga sebagai teori “negara anjing penjaga”. Teori ini masuk ke dalam teori liberal klasik dan memiliki makna bahwa negara hanya sebatas melindungi warga negaranya dari tindakan kekerasan, pencurian, penipuan, dan menegakkan kontrak⁵⁶⁸.

Untuk melihat bagaimana teori ini dibangun, kita harus mulai dari pelegitimasi “negara-minimal” versi **Nozick**. **Nozick** mengadopsi pandangan Kantian bahwa “individu adalah tujuan akhir, bukan sekedar alat”. Individu adalah akhir dalam dirinya sendiri, memiliki hak-hak ‘alamiah’ tertentu. Artinya, terdapat batasan-batasan (‘efek samping’) bagi suatu tindakan : tidak ada tindakan yang diperbolehkan mengganggu hak-hak manusia yang fundamental⁵⁶⁹. Di antara hak-hak fundamental ini adalah hak untuk tidak dibunuh atau disakiti. Pada dasarnya; tak seorang pun boleh ‘dikorbankan’ untuk orang lain. Pembatasan tindakan lantaran tidak bolehnya hak-hak manusia diganggu, kalau begitu menjadi penyebab larangan mengagresi hak orang lain⁵⁷⁰.

Konsep milik **Nozick** pada dasarnya adalah konsep milik **Locke** yang lebih diperbaharui. Ia berpendapat bahwa keadaan yang alamiah, pada dasarnya tidak nyaman. Hal ini dikarenakan *cost* yang diperlukan untuk setiap individu dalam menegakkan haknya akan menyebabkan terbentuknya “perhimpunan perlindungan bersama” yang pelaksanaannya mirip seperti perusahaan-perusahaan yang melindungi dan menegakkan

568 Robert Nozick, 1974, *Anarchy State and Utopia*, New York: Basic Books, hlm. 26.

569 Karen Lebacqz, *Six Theories of Justice*, (Indianapolis: Augsburg Publishing House, 1986), diterjemahkan oleh Yudi Santoso, 2015, Penerbit Nusa Media, Bandung, hlm. 90.

570 Ibid.

hak-hak kliennya. Perhimpunan-perhimpunan ini akan mengeluarkan kekuatannya sedemikian besar sehingga akan bersifat dominan dan akhirnya menjadi suatu “monopoli” alamiah. Dominasi ini diakibatkan oleh proses-proses “tersembunyi” yang didasarkan pada transaksi secara sukarela. Dikarenakan sifatnya sukarela, maka tentu akan ada orang-orang “bebas” yang lebih memilih melindungi dirinya sendiri, dari pada masuk ke dalam perhimpunan. Kemudian, lambat laun orang-orang ini akan tetap masuk (baik dipaksa atau tidak) ke dalam perhimpunan yang sudah dominan di dalam suatu teritorial tersebut. Perhimpunan pun akan menawarkan ganti rugi kepada orang “bebas” tadi, atas pelanggaran hak yang terjadi karena dipaksa menjadi anggota perhimpunan⁵⁷¹.

Lembaga yang dominan ini bukan negara, karena dia tidak mengklaim monopoli tentang siapa yang legitim untuk boleh memakai kekuatan dalam menyelesaikan perselisihan, tidak juga dia berkewajiban untuk melindungi semua orang yang tinggal di dalam teritorialnya. Namun begitu, sekali saja transisi dibuat untuk mencakup kedua elemen ini, maka kita akan sampai kepada bentuk negara minimal. Jadi bagaimana cara lembaga pelindung yang dominan ini bergerak untuk memperoleh monopoli terhadap kekuasaan dan melindungi semua yang tinggal di teritorialnya ?⁵⁷²

Ketika lembaga pelindung ini dominan tapi belum memonopoli teritorialnya, akan muncul banyak konflik ‘perbatasan’ antar lembaga/perhimpunan di wilayah tersebut. Untuk menyelesaikannya, di sini **Nozick** mengambil bentuk penyelesaian prosedural mengenai pelintasan-batas antara pihak-pihak yang berada di bawah pemeliharaan lembaga pelindung dominan dan lembaga pelindung independen lain yang tidak berada di bawah pemeliharaannya namun tinggal di teritorialnya⁵⁷³.

571 Robert Nozick, *Anarchy State and Utopia...Op.Cit.*, hlm. 16-17.

572 Karen Lebacqz, *Six Theories of Justice...Op.Cit.*, hlm. 91.

573 Ibid.

Lanjut **Nozick**, belum ada negara yang memiliki peran seluas perhimpunan tadi, karena negara sendiri pasti memiliki kecenderungan “untuk memaksa” namun tidak menyediakan ganti rugi, ataupun memilih untuk memiliki peran dalam “transaksi sukarela” antara dirinya dengan warga negara. Dari sebuah keadaan anarki – yang didesak oleh pengelompokan-pengelompokan secara spontan, perhimpunan perlindungan bersama, pembagian kerja, tekanan pasar, skala ekonomi, dan kepentingan pribadi, maka akan muncul “sesuatu” yang banyak persamaannya dengan “negara minimal” atau sekelompok “negara minimal” dengan garis batas geografis yang jelas⁵⁷⁴.

Teori negara minimal milik **Nozick**, tak lain berfokus pada hak-hak individual yang dimiliki oleh warga negara. **Nozick** yang menolak ajaran utilitarianisme beranggapan bahwa utilitarianisme justru mengorbankan kebebasan atau hak individu demi memberikan kebahagiaan dan manfaat bagi kaum mayoritas. Tanpa mempertimbangkan kemungkinan, bahwasannya bisa saja hak-hak individu itu adalah satu-satunya kehidupan yang mereka miliki. **Scott Davidson** menguraikan maksud dari teori **Nozick** ini bahwa:

*“... peran negara dalam teori negara minimal ini terbatas kepada penegakan dasar moral (hak untuk tidak dibunuh, diserang, dirampok, ditipu, hak untuk menyimpan dan melepaskan harta, hak untuk memperoleh, hak atas pelaksanaan kontrak, hak untuk berbuat sebebannya sepanjang tidak melanggar kebebasan atau hak sama yang dimiliki oleh orang lain), dengan cara menghukum para pelanggar hak, memberikan kompensasi atau ganti rugi kepada para korban, dan menyelesaikan sengketa maupun konflik yang terjadi. Seandainya, negara melampaui peran di atas, seperti memberikan kesejahteraan bagi warga negaranya, maka negara dianggap tidak bermoral, karena dengan tindakan tersebut, negara dianggap mengurangi hak warga negaranya untuk bertindak. Teori **Nozick** dianggap **Davidson** sangatlah*

574 Robert Nozick, *Anarchy State and Utopia...Op.Cit.*, hlm. 16-17.

teoritis, dan apabila diterapkan di negara-negara yang bercorak liberal dan kapitalis, hanya akan menambah ketimpangan sosial yang sudah ada. Namun di sisi lain, **Davidson** juga menyetujui konsep **Nozick** yang pada dasarnya memaksimalkan kebebasan individu yang telah tersedia, akan tetapi konsep ini masih ditambahkan oleh **Davidson**, bahwa “kebebasan individu” yang dimiliki oleh warga negara hanya akan “sangat maksimal” apabila negara tidak ada⁵⁷⁵.”

D. Teori Hak Ronald Dworkin

Ronald Dworkin memandang hak asasi seperti “kartu truf” (*trump card*) yang dimiliki oleh setiap individu. Kartu truf ini fungsinya sama dalam permainan kartu “*bridge*” atau permainan kartu “*whist*”, yang artinya tiap kartu truf akan selalu memiliki nilai paling tinggi daripada kartu tertinggi di dalam rangkaian kartu lainnya. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Dworkin, “*Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them*”⁵⁷⁶.

Hak individu adalah truf politik yang dipegang oleh individu. Individu memiliki hak ketika, karena alasan tertentu, tujuan kolektif bukanlah sebagai pembenaran yang cukup untuk menolak apa yang mereka inginkan, sebagai individu – untuk memiliki atau melakukan, atau bukanlah sebagai suatu pembenaran yang cukup untuk memaksakan kerugian atau cedera pada mereka. Dari pengertian tersebut maka hak individual (kartu truf) merupakan preferensi yang dimiliki oleh masing-masing individu yang menurut **Dworkin** harus diprioritaskan

575 Lihat selengkapnya dalam Scott Davidson, Hak Asasi Manusia: Sejarah, Teori, dan Praktek dalam Pergaulan Internasional, diterjemahkan oleh A. Hadyana Pudjaatmaka, 2008, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, hlm. 44.

576 Ronald Dworkin, 1978, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, hlm. xi.

ketimbang preferensi mayoritas. Sehingga, jika terjadi sengketa antara preferensi individual dengan preferensi mayoritas, maka hakim harus memenangkan preferensi individual. Tentu saja pemikiran Dworkin ini bertentangan dengan ajaran di dalam utilitarianisme, terkhusus milik **Bentham** yang sangat individual. Singkatnya, teori **Dworkin** terutama sangat penting bagi perlindungan hak asasi yang dimiliki oleh kelompok minoritas.

Oleh karena hak juga berkaitan erat dengan keadilan, maka **Dworkin** juga mengkritik Teori Keadilan **Rawls** karena mendasarkan distribusi keadilan kepada situasi hipotesis. Sedangkan bagi **Dworkin**, pendasaran ini sangat fundamental dan **Rawls** tidak dapat memberikan dasar yang mengikat bagi masyarakat untuk mengakuinya. Penolakan terhadap teori **Rawls**, karena **Dworkin** mendasarkan teorinya kepada pemahaman bahwa negara diwajibkan (atau memiliki kewajiban) untuk memperlakukan para warganya secara setara (*equal*)⁵⁷⁷.

Sayangnya, pendekatan yang dipakai oleh **Dworkin** ini memiliki kekurangan tersendiri, disebutkan oleh **Muhammad Ashri** sebagai berikut:

*“Sebagai sebuah definisi mengenai hak, pendekatan **Dworkin** ini tidak dapat disanggah, tetapi pendekatan ini tidak menjelaskan dari manakah hak-hak itu berasal, apa sajakah hak itu, atau bagaimanakan hubungan hak-hak itu satu sama lain. Untuk menjawab pertanyaan ini kita perlu memahami bahwa hak-hak ini dibangun diatas dasar komitmen **Dworkin** terhadap doktrin politik liberalisme, yang salah satu prinsip utamanya, bahwa pemerintah harus memperlakukan individu-individu yang menjadi penduduknya dengan rasa hormat dan perhatian yang sama. Dalam sistem ini, kata Dworkin, hak diperlukan bukan untuk memaksimalkan kebahagiaan, melainkan untuk mempertahankan asas kesamaan perhatian dan rasa hormat⁵⁷⁸.”*

577 Pranoto Iskandar, 2012, Hukum HAM Internasional: Sebuah Pengantar Kontekstual, IMR Press, Cianjur, hlm. 57.

578 Muhammad Ashri, 2018, Hak Asasi Manusia: Filosofi, Teori & Instrumen

Dworkin mengemukakan bahwa sebenarnya tidak ada hak asasi (hak kebebasan) yang berlaku umum seperti sesungguhnya. Singkatnya, bagi **Dworkin** masing-masing hak memiliki bobot yang berbeda-beda. Namun ada hak asasi yang sifatnya khusus seperti kebebasan untuk mengemukakan pendapat, beragama, dan hak-hak dalam hubungan pribadi. Jika menganalogikan suatu hak tertentu sebagai “trump card”, maka masih dibuka kemungkinan bahwa “trump card” yang satu berkonflik dengan “trump card” lainnya. Untuk menjawab permasalahan tersebut, **Pranoto Iskandar** mengutip **R. Shafer-Landau** menjelaskan bahwa :

“...Untuk mengatasi ini, argumentasi “specificationism” memberikan jawaban. Specificationist beranggapan bahwa tiap hak terdiri dari sekelompok kualifikasi-kualifikasi yang menyatakan kapan berlakunya atau tidaknya kualifikasi-kualifikasi hak dimaksud. Dalam prakteknya, ketika antara hak untuk menyatakan pendapat berkonflik dengan hak pemerintah untuk menjaga ketertiban sesuai dengan kerangka specificationist maka kita harus memperhatikan konteks_ketika konflik itu terjadi. Jadi, terdapat kemungkinan akan adanya perbedaan pandangan pada tiap kali terjadi konflik...”⁵⁷⁹”

Dworkin yang memposisikan dirinya pada pemikiran “struktural-fungsional” ini, menginginkan persamaan persepsi atau perbedaan persepsi yang dijembatani oleh hukum. Namun sayangnya, hukum masih mengandung kontradiksinya tersendiri, sehingga untuk menyamakan atau membedakan persepsi atas “hak” bisa saja justru menambah konflik baru. **Dworkin** di dalam frasa “konteks” seakan memberikan petunjuk kepada hakim untuk memberikan penafsiran dan menyelesaikan konflik, dengan menganalisa lebih jauh tentang “penyebab apa” yang menimbulkan konflik.

Dasar, CV. Politic Genius, Makassar, hlm. 50.

579 Pranoto Iskandar, Hukum HAM Internasional...Op.Cit, hal. 38. Mengutip R. Shafer-Landau, “Specifying Absolute Rights”, 39 Arizona L. Rev, 1995.

Meskipun telah memberikan pembedaan hak, antara preferensi individu dan preferensi eksternal (mayoritas), dan lebih jelasnya memberikan apa yang disebut “*specificationism*”, teori milik **Dworkin** ini masih bisa diperdebatkan dalam semua tingkat. Hal ini karena, **pertama**, pembedaan hak yang **Dworkin** maksud dibangun atas dasar konsepsi masyarakat yang cenderung demokratis-liberal. **Kedua**, teori hak versi **Dworkin** jika dibenturkan dengan konsep hak asasi manusia secara internasional, ternyata hanya bisa diimplementasikan ke negara-negara demokratis-liberal yang lembaga-lembaganya telah memiliki sistem demokrasi yang kuat.

E. Teori Hukum Masyarakat Prismatik

Teori hukum mengenai masyarakat prismatik identik dengan nama **Fred W. Riggs** selaku pencetusnya. Namun teori ini merupakan pengembangan dari pemikiran **Talcott Parsons**. **Parsons** mengemukakan bahwa masyarakat itu pada awalnya bersatu (*fused*), kemudian bentuk bersatu itu pun terus mengalami perkembangan sampai masyarakat tersebut berubah menjadi masyarakat yang berpecah (*diffused*) atau yang disebut oleh **Parsons** sebagai masyarakat yang berspesialisasi. Masyarakat seperti ini sering kita jumpai dalam lanskap masyarakat modern. Lebih lanjut, **Riggs** kemudian menggunakan teori **Parsons** dengan pendekatan “struktural-fungsional”.

Dalam teori hukum prismatik setidaknya membagi masyarakat menjadi tiga tipe, yakni: Masyarakat tradisional; Masyarakat industrial; dan Masyarakat prismatik. Keunikan di dalam masyarakat prismatik ialah mereka tidak hanya mengandung unsur-unsur modern, namun juga mengandung unsur-unsur tradisional. **Riggs** mengembangkan variabel-variabel pola yang dikemukakan oleh **Parsons** menjadi lima pilihan dikotomi yang harus diambil oleh seseorang untuk menghadapi orang lain dalam realitas sosial. Lima dikotomi tersebut ialah: Afektivitas vs netralitas afektif (*Affective versus affective neutrality*); partikularisme vs universalisme (*Particularism vs Universalism*); Orientasi diri vs Orientasi kolektivitas (*Self-oriented vs Colectivity-oriented*); Askripsi

vs Prestasi (*Ascription vs achievement*); Spesifitas vs Kekaburan (*Specificity vs Obscurity*)⁵⁸⁰.

Menurut pandangan Riggs, keberadaan masyarakat yang *fused* dan *diffused* banyak dijumpai di wilayah Asia Tenggara. Model masyarakat prismatic sendiri, dapat dilihat dalam realita kehidupan bernegara dan bermasyarakat di Indonesia. Secara realita menggabungkan unsur masyarakat adat di berbagai daerah dengan unsur masyarakat secara luas (nasional). Mengacu kepada teori **Riggs**, apabila suatu negara yang masyarakatnya prismatic namun tidak dibarengi dengan hukum yang sifatnya prismatic pula, maka akan menimbulkan berbagai kesenjangan hukum.

Mencontoh realita yang terdapat di Indonesia, seperti dalam hal nepotisme. Secara hukum positif yang berlaku dalam masyarakat nasional, nepotisme adalah hal yang dilarang, namun cukup banyak *custom* yang berasal dari masyarakat adat turut eksis dalam prakteknya (seperti kebiasaan *perkoncoan* atau *keluarga*, patrimonial dalam kesukuan, sampai dengan hukum perkawinan adat dalam keluarga). Sehingga ada tumpang tindih antara hukum nasional dan hukum (*custom*) yang telah ada, tentang nepotisme itu sendiri. Itulah kelemahan yang terdapat di dalam masyarakat prismatic, sehingga muncullah tesis dari teori hukum prismatic, yang hendak mendorong supaya hukum juga dapat bersifat prismatic pula.

Pada prinsipnya, dalam teori hukum prismatic, dikehendaki bahwasannya hukum dapat dijadikan sebagai alat yang melindungi antara kepentingan negara dan masyarakat hukum yang plural, dan menjadikan keduanya sama sama kokoh. Oleh **Riggs**⁵⁸¹, diibaratkan apabila kesatuan masyarakat negara bangsa sebagai suatu piramid yang besar, maka kesatuan masyarakat plural di dalamnya (contohnya masyarakat adat)

580 Selengkapnya lihat dalam Talcott Parsons, et.al, *Toward A General Theory of Action*, (New York: Harper & Row, 1951), hlm. 75.

581 Fred W. Riggs, 1964, *Administration in Developing Countries: The Theory*

sebagai piramid-piramid yang kecil – maka piramid besar tersebut akan terbangun dengan kokoh, dan piramid-piramid yang kecil akan tetap eksis dan hidup berkembang bersamaan dengan piramid besarnya dan keduanya akan saling mendukung dan menguatkan.

F. Teori Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum

Masih belum ditemukan kesepatan mengenai *term* “hukum ekonomi” baik di kalangan para ahli hukum maupun para ahli hukum ekonom. Hal ini sulit dilakukan karena terdapat garis singgung antara hukum dengan ekonomi, yang membuat pertanyaan baru; apakah hukum ekonomi masuk ke dalam ilmu ekonomi, atau masuk ke dalam ilmu hukum. Sehingga teori yang dimunculkan dalam menganalisa hukum dan ekonomi sendiri lebih cenderung disebut sebagai suatu teori yang sifatnya “pendekatan”. Pada hakikatnya, antara ilmu hukum dan ilmu ekonomi tidaklah dapat dipisahkan, karena saling memiliki persamaan dan keterikatan di dalam ilmu perilaku (*scientific theories of behavior*).

Sigit Sardjono menjabarkan perkembangan penelaahan ekonomi sebagai berikut :

*“.. Sebetulnya penelaahan ekonomi sudah mulai dipelajari orang sejak 350 sebelum masehi (Aristoteles merupakan tokoh utamanya). Namun, penelaahan ekonomi pada waktu itu baru dipelajari pada tingkat yang sangat mendasar, lebih bersifat filosofis. Kemudian tahun 1270, penelaahan ekonomi tersebut diusahakan untuk lebih dikembangkan lagi oleh **Thomas Aquinas** dengan beberapa tambahan pemikiran yang bersumber pada injil. Pada 1758, **Francois Quesnay** mencoba untuk menjelaskan lebih jauh. Namun demikian, sampai tahaan ini perkembangan penelaahan belum sampai membentuk suatu disiplin ilmu sendiri. Sampai tahapan ini, ekonomi sering disebut dengan*

of Prismatic Society, Boston: Houghton Mifflin Company, hlm. 126-132.

Fisiokrat. Pada 1776 muncul tokoh baru, yaitu **Adam Smith**, yang berhasil mengangkat penelaahan ekonomi menjadi suatu disiplin baru yang disebut ilmu ekonomi. Sejak itu, ilmu ekonomi sangat banyak dirasa manfaatnya oleh manusia dalam usaha mereka meningkatkan asas hidup. Ilmu ekonomi berkembang melalui jalan yang panjang dan baru, mendapat sebutan ilmu setelah keluarnya buku **Adam Smith**. Melalui karya besarnya, **Adam Smith** mencoba mencari tahu sejarah perkembangan negara-negara di Eropa⁵⁸². Ilmu ekonomi pun terus berkembang. Gagasan **Adam Smith** tersebut menjadi dasar bagi ahli ekonomi berikutnya, yaitu **Thomas Malthus**, **David Ricardo**, dan **John Stuart Mill**. Ahli ekonomi yang disebut belakangan ini dikelompokkan sebagai ahli ekonomi klasik. Tradisi klasik ini seterusnya dikembangkan oleh Mazhab Austria dan diteruskan oleh **Leon Walras**, **Alfred Marshall**, dan lain lain tahun 1890-an.⁵⁸³ Sisi lain dari perkembangan ilmu ekonomi yang berasal dari **Adam Smith** adalah cabang yang dikembangkan oleh **Karl Marx** dan dianut oleh negara sosialis komunis dan yang timbul belakangan di negara yang menganut paham ekonomi liberal, yaitu golongan radikal atau golongan “New Left”⁵⁸⁴.

Gonjang-ganjing perekonomian di Amerika Serikat yang dikenal dengan *The Great Depression* pada tahun 1930-an, di mana teori pasar yang dikemukakan oleh **Adam Smith** pun dirasa tidak dapat mengatasi permasalahan pasar yang tidak mampu menghadapi gejala pasar saham. Kegagalan pasar ini kemudian mendorong pemerintah melalui gerakan *New Deal* yang dibuat oleh presiden **Roosevelt** untuk mengatasi setidaknya empat masalah pasar; yakni inflasi, pengangguran, keberadaan barang publik yang tidak stabil, eksternalitas ekonomi dan monopoli. Lanjutnya, gerakan *New Deal* ini juga mengilhami lahirnya aliran Realisme Hukum Amerika Serikat.

582 Sigit Sardjono, 2017, *Ekonomi Mikro – Teori dan Aplikasi*, Penerbit ANDI, Yogyakarta, hlm. 2-3.

583 Ibid., hlm. 3.

584 Ibid.

Kajian-kajian mengenai ilmu ekonomi (**Smith**) yang menggunakan pendekatan hukum, juga diilhami oleh teori kontrak yang sejatinya berasal dari aliran utilitarianisme individual khas Bentham – yang menekankan prinsip *free choice ideology* (ideologi pilihan bebas). Penggabungan pemikiran Smith mengenai politik dalam ekonomi dan **Bentham** mengenai utilitarianisme individual sama-sama memiliki tujuan bahwa hukum (terkhusus kepada proses legislasi) harus menciptakan “*the greatest happiness for the greatest number*” – sebagaimana yang dikemukakan **Bentham**. Baik oleh **Smith** maupun **Bentham**, keduanya bisa dikatakan mendasarkan pemikirannya kepada filsafat individualisme yang juga tidak terlepas dari filsafat etika milik **Immanuel Kant**, yang sebenarnya jika ditelusuri lebih jauh mengandung akar-akar filsafat hukum alam.

Richard A. Posner merupakan salah satu pionir perkembangan hukum dan ekonomi dan pelopor pengembangan analisis ekonomi tentang hukum. **Posner** sendiri menggunakan ekonomi sebagai “alat analisis” bagi hukum, yang berbeda dengan pelopor terdahulu seperti **Ronald Coase**, **Guido Calabresi**, **Gary S. Becker**, yang berperan untuk membuka jalan bagi perkembangan studi hukum-ekonomi. Baik **Coase**, **Calabresi** dan **Becker** berkontribusi dalam analisa hubungan antara hukum dan ekonomi. Sedangkan, usaha pertama yang menemukan justifikasi etis dan filosofis mengenai kontribusi analisis ekonomi tentang hukum telah dikemukakan oleh **Posner**, sehingga Posner dipandang sebagai karakter mitologi dalam sejarah hukum dan ekonomi. Menurut **Posner**, hukum dan ekonomi menjadi normatif dan dikenal dengan peristilahan “analisis ekonomi tentang hukum” (*economic analysis of law*)⁵⁸⁵.

Perkembangan disiplin baru: “hukum dan ekonomi” sekitar tahun 1970-an merupakan terobosan yang mengubah pandangan tradisional ahli hukum tentang hukum. Pandangan baru tentang hukum terkait

585 Lihat selengkapnya dalam Andrea Renda, 2010, *Law and Economics in the RIA World: Improving The Use of Economic Analysis in Public Policy and Legislation*, Cambridge University Press: Intersentia, hlm. 97-101.

pola perilaku manusia yang hanya dilihat sebagai “benar dan salah” atau “*right or wrong*” terhadap regulasi, diubah menjadi “resiko dan manfaat” atau “*risk or benefit*” dan esensi dari pendekatan R & B adalah efisiensi perilaku manusia⁵⁸⁶. Cukup banyak teori-teori hukum yang mempengaruhi teori ekonomi, begitu pula sebaliknya. Ada timbal balik di antara keduanya, terkadang kebijakan hukum mempengaruhi ekonomi, dan ekonomi mempengaruhi kebijakan ekonomi. Hukum kontrak adalah contoh yang paling nyata. Sebagaimana yang dijelaskan oleh Abdul Manan:

“Richard A. Posner menjelaskan bahwa teori-teori hukum telah mengasimilasi banyak konsep ekonomi, misalnya incentive cost, opportunity cost, risk aversion, transaction cost, free riding, credible commitment, adverse selection, dan lain sebagainya, terutama keberadaan hukum kontrak di dalam pertumbuhan ekonomi. Di sisi lain, konsep-konsep ekonomi telah melahirkan prinsip-prinsip hukum seperti litigation costs, property rules, strict liability, non-monetary sanction, efficiency, dan breach. Sebagai contoh penerapan ilmu ekonomi terhadap hukum kontrak antara lain teori tawar-menawar (bargaining theory) yang menjadi jembatan penghubung keinterdependensian antara ilmu hukum dan ilmu ekonomi, dari sudut pandang ekonomi kontrak, merupakan transaksi hukum yang menyatakan pencapaian peningkatan kesejahteraan (wealth maximization). Untuk mencapai hal ini diharapkan transaksi hukum dapat dituangkan ke dalam kontrak secara sukarela, namun memiliki pengaturan yang ketat untuk melindungi proses pertukaran hak dan kewajiban⁵⁸⁷.”

Dengan menganalisa pikiran **Francis Fukuyama** dan prinsip **John Locke**, **Jazim Hamidi** mengatakan :

586 Romli Atmasasmita & Kodrat Wibowo, 2016, Analisis Ekonomi Mikro tentang Hukum Pidana di Indonesia, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta, hlm. 5.

587 Abdul Manan, 2014, Peranan Hukum dalam Pembangunan Ekonomi, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta, hlm. 9.

*“Kinerja ekonomi membutuhkan peraturan hukum yang mendasar, tetapi peraturan hukum yang mendasar ini disusun berdasarkan modal sosial yang berasal dari nilai/norma informal yang dibentuk dari kerjasama antar masyarakat yang didasarkan pada kebiasaan-kebiasaan kultural. Oleh **Fukuyama** hal ini disebut sebagai kebajikan sosial. Pendapat ini sejalan dengan **John Locke**, agar setiap orang dapat menikmati haknya dengan damai dan milik pribadi dapat terjamin keberadaannya, masyarakat bersepakat untuk bersama-sama membentuk masyarakat politis (political society) melalui suatu perjanjian asli (original compact). Perjanjian asli dalam pembentukan masyarakat politis inilah yang menjadi asal muasal terbentuknya negara. Hal ini pula yang diyakini **Fukuyama** untuk menjalin kerjasama ekonomi, norma yang mengatur kinerja ekonomi juga berasal dari kebiasaan kultural masyarakat bukan dari kebijakan negara. Oleh karena itu kesepakatan sekelompok masyarakat untuk bekerja sama dan didasarkan dari kebiasaan-kebiasaan yang ada di dalam komunitas tersebut bisa menjadi dasar terbentuknya kesepakatan ekonomi bahkan kesepakatan negara⁵⁸⁸”.*

Mengacu pada pandangan-pandangan para ahli diatas, maka ditemukan kesinambungan antara hukum dan ekonomi itu sendiri, baik fungsinya sebagai teori maupun fungsinya sebagai ‘suatu pendekatan’. Antara hukum dan ekonomi keduanya dapat dipakai sebagai alat analisis antara efek ekonomi dengan hukum, ataupun sebaliknya. Seperti contoh: kebijakan investasi terhadap pertumbuhan investasi; analisa pengaruh antara hak milik pribadi dengan hak milik negara bahkan sampai dengan hak milik komunal di dalam kebijakan investasi dan pertumbuhan investasi.

Menelaah contoh diatas, maka secara tidak langsung para pembentuk hukum akan memiliki tuntutan untuk menemukan dan/atau membuat hukum yang efisien. Selain efisien, hukum sebenarnya juga dapat dijadikan sebagai fasilitator ekonomi yang bertujuan memajukan kesejahteraan

588 Jazim Hamidi, (et.al), Membedah Teori-Teori...Op.Cit, hal. 252.

masyarakatnya. Efisiensi dalam hal ini diartikan sebagai suatu keadaan dimana kesejahteraan dari individu atau kelompok meningkat tanpa harus menurunkan kesejahteraan dari individu atau kelompok lainnya.

G. Teori Perilaku Hukum Donald Black

Donald Black dalam bukunya yang berjudul *The Behaviour of Law* (1976), menyatakan pendapatnya bahwa “*law is governmental social control*” – hukum merupakan pengendalian pemerintah⁵⁸⁹. **Black** membedakan antara pengendalian perilaku yang menggunakan legislasi (*legislation*), litigasi (*litigation*), dan adjudikasi (*adjudication*), dengan pengendalian yang menggunakan bentuk-bentuk pengendalian sosial seperti sopan santun, adat istiadat dan birokrasi.

Menurut **Black**, hukum adalah suatu variabel kuantitatif yang dapat diukur berdasarkan frekuensi. Frekuensi yang dimaksud oleh **Black** adalah frekuensi terjadinya perundang-undangan, pengaduan, tuntutan, gugatan di dalam suatu kondisi sosial tertentu. Dengan demikian, kuantitas hukum akan bervariasi menurut masyarakat tempat hukum itu berlaku dan sesuai dengan masa berlaku menurut sejarah⁵⁹⁰. Perihal kuantitas, **Black** menyebutkan lima variabel yang menjadi faktor dalam perilaku sosial masyarakat hukum⁵⁹¹, yakni :

PERTAMA, Stratifikasi Sosial. Dalam arti pelapisan atau penjenjangan yang ada dalam masyarakat yang disebabkan oleh perbedaan status, kedudukan, keturunan, dan kekayaan. Stratifikasi ini memiliki tiga dalil. ***Pertama***, *law varies directly with stratification*. Apabila di dalam masyarakat banyak pelapisan sosial, maka akan makin banyak pula jumlah hukum dalam masyarakat tersebut.

589 Donald Black, 1976, *The Behaviour of Law*, New York: Academic Press, hlm. 2.

590 Ibid.

591 Ibid, hlm. 5, 6-10, dan 16-22.

Kedua, *law varies with direct rank*. Orang-orang yang memiliki kedudukan tertentu – biasanya berkedudukan tinggi (*direct rank*), akan memiliki hukum yang lebih banyak dibandingkan orang-orang yang berkedudukan rendah (*low rank*). Perselisihan didalam orang-orang dengan *direct rank* lebih banyak masuk ke pengadilan ketimbang orang-orang *low rank*. Apabila orang-orang *low rank* menciderai orang-orang *direct rank*, maka hukumannya tidak seberat jika orang-orang dengan *direct rank* menciderai orang-orang *low rank*. **Ketiga**, *downward law is greater than upward law*. Hukum dalam berbagai bentuk; baik itu larangan dan perintah lebih ditujukan kepada orang-orang dengan *low rank*.

KEDUA, Morfologi Sosial. Perbedaan horizontal di dalam masyarakat yang disebabkan oleh perbedaan profesi atau pekerjaan, kedekatan (*intimacy*) dan integrasi (*integration*). Morfologi sosial memuat dalil-dali : **Pertama**, *the relationship between law and differentiation is curvilinear*. Dalam masyarakat yang memiliki banyak morfologi sosial, maka akan semakin banyak pula jumlah hukum yang ada, begitu pula sebaliknya. **Kedua**, *the relationship between law and relational distance curvilinear*. Hukum tidak berlaku di antara orang-orang yang berhubungan dekat. Hukum semakin meningkat bersamaan dengan jarak atau keregangan. **Ketiga**, *law varies directly with integration*. Bermakna bahwa orang-orang yang berada dalam pusat lingkaran sosial lebih memiliki hukum dibandingkan orang-orang yang berada pada bagian luar lingkaran sosial (marginal).

KETIGA, kultur atau budaya. Perilaku hukum juga dipengaruhi oleh kultur atau budaya. Kultur atau budaya memuat dalil-dalil : **Pertama**, *law varies directly with culture*. Maknanya ditemukan lebih banyak hukum dalam masyarakat dengan kebudayaan tinggi. **Kedua**, *law is greater in a direction toward less conventionality than more conventionality*. Maknanya kejahatan yang dilakukan oleh orang-orang yang warna kulitnya atau penampilan fisiknya berbeda dari penduduk mayoritas dan korbannya adalah dari kalangan mayoritas, maka hukuman lebih berat dibandingkan sebaliknya.

Ketiga, *law is greater towards less culture than towards more culture*. Maknanya kejahatan oleh orang yang tidak berbudaya atau berpendidikan rendah terhadap orang yang berbudaya atau berpendidikan tinggi, hukuman dijatuhkan lebih berat dibandingkan jika pelaku berpendidikan tinggi, sedangkan korban dari kalangan tidak berbudaya atau tidak berpendidikan. ***Keempat***, *centrifugal law is greater than centripetal law*. Maknanya tindak pidana oleh seorang marginal atau pengganggu terhadap orang dari pusat lingkaran sosial atau yang berkedudukan terpendang, hukumannya akan lebih berat dibandingkan kasus sebaliknya.

KEEMPAT, Organisasi. Perilaku dipengaruhi oleh organisasi-organisasi yang ada di lingkungan masyarakat. Seperti: negara, administrasi pemerintahan, perusahaan, dan lembaga-lembaga lain. Organisasi memuat dalil-dalil : ***Pertama***, *law varies directly with organization*. Semakin banyak intervensi oleh negara terhadap masyarakat semakin banyak pula hukum yang ada dan berlaku. ***Kedua***, *law greater in direction toward less organization than toward more organization*. Hukum lebih banyak diarahkan kepada orang daripada organisasi. Organisasi atau perusahaan lebih cenderung melaporkan individu kepada polisi dari pada orang melaporkan perusahaan ke polisi. Organisasi lebih sering menang dalam berperkara daripada individu.

KELIMA, Kontrol Sosial lain. Terakhir, perilaku hukum juga di pengaruhi oleh kontrol sosial lain, seperti: norma adat, agama, etika dan moral. ***Pertama***, *law varies inversely with other social control*. Jika kontrol sosial kuat, kontrol hukum melemah dan sebaliknya pula. ***Kedua***, *law varies directly with respectability*. Hukum lebih banyak ditemukan di kalangan orang terhormat dibandingkan di kalangan orang-orang tidak terhormat seperti: penjahat, residivis, pelacur, gelandangan, dan lain sebagainya. ***Ketiga***, *law is greater in a direction toward less respectability than toward more respectability*. Orang-orang tidak terhormat lebih banyak sering dijadikan sasaran hukum dan orang-orang tidak terhormat cenderung tidak memperoleh manfaat dari hukum itu.

H. Teori Pluralisme Hukum

Bila pada pertengahan abad ke-19 keanekaragaman sistem hukum yang dianut oleh masyarakat di berbagai belahan dunia ini ditanggapi sebagai gejala evolusi hukum, maka pada abad ke-20 keanekaragaman tersebut ditanggapi sebagai gejala pluralisme hukum. Kebutuhan untuk menjelaskan gejala ini muncul terutama ketika banyak negara memerdekakan diri dari penjajahan dan meninggalkan sistem hukum Eropa di negara-negara tersebut⁵⁹².

Mengenai konseptualisasi dari legal pluralisme, **Sally Engle Merry** pada tahun 1988 mengatakan bahwa: *“is generally defined as a situation in which two or more legal systems coexist in the same social field”*⁵⁹³. Merujuk ke pada pandangan **Merry**, maka bisa disimpulkan (meski bervariasi) bahwa legal pluralisme pada prinsipnya adalah adanya dua atau lebih sistem hukum yang berlaku bersamaan pada satu lapangan sosial. Pada tahun 1986, senada dengan **Merry**, **John Griffith** juga memberikan sintesa yang sama yang pada dasarnya merujuk kepada keberadaan dua atau lebih tatanan hukum yang berbeda namun berlaku di satu lapangan sosial yang sama. Berangkat dari hal tersebut, lebih jauh **Griffith** membedakan dua jenis pluralisme hukum, yakni *weak legal pluralism* dan *strong legal pluralism*.

Weak legal pluralism atau pluralisme hukum lemah merupakan bentuk lain dari sentralisasi hukum, karena meskipun mengakui pluralisme hukum, undang-undang negara tetap dianggap *superior* dan hukum-hukum yang lain disatukan di bawah batasan undang-undang negara. *Strong legal pluralism* atau pluralisme hukum yang kuat; semua sistem hukum yang ada dianggap setara dalam masyarakat. Singkatnya, tidak ada hirarki yang menunjukkan bahwa satu sistem hukum lebih unggul dari yang lain⁵⁹⁴.

592 Sulistyowati Irianto, 2003, Perempuan di Antara Berbagai Pilihan Hukum, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, hlm.. 56

593 Sally Engle Merry, 1988, “Legal Pluralism”, Law & Society Review, Vol. 22, No. 5, hlm. 870.

594 Sulistyowati Irianto, Perempuan di Antara...Op.Cit., hlm. 57.

Dalam arena pluralisme hukum itu terdapat hukum negara di satu sisi dan di sisi lain adalah hukum rakyat yang pada prinsipnya tidak berasal dari negara yang terdiri dari hukum adat, agama, kebiasaan-kebiasaan atau konvensi-konvensi sosial lain yang dipandang sebagai hukum⁵⁹⁵. Legal pluralisme itu adalah seperangkat kacamata yang merekonseptualisasikan relasi hukum dan masyarakat. Legal pluralisme juga mencoba mengidentifikasi autentisitas fenomena hukum yang beroperasi di tataran global. Jadi legal pluralisme merupakan sebuah bidang kajian yang cukup gemuk, dilihat dari postur teoritis konsep yang bersangkutan⁵⁹⁶.

Brian Z. Tamanaha memproduksi sebuah judul artikel yang berjudul nyentrik, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism* pada tahun 2000-an, sebuah perspektif empiris dan utilitarianis yang dipakai dalam menggambarkan perspektif sosio-legal yang khas⁵⁹⁷. Tampak secara simbolik saat ia menyebutkan banyak tokoh pemikir hukum yang banyak membahas isu legal pluralisme, seperti **Marc Galanter, Sally Falk Moore, Peter Fitzpatrick, Roger Cotterell, Gunther Tuebner, Bonaventura de Sausa Santos, Sally Engle Merry, dan Masaji Chiba**. Tak mau ketinggalan dengan mereka, akhirnya **Tamanaha** menulis artikel ini pada tahun 2000-an⁵⁹⁸. **Tamanaha** mengungkapkan pandangan legal pluralisme itu seperti pandangan postmodernisme yang menganalisis persoalan hukum. Semangat multisiplicitas, heterogenitas, dan fragmentaritas yang berlawanan dengan konsep homogenitas, universalitas, dan monolitas yang diperagakan oleh postmodern memang sangat cocok dalam memandang persoalan hukum⁵⁹⁹.

Para penganut positivisme memandang bahwa hukum ialah tunggal atau bahasanya hukum ialah titik sentral (*legal centralism*) yang sumber primer dan sekundernya adalah undang-undang. Namun, ada kalanya *legal centralism* tidak bisa dipaksakan ke dalam realitas masyarakat.

595 Ibid., hlm. 56.

596 Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum,... Op.Cit., hlm. 158.

597 Ibid., hlm. 157.

598 Ibid., hlm. 157-158.

599 Ibid., hlm. 158.

Sehingga bisa dibilang bahwa *legal pluralisme* merupakan oposisi dari *legal centralism*. Sama seperti pendekatan hukum yang beraliran sosiologis, keberadaan *legal pluralism* dikehendaki sebagai suatu solusi untuk menjawab permasalahan realitas masyarakat yang ada.

Selain problem pendefinisian, legal pluralisme juga menghadapi kendala instrumentalis. Dalam problem instrumentalis ini juga, legal pluralisme hendaknya direkonstektualisasi, bagaimana konsep itu berbenturan dengan isu masyarakat pribumi, primordialisme radikal, anarkisme, dan tindak kekerasan yang bernuansa rasial⁶⁰⁰. Dalam *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, **Tamanaha** menyebutkan bahwa sebenarnya konsep legal pluralisme bukanlah hal yang baru di dunia hukum. Ia menyebutkan bahwa – bahkan sejak *middle age* hingga akhir dari abad pertengahan, legal pluralisme telah muncul. Pada masa-masa tersebut, setidaknya terdapat tiga jenis sistem hukum yang berlaku, yakni Hukum Romawi yang terdapat di dalam Kompilasi *Justinian*, *Canon Law*, dan *Gemancis Lombard Law*⁶⁰¹.

Lebih lanjut, **Tamanaha** juga menguraikan bahwa legal pluralisme tidak hanya membahas mengenai fakta bahwa terdapat dua sistem hukum dalam satu lapangan yang sama, tetapi juga menyangkut permasalahan mengenai – terdapatnya dua hukum (atau lebih/*multiple*) yang tidak terkoordinasi. Adanya sistem hukum yang saling tumpang tindih yang sering menimbulkan persaingan dan konflik untuk mengklaim “kewenangan” yang menyebabkan ketidakpastian hukum, yang dapat berakibat merugikan serta membahayakan individu dan/atau kelompok-kelompok rentan. Sebagaimana yang ia uraikan:

“What makes this pluralism notheworthy is not merely the fact that there are multiple uncoordinated, coexisting or overlapping bodies of law, but

600 Ibid., hlm. 159.

601 Lihat selengkapnya dalam Brian Z. Tamanaha, 2008, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol. 30, hlm. 378.

that there is diversity amongst them. They may make competing claims of authority; they may impose conflicting demands or norms; they may have different styles and orientations. This potential conflicts can generate uncertainty or jeopardy for individuals and groups in society who cannot be sure in advance which legal regime will be applied to their situation.”

Merujuk kepada analisa **Satjipto Rahardjo** dalam bukunya yang berjudul Ilmu Hukum, **Rahardjo** menjelaskan pandangan Tamanaha sebagai berikut:

*“Dalam khazanah teoritis, **Tamanaha** sepertinya ingin membandingkan pemikiran para tokoh legal pluralisme. Namun, karena keterbatasan yang dimilikinya, terutama karakter kata maksimal di jurnal, maka ia menguraikan pandangan dua pemikir yang paling banyak disorot dalam diskursus legal pluralisme. Mereka adalah **Bonaventura de Sausa Santos** dan **Gunther Tuebner**. Dua tokoh inilah yang dipandang oleh **Tamanaha** memiliki karakter unik, terlepas dari penghormatannya pada tokoh-tokoh pemikir yang lain⁶⁰².*

Umpamanya, **Santos** dengan konsepnya tentang hegemoni. Legal pluralisme bagi **Santos** tak bisa dilepaskan dari relasi kuasa antara setiap institusi hukum. Bagi **Santos**, karakter plural hukum dalam pandangannya terhadap legal pluralisme itu dapat dilihat dari: hukum domestik (*domestic law*), produksi hukum (*production law*), pertukaran hukum (*exchange law*), hukum komunitas (*community law*), hukum teritori atau hukum negara (*teritorial and state law*), dan hukum sistemik (*systematic law*). Hukum domestik adalah hukum yang sifatnya lokal, nuansa kedaerahan mulai munculnya hukum dipandang tidak lepas dari tempat kecil masyarakat bermukim, yang membedakan antara satu hukum daerah dan hukum daerah lain⁶⁰³.

Produksi hukum (*production law*), menggambarkan sebuah kontestasi hukum, jadi institusi hukum yang banyak itu saling berlomba antara

602 Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, ... Op.Cit., hlm. 159-160..

603 Ibid., hlm. 160.

satu dan yang lain, institusi hukum itu tak pernah mati, misalnya hukum yang lama-kuno, tetapi ia merupakan catatan genealogis yang tak bisa dilenyapkan begitu saja eksistensinya. Pertukaran hukum (*exchange law*), sebuah transformasi, mulai dari materi substansi, hingga bentuk, misalnya saat kovenan internasional ditandatangani, dalam waktu itulah tampak ada peralihan dari ketentuan hukum internasional ke dalam hukum nasional. Studi perbandingan hukum yang sering kali digunakan dalam membuat rancangan undang-undang yang baru juga tak terpisahkan dari konsep pertukaran ini. Hukum komunitas (*community law*), hukum yang tak bisa lepas dari kelompok kecil masyarakat yang memiliki normanya sendiri-sendiri, keluarga adalah kelompok terkecil dalam hukum komunitas ini. Antara keluarga satu dan yang lain, tentu memiliki karakteristik yang berbeda. sementara hukum teritori atau hukum negara (*territorial and state law*) adalah undang-undang resmi sebagaimana yang kita kenal selama ini, hukum positif. Hukum sistemik (*systematic law*) adalah konsep hukum yang mengatur hierarkis regulasi hukum dan tata cara pelaksanaan dari ketentuan produk perundang-undangan⁶⁰⁴.

Setelah melukiskan pandangan **Santos**, giliran **Tamanaha** menggambarkan pandangan **Tuebner** dengan autopoiseis hukumnya. Sebagai pemikir sosiolegal dalam tradisi idealisme Jerman, **Tuebner** memang tak bisa lepas dari pengaruh filsuf sosial sebelumnya. **Niklass Luhman** dengan sistem sosialnya telah memberi banyak pengaruh dalam pikiran **Tuebner**, termasuk dalam mengonsepsikan bagaimana legal pluralisme itu ada di dunia teori dan praktik berlangsung. Sistem autopoiseis itu sendiri bukanlah metafor yang digunakan oleh **Tuebner** secara orisinil untuk dijadikan pegangan teoritis mengupas fenomena hukum. Konsep autopoiseis adalah konsep yang ia teruskan dari proyek intelektual **Niklass Luhman**, yang mengadopsi temuan rangkaian molekul pada sel oleh biolog Chile, **Humberto Maturana** dan **Francisco Verala** di mana temuannya pada tahun 1972, sebagai konsep yang dipersembahkan pada publik intelektual sosial atas

604 Ibid., hlm. 160-161.

revisinya terhadap sistem organ sibernetika Talcott Parsons⁶⁰⁵.

Begitulah **Tuebner**, membawa metafor autopoiesis itu ke dalam mendeskripsikan institusi hukum. Jadi, hukum itu terdiri atas banyak bagian, lingkaran-lingkaran hukum yang bermiliaran itu saling bersinggungan satu sama lain, tidak ada yang mendominasi antara satu molekul dan molekul yang lain. Sistem yang begitu banyaknya ini memiliki kemampuan memperbaharui diri sendiri (*self-reproduction*), jadi tak mungkin mengamburukkan dan membuat kekacauan bagi perjalanan sistem kehidupan molekul yang lain. Begitulah hukum, ia memiliki institusi yang banyak, terpisah antara satu dan yang lain. Namun, pada saat yang sama akan memperbaiki dirinya sendiri disokong oleh pekerja yang ada di dalamnya untuk mempertahankan kelangsungan hidupnya⁶⁰⁶.

Dalam globalisasi, pasar adalah kondisi yang paling autopoiesis, banyaknya kebiasaan internasional, dan produk yang dikeluarkan oleh organisasi internasional yang bisa dijadikan rujukan untuk membuat nota kontrak bisnis. Kontrak adalah sebuah institusi tersendiri, yang mengikat di antara pihak-pihak yang bersepakat. Kontrak itu telah membentuk struktur tersendiri berupa bagian tertentu dari anak perusahaan untuk mendukung terwujudnya kontrak. Dari kontrak inilah kekuatan sosial di luar negara juga tampak eksis, profesionalisme sebagai norma sosial dalam tradisi perdagangan internasional juga menjadi harapan berbagai komunitas bisnis⁶⁰⁷.

Pendefinisian hukum yang begitu banyaknya ini masih membuka kemungkinan bagi definisi yang lebih banyak lagi. Legal pluralisme memungkinkan bagi hukum didefinisikan sesuai dengan realitas sosial di dalam masyarakat yang heterogen. Jadi hukum memiliki multidimensionalitas dan kompleksitas tersendiri bagi legal pluralisme. Namun memang pada akhirnya hukum terjebak pada pendefinisian dan

605 Ibid., hlm. 161.

606 Ibid., hlm. 161-162.

607 Ibid., hlm. 162-163.

instrumentalitas. Praktik yang lebih empiris tidak banyak disinggung oleh **Tamanaha**, dengan mencontohkan kasus-kasus faktual, misalnya, kajian putusan hakim, seperti tradisi intelektual Amerika untuk memperkuat pendapatnya. **Tamanaha** pun tidak banyak membahas faktor yang lebih filosofis dari itu, misalnya, konsep-konsep tentang keadilan, emansipasi, kepastian hukum, dan seterusnya. Ia hanya mendeskripsikan dan membuat tinjauan pragmatis-eksplanatif tentang legal pluralisme⁶⁰⁸.

Selain teori *legal pluralism* di atas, di kalangan pakar teori hukum, sekarang dikenal dengan sebuah teori hukum termutakhir untuk menjawab realitas dunia globalisasi saat ini, yaitu *triangular concept legal pluralism* (konsep segitiga pluralisme hukum). Teori itu diperkenalkan sejak tahun 2006 oleh **Werner Menski** seorang profesor hukum dari *University of London*, pakar hukum di bidang hukum bangsa-bangsa Asia dan Afrika yang menonjolkan karakter plural kultur dan hukum. Dari subjek kajiannya, **Menski** kemudian memperkenalkan teori hukumnya itu, yang memang sangat relevan bagi hukum bangsa-bangsa Asia dan Afrika maupun juga bagi bangsa-bangsa Barat⁶⁰⁹.

Triangular concept of legal pluralism dari Menski ini, memperkuat konsep **Lawrence M. Friedmann** tentang unsur sistem hukum ketiga yaitu *legal culture* (kultur hukum), Yang sebelumnya belum dikenal, sebelum **Friedmann** memperkenalkannya di tahun 1970-an.⁶¹⁰

Teori hukum **Menski** di era globalisasi mengajukan refleksi kritis terhadap penelitian hukum komparatif dan teori hukum, dan mengusulkan model teori hukum baru, yang menyoroti kelemahan metode teori barat sejauh ini, meliputi teori-teori perbandingan hukum hukum publik internasional, teori hukum dan ilmu hukum normatif, terutama kajian barat tentang hukum Asia dan Afrika.. Teori hukum **Menski** menggabungkan teori hukum alam modern, positivisme dan

608 Ibid., hlm. 163.

609 Lihat selengkapnya dalam Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum..Op.Cit*, hlm. 9.

610 Ibid., hlm. 9-10.

empirisme hukum secara interaktif untuk membahas pluralisme hukum sebagai realitas dunia dengan konsep segitiga pluralisme hukum modern versinya⁶¹¹.

Cara ber hukum yang “memaksakan” atau penggunaan standar tunggal sudah lewat. Eropa dalam waktu yang sangat lama telah menjadi kiblat dan standar ber hukum di dunia. Pandangan tersebut ditentang oleh **Werner Menski** yang mengatakan “.. *the present study challenges the claimed superiority off Western models of laws dangerous..*”⁶¹² Lebih tegas lagi **Menski** menulis, bahwa studi yang menggugat “*colonial mindset*” dalam ber hukum itu dimulai dengan “*Abandoning the Western hubris that underpins much of comparative law and most of the human rights discourse ..*” Seperti telah dikemukakan di atas, **Menski** mengkritik komunitas Barat dimana ia sendiri berada, karena mengabaikan cara ber hukum lain yang didasarkan pada kekhasan kultur suatu bangsa⁶¹³. Bagi **Menski**, globalisasi tidaklah berarti unifikasi sistem-sistem hukum di dunia, melainkan mengakui, bahwa masing-masing sistem tersebut adalah “*cultural specific*”. Berdasarkan hal-hal tersebut **Menski** menjadi seorang pemikir yang dengan kuat menghendaki agar teori dan ilmu hukum sekarang ini menjadi “*globality-conscious*” dan sekaligus “*plurality-conscious*” dan “*plurality-sensitive*”⁶¹⁴.

Menski berpandangan bahwa negara-negara di benua Amerika dan Eropa menggunakan standar hukum *state of law* nya, sedangkan untuk negara-negara di benua Asia dan Afrika menggunakan standar hukum yang masih dipengaruhi oleh bermacam aspek, seperti aspek moral, etika, dan agama. Sehingga konsep **Menski** juga menolak keberadaan sistem “hukum ialah tunggal”. Bagi **Menski**, merupakan hal penting untuk memperhatikan aspek aspek lain (selain hukum) di dalam eksistensi masyarakat yang pluralistis.

611 Ibid., hlm. 10.

612 Satjipto Rahardjo, 2009, Hukum dan Perilaku: Hidup Baik adalah Dasar Hukum yang Baik, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta, hlm. 46.

613 Ibid.

614 Ibid.



BAB VIII

SISTEM HUKUM

“Het recht hinkt achter de feiten aan”

Mengawali bab ini, dikutip sebuah ungkapan usang dalam Bahasa Belanda yang berarti hukum itu ketinggalan dari peristiwanya. Kendatipun tidak begitu sependapat dengan ungkapan tersebut, sebab hukum itu *geen persoon* tetapi adalah sebuah sistem yang terdiri dari sub-sub sistem. Konsekuensinya, jika terjadi kekurangan pada suatu subsistem, maka akan ditutupi oleh subsistem yang lain. Pada bab Sistem Hukum ini akan diulas mengenai definisi sistem, definisi sistem hukum, arti penting dan ciri-ciri sistem hukum, sistem aturan hukum dan sistem hukum Indonesia.

A. Definisi Sistem

Istilah sistem berasal dari bahasa Yunani “*systema*” yang berarti suatu keseluruhan yang tersusun dari sekian banyak bagian (*whole compound of several parts*). Sistem juga diartikan sebagai hubungan yang berlangsung di antara satuan-satuan atau komponen secara teratur (*an organized, functioning relationship among units or components*)⁶¹⁵. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, sistem diartikan seperangkat unsur yang secara teratur saling berkaitan sehingga membentuk suatu totalitas. Masih menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, sistem juga diartikan sebagai susunan yang teratur dari pandangan teori dan asas⁶¹⁶.

Berdasarkan berbagai definisi di atas, sistem dapat diartikan sebagai tatanan atau kesatuan yang utuh yang berhubungan dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain. Antara satu bagian atau unsur harus dilihat keterkaitan dengan bagian

615 Lihat : William A. Shorde and Dan Voich, *Organization and Management; Basic System Concepts*, Irwin Book Co., Malaysia 1974, hlm.115. Elias M. Awad, *System Analysis and Design*, Richard D. Irwin, Homewood, Illinois, 1979, hlm.4. Dalam Otje Salman dan Anton F. Susanto, 2005, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, Refika Aditama., hlm.87.

616 Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, *Op.Cit.*, hlm. 849.

atau unsur yang lain sebagai satu kesatuan. Masing-masing bagian tidak berdiri sendiri atau terlepas satu dengan lain tetapi saling terkait. Sistem terdiri dari subsistem-subsistem. Kekurangan pada suatu subsistem akan dilengkapi atau akan disempurnakan subsistem lainnya. *Id perfectum est quod ex omnibus suis partibus constat* : kesempurnaan hanya didapatkan ketika semua bagian lengkap. Adagium ini mengandung kedalaman makna bahwa kesempurnaan suatu sistem justru terletak pada subsistem-subsistem yang membangun sistem secara terstruktur.

Suatu sistem ada yang bersifat tertutup dan ada yang bersifat terbuka. Sistem tertutup mengandung makna bahwa sistem tersebut tidak berinteraksi dan tidak dipengaruhi oleh faktor-faktor di luar sistem itu sendiri. Sebaliknya, sistem terbuka adalah sistem yang memiliki hubungan timbal balik atau dipengaruhi oleh faktor-faktor di luar sistem itu sendiri. Demikian pula suatu sistem ada yang merupakan sistem yang konkrit dan sistem yang abstrak. Sistem konkrit adalah sistem yang dapat diraba dan dapat dilihat, sedangkan sistem abstrak atau konseptual bersifat immateriil sebagai kesatuan pemikiran.

B. Definisi Sistem Hukum

Per definisi sistem di atas, **Sudikno Mertokusumo** memberi pengertian sistem hukum sebagai tatanan atau kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain yaitu kaedah atau pernyataan tentang apa yang seharusnya, sehingga sistem hukum merupakan sistem normatif. Tegasnya, suatu kumpulan unsur-unsur yang ada dalam interaksi satu sama lain yang merupakan satu kesatuan yang terorganisasi dan kerjasama ke arah tujuan kesatuan. Sedangkan struktur adalah bagian-bagian atau unsur-unsur dalam sistem yang memiliki hubungan khusus dan merupakan tatanan yang khusus pula⁶¹⁷.

617 Sudikno Merokusumo, Penemuan Hukum, Op.Cit., hlm. 23-24.

Dengan demikian, sistem hukum adalah suatu kumpulan unsur-unsur yang ada dalam interaksi satu sama lain sebagai satu kesatuan yang terorganisasi dan kerjasama ke arah kesatuan. Arti pentingnya tiap bagian terletak dalam ikatan sistem sebagai satu kesatuan dengan hubungan yang sistematis antara peraturan yang satu dengan peraturan lainnya. Oleh karena itu, *fractionem diei non recipit lex* : hukum tidak memiliki kekurangan.

Sebagai sistem normatif, unsur-unsur yang membentuk sistem adalah kaidah atau putusan pengadilan tentang apa yang seharusnya. Oleh karena itu dua faktor penentu dan merupakan identitas sistem adalah ruang lingkup berlakunya dan sumber-sumbernya. Ruang lingkup berlaku suatu sistem adalah kepada siapa aturan tersebut ditujukan. Tegasnya, kita berbicara mengenai *adressaat* dari suatu norma hukum. Biasanya norma hukum ditujukan kepada setiap orang yang berada dalam teritorial suatu negara. Hal ini berkaitan dengan sistem hukum nasional. Ada juga norma hukum yang ditujukan kepada setaip orang dalam batas-batas teritorial suatu daerah. Hal ini berkaitan dengan sistem hukum lokal sebagai subsistem hukum nasional.

Sedangkan sumber hukum dari suatu sistem hukum adalah berbagai peraturan perundang-undangan yang bersifat mengikat dan keberlakuan dapat dipaksakan. Hal ini berkaitan dengan hukum publik yang mengatur hubungan hukum antar negara dengan warga negara. Pada umumnya, substansi aturan hukum publik berisi perintah dan larangan dengan sifat imperatif. Sebaliknya, terdapat juga sistem hukum yang bersumber dari perjanjian atau kebiasaan yang keberlakuannya bersifat fakultatif karena berisi aturan-aturan berupa suatu perkenaan.

Sistem hukum merupakan sistem terbuka karena berinteraksi timbal balik dengan hal-hal di luar sistem hukum itu sendiri. Selain itu terdapat juga faktor-faktor di luar hukum yang mempengaruhi bekerjanya suatu sistem hukum. Demikian pula, sistem hukum merupakan sistem bersifat abstrak atau konseptual. Pembagian atau klasifikasi hukum terdiri

dari fungsi hukum sebagai kriterium, kriterium waktu berlakunya dan kriterium daya kerjanya. Kriterium waktu berlakunya adalah hukum positif yang saat ini sedang berlaku atau *ius conctitutum* dan hukum yang dicita-citakan atau *ius constituendum*. Sedangkan kriterium daya kerjanya ada yang bersifat imperatif sebagai pemaksa dan ada yang bersifat fakultatif sebagai pilihan.

C. Arti Penting Dan Ciri-Ciri Sistem Hukum

Seperti yang telah diutarakan di atas bahwa sistem hukum adalah sistem norma atau sistem kaidah sehingga ada beberapa arti penting dari sistem hukum. **Pertama**, memudahkan penguasaan terhadap kompleksitas kenyataan permasalahan yang ada. Tidak selamanya suatu peristiwa hukum hanya terkait suatu bidang hukum semata. Acap kali suatu permasalahan hukum meliputi beberapa bidang hukum. Dalam konteks ini sistem hukum lebih memudahkan penyelesaian atas permasalahan yang timbul dari suatu peristiwa hukum.

Kedua, arti penting sistem hukum adalah memotivasi pemecahan hukum. Dalam rangka memecahkan masalah-masalah hukum, penguasaan terhadap sistem hukum itu sendiri merupakan syarat mutlak. Artinya, setelah memahami sistem hukum yang ada, kemudian dihubungkan dengan berbagai permasalahan untuk kemudian dicarikan pemecahan atau solusi yang tepat atas permasalahan tersebut.

Arti penting **ketiga** dari sistem hukum adalah alat bantu untuk menelusuri suatu lembaga hukum. Sebagai suatu sistem, hukum tidak hanya berisi aturan-aturan hukum semata tetapi juga memiliki struktur hukum termasuk lembaga-lembaga hukum yang tentunya berfungsi untuk menegakkan hukum itu sendiri. Hukum itu menjadi dinamis justru karena ada lembaga hukum yang menyesuaikan dengan perkembangan zaman, termasuk berbagai faktor di luar hukum yang mempengaruhi bekerjanya sistem hukum.

Keempat, arti penting sistem hukum adalah mempermudah mengetahui ikhtisar dalam hukum. Sebagaimana dikatakan pada Bab I di atas bahwa hukum meliputi banyak aspek. Hukum mengatur seluruh kehidupan masyarakat. Hukum harus senantiasa disesuaikan dengan perkembangan masyarakat. Kompleksitas hukum akan dipermudah oleh sistem hukum itu sendiri yang terdiri dari subsistem-subsistem untuk memberikan pemahaman terhadap bidang hukum tertentu, baik sebagai bagian dari sistem hukum maupun sebagai satu kesatuan dalam sistem hukum.

Kelima atau yang terakhir, arti penting sistem hukum adalah memungkinkan untuk menemukan dan mengisi kekosongan hukum dengan sederhana. Sebagai suatu sistem yang terdiri dari subsistem-subsistem, kekurangan pada suatu subsistem akan dilengkapi oleh subsistem lainnya. Demikian pula jika terjadi kelemahan pada suatu subsistem akan disempurnakan oleh subsistem lainnya. Sebagai misal, aturan hukum tidak mungkin mengatur kehidupan manusia secara detail dan terperinci. Jika terjadi permasalahan yang mana tidak diatur oleh hukum, maka penyelesaiannya dapat merujuk pada suatu kebiasaan atau suatu doktrin sebagai subsistem-subsistem dari sistem hukum secara keseluruhan.

Selanjutnya adalah mengenai ciri-ciri dari sistem hukum. **Pertama**, suatu sistem hukum terikat pada waktu dan tempat. Keberlakuan suatu norma hukum tidaklah bersifat abadi namun selalu mengalami perkembangan untuk disesuaikan dengan dinamika masyarakat. Oleh karena itu, sistem hukum terikat dengan waktu. Demikian pula suatu sistem hukum ada kalanya hanya berlaku pada daerah tertentu. Sebagai misal, peraturan daerah yang berlandaskan syariat Islam di Aceh yang disebut dengan *Qanun*. Sistem ini hanya berlaku di daerah Aceh dan tidak berlaku di daerah lainnya.

Kedua, ciri sistem hukum adalah terus-menerus, berkesinambungan dan otonom. Sebagai sistem norma, keberlakuan suatu aturan hukum dimaksudkan untuk jangka waktu yang lama. Artinya, pembentukan

hukum tidak hanya memperhatikan situasi dan kondisi kekinian tetapi juga harus mengantisipasi berbagai kemungkinan di masa mendatang. Kalaupun terjadi perubahan, maka harus ada kesinambungan dari pengaturan sebelumnya. Demikian pula sistem hukum bersifat otonom. Artinya, jika terjadi permasalahan, akan diselesaikan oleh sistem itu sendiri.

Ciri **ketiga** dari sistem hukum adalah mengenal pembagian di dalamnya. Secara garis besar ada beberapa pembagian hukum seperti hukum materiil dan hukum formil. Hukum materiil adalah substansi yang berisi suatu pokok permasalahan yang akan diatur, sedangkan hukum formil adalah untuk menegakkan hukum materiil. Dalam pembentukan hukum di Indonesia – khususnya di luar kodifikasi – tidak jarang suatu undang-undang yang dibuat berisi hukum materiil dan juga hukum formil.

Pembagian hukum lainnya adalah hukum publik dan hukum privat. Hukum publik mengatur hubungan hukum antara negara dengan warga negara, sementara hukum privat mengatur hubungan hukum antar warga negara. Termasuk hukum publik antara lain adalah hukum tata negara, hukum pidana, hukum administrasi negara dan hukum pajak. Sedangkan termasuk hukum privat adalah hukum perdata yang masih dibagi lagi menjadi hukum perdata barat, hukum perdata adat dan hukum perdata Islam.

Berikutnya adalah ciri **keempat** dari sistem hukum yaitu tidak menghendaki adanya konflik antara unsur-unsur atau bagian-bagian. Tegasnya, antara subsistem yang satu dengan subsistem yang lain tidak boleh terjadi pertentangan. Hal ini didasarkan pada postulat **non est certandum de regulis juris** : tidak ada hukum yang bertentangan antara satu dengan lainnya. Apa yang terjadi jika antara unsur-unsur atau bagian-bagian terjadi pertentangan ? Jika terjadi demikian maka akan diselesaikan oleh sistem hukum itu sendiri. Di sinilah arti penting sistem hukum sebagai satu kesatuan yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur.

Ciri **kelima** dari sistem hukum adalah sebagai pelengkap. Sebagai sistem norma, sistem hukum tidak hanya terdiri peraturan hukum konkret semata tetapi juga terdiri dari asas-asas hukum, doktrin, yurisprudensi dan lain sebagainya sebagai subsistem dari sistem hukum secara utuh. Oleh karena itu jika terjadi kekurangan pada satu subsistem maka akan dilengkapi atau disempurnakan oleh subsistem lainnya. Ciri terakhir atau yang **keenam**, sistem hukum memiliki konsep yang fundamental. Artinya, suatu sistem hukum dikonstruksi berdasarkan nilai-nilai, asas-asas yang paling mendasar dalam interaksi hubungan antara individu dengan individu yang lain maupun antara individu dengan negara.

D. Sistem Aturan Hukum

Hukum dalam pengertian sebagai undang-undang adalah produk politik sebab kekuasaan pembentuk undang-undang ada pada parlemen sebagai lembaga atau institusi politik. Oleh karena itu sistem aturan hukum sebagai sistem terbuka dipengaruhi oleh sistem politik dan lingkungan, kondisi serta keadaan. Lingkungan memberikan pengaruh, masukan, aspirasi dan tuntutan yang kemudian diproses melalui sistem. Proses-proses tersebut menghasilkan kebijakan publik sebagai *out put*. Dalam rangka menegakkan sistem hukum, dibentuklah lembaga-lembaga yang masing-masing memiliki fungsinya sendiri-sendiri untuk membentuk dan menegakkan hukum. Fungsi sistem aturan hukum yang dipengaruhi oleh sistem politik adalah untuk mengelola konflik agar tidak menimbulkan kekerasan. Selain itu juga berfungsi menjalankan atau menegakkan kebijakan publik yang telah dilegitimasi oleh hukum.

Menurut **Friedman**, ada tiga unsur yang terkait sistem aturan hukum. **Pertama**, *legal structure* atau struktur hukum. **Kedua**, *legal substance* atau substansi hukum dan **ketiga** adalah *legal culture* atau budaya

hukum⁶¹⁸. Struktur hukum ini meliputi lembaga atau institusi penegak hukum. Termasuk di dalamnya juga adalah profesionalisme aparat penegak hukum yang sangat berkaitan erat dengan kualitas sumber daya manusianya. Dua hal terkait profesionalisme dan kualitas sumber daya manusia adalah pola rekrutmen, sistem pendidikan dan jenjang karir.

Substansi hukum meliputi, isi dari suatu aturan. Bahkan lebih dari itu, substansi hukum juga meliputi bagaimana cara pembentukannya. Apakah sudah sesuai dengan prosedur dan tata cara pembentukannya ? Apakah substansi hukum responsif terhadap perkembangan dalam masyarakat ? Apakah substansi hukum akan menimbulkan permasalahan dalam penegakkan ataukah tidak.

Budaya hukum atau *legal culture* pada hakikatnya adalah kesadaran hukum masyarakat. Ketaatan masyarakat terhadap suatu aturan merupakan prasyarat utama bekerjanya suatu sistem aturan hukum dengan baik. Kesadaran hukum masyarakat ini tidak terlepas dari nilai-nilai yang terkandung oleh suatu bangsa. Ketaatan terhadap aturan hukum haruslah bersifat otonom. Artinya, ada kesadaran dari hati nurani untuk mentaati aturan. Ketaatan terhadap aturan hukum sebaiknya tidak bersifat heteronom. Artinya, ketaatan tersebut berdasarkan adanya tekanan atau paksaan dari luar diri sendiri.

Berkaitan dengan fungsi sistem hukum, **Friedman** berpendapat paling tidak ada empat fungsi sistem hukum. **Pertama**, menyelesaikan sengketa. **Kedua**, memberi hukuman bagi perilaku yang menyimpang. **Ketiga**, pendorong perubahan sosial perilaku manusia. **Keempat** atau yang terakhir adalah sebagai pencatatan atau dokumentasi. Fungsi pertama dan kedua pada hakikatnya hukum bertujuan untuk melindungi kepentingan. Sering kali dalam pelaksanaan hak dan kewajiban terjadi konflik kepentingan antara satu dengan yang lain sehingga timbul

618 L.M Friedman, Op.Cit., hlm. 11.

perselisihan atau sengketa. Dalam konteks ini hukum berfungsi untuk mencari solusi dari sengketa tersebut.

Masih berkaitan dengan fungsi melindungi kepentingan, pada dasarnya kepentingan yang dilindungi oleh hukum adalah kepentingan negara, kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Dalam rangka melindungi kepentingan tersebut, aturan hukum hampir selalu berisi mana perbuatan yang boleh dilakukan dan mana perbuatan yang tidak boleh dilakukan. Mana perbuatan yang harus dilakukan dan mana perbuatan yang bersifat perkenaan. Pelanggaran terhadap norma yang berisi larangan atau tidak mematuhi norma yang bersifat perintah hampir selalu disertai dengan sanksi. Dengan demikian hukum berfungsi memberikan sanksi bagi perilaku yang meyimpang.

Fungsi ketiga, lebih berkaitan dengan adaptasi terhadap kehidupan masyarakat. Sistem aturan hukum tidaklah statis melainkan dinamis. Artinya, sistem aturan hukum bisa menyesuaikan dengan perkembangan zaman. Perkembangan dalam masyarakat sangat dipengaruhi oleh kemajuan di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi. Hal ini membawa dampak sudah tidak ada lagi sekat antar negara, antar masyarakat bahkan antar individu. Kendatipun demikian, dalam kerangka perlindungan, hukum harus disesuaikan dengan berbagai kemajuan sehingga tercipta masyarakat modern yang damai dan sejahtera.

Fungsi keempat berkaitan dengan hal-hal yang bersifat administrasi. Hal ini berkaitan dengan pembuktian dalam sistem aturan hukum. Sebagai misal, kepemilikan seseorang terhadap benda-benda tidak bergerak harus didokumentasikan sebagai tanda kepemilikan. Demikian pula dalam berbagai tindakan hukum atau hubungan hukum haruslah dicatat atau didokumentasikan. Hal ini bertujuan sebagai bukti bilamana di kemudian hari terjadi sengketa atau perselisihan, baik dalam konteks keperdataan, pidana maupun administratif.

Selanjutnya terkait *rule of law*. Istilah *rule of law* merupakan tipikal dari *Anglo Saxon system* yang dapat diartikan sebagai hubungan antara orang dengan hukum dalam artian warga negara atau masyarakat yang harus patuh pada hukum. Kendatipun tidak sama persis, istilah *rule of law* sering kali dipadankan dengan istilah *rechtsstaat* (Belanda), *etat de droit* (Perancis), *stato di diritto* (Italia) dan *estado de derecho* (Spainyol) dalam tradisi Eropa kontinental⁶¹⁹, padahal istilah tersebut lebih merujuk pada negara atau government. Paling tidak unsur-unsur yang berkaitan dengan *rule of law* adalah sebagai berikut : **Pertama**, prosedural. Unsur ini menghendaki hukum harus tertulis. Substansi hukum harus jelas, pasti, berlaku umum, relatif konstan dan harus disosialisasikan. Syarat keberlakuan hukum adalah persetujuan rakyat – dalam hal ini – melalui parlemen yang akan menentukan dan mempengaruhi isi hukum. Selain itu tindakan negara harus tunduk pada hukum agar tidak terjadi kesewenang-wenangan.

Unsur *rule of law* yang **kedua** adalah substantif. Semua aturan hukum dan interpretasi hukum harus tunduk pada prinsip keadilan dan *due process*. Perlindungan terhadap hak-hak individu, baik secara normatif maupun pelaksanaannya. Keberadaan negara bermanfaat untuk kesejahteraan ekonomi dan sosial individu. Demikian pula perlindungan terhadap hak-hak kelompok dan generasi yang akan datang. *Due process* lahir dari amandemen ke-5 dan ke-14 konstitusi Amerika untuk mencegah penghilangan atas kehidupan, kebebasan dan hak milik oleh negara tanpa suatu proses hukum. *Due process* menghasilkan prosedur dan substansi perlindungan terhadap individu⁶²⁰. Setiap prosedur dalam *due process* menguji dua hal. **Pertama**, apakah penuntut umum telah menghilangkan kehidupan, kebebasan dan hak milik tersangka tanpa prosedur. **Kedua**, jika menggunakan prosedur, apakah prosedur yang ditempuh sudah sesuai dengan *due process*⁶²¹.

619 Pietro Costa and Danilo Zolo, 2007, *The Rule Of Law : History, Theory and Criticism*, Springer, hlm. 3.

620 Rhonda Wasserman, 2004, *Procedural Due Process : A Reference Guide to the United States Constitution*, Greenwood Publishing Group, hlm. 1.

621 Ibid., hlm. 31.

Dalam sistem peradilan pidana, **Hebert L. Packer** selain memperkenalkan *due process model*, juga memperkenalkan *crime control model*. Kedua model tersebut memiliki karakteristik tersendiri. *Crime control model* memiliki karakteristik efisiensi, mengutamakan kecepatan dan *presumption of guilt* sehingga tingkah laku kriminal harus segera ditindak dan si tersangka dibiarkan sampai ia sendiri yang melakukan perlawanan. Model ini diibaratkan seperti sebuah bola yang sedang digelinding dan tanpa penghalang. Sedangkan *due process model* memiliki karakteristik menolak efisiensi, mengutamakan kualitas dan *presumption of innocent* sehingga peranan penasehat hukum amat penting sekali dengan tujuan jangan sampai menghukum orang yang tidak bersalah. Model ini diibaratkan seperti orang yang sedang melakukan lari gawang. Kedua model tersebut adalah nilai-nilai yang bersaing tetapi tidak berlawanan⁶²².

Di Amerika – sebagai suatu negara yang menjunjung tinggi *due process of law* – seorang tersangka ketika ditangkap tidak disebutkan hak-haknya oleh penyidik dapat mengakibatkan tersangka tersebut dibebaskan. Hal ini dikenal dengan istilah **Miranda Warning**⁶²³ atau “**The Four Miranda Warning**” yang bunyinya : “*You have the right to*

622 Hebert L Packer, 1968, *The Limits of the Criminal Sanction*, Oxford University Press, hlm. 164 – 165.

623 Pada tahun 1963 di Arizona, Amerika Serikat, seorang pemuda bernama Ernesto Miranda ditangkap polisi dengan tuduhan melakukan tindakan penculikan dan pemerkosaan terhadap seorang perempuan berusia 18 tahun dan diinterogasi. Setelah 2 jam di dalam ruang interogasi, Ernesto Miranda menandatangani pengakuan bahwa ia telah menculik dan memperkosa perempuan yang dimaksud, namun ternyata sebelumnya dirinya tidak diberikan hak untuk diam dan hak untuk mendapatkan pengacara guna mendampingi dalam pemeriksaan tersebut. Pengakuan tertulis yang dibuat oleh Miranda tersebut kemudian dihadirkan di persidangan sebagai bukti dan berdasarkan bukti tersebut Miranda dihukum penjara selama 20 tahun. Atas vonis tersebut, Miranda mengajukan keberatan ke Supreme Court. Dengan mempertimbangkan 3 kasus lain yang serupa, keberatan tersebut dikabulkan oleh Supreme Court dan menyatakan bahwa pengakuan yang dibuat Miranda tidak sah, karena sebelumnya tidak diberikan hak-haknya sebagai tersangka. Namun hal tersebut ternyata tidak membebaskan Miranda, hanya menanggukkan hukumannya. Pernyataan Supreme Court Amerika pada tahun 1966 bahwa pengakuan Miranda tidak sah, maka sejak saat itu hak-hak tersangka mulai diperhatikan dengan serius. Peristiwa tersebut dikenal sebagai tonggak lahirnya Miranda Rule.

remain silent. Anything you say can be used against you in a court of law. You have the right to speak to an attorney, and to have an attorney present during any questioning. If you cannot afford a lawyer, one will be provided for you at government expense”.

Kendatipun demikian, di Amerika tidak ada aturan yang baku bagaimana seorang polisi memberikan *warning* kepada tersangka, namun *Supreme Court* di sana memberikan petunjuk yang harus diikuti sebagai berikut : *“The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he or she has the right to remain silent, and that anything the person says may be used against the person in court, the person must be clearly informed that he or she has the right to consult with an attorney and to have that attorney present during questioning, and that, if he or she is indigent, an attorney will be provided at no cost to represent him or her”.*

Unsur terakhir atau yang **ketiga** dari *rule of law* adalah kontrol internal dan institusi penjaga. Hal ini berkaitan dengan ada tidaknya prosedur pemeriksaan internal untuk mencegah perbuatan aparat pemerintah yang melawan hukum. Sebagai misal, adanya bagian inspektorat pada insitansi pemerintah. Hal lain yang berkaitan dengan institusi penjaga yakni ada – tidaknya lembaga peradilan yang mandiri, bebas dari pengaruh dalam menafsirkan atau menerapkan hukum dan setiap orang memiliki akses ke pengadilan. Dalam konteks ini kita berbicara mengenai kekuasaan kehakiman yang bebas untuk tidak terpengaruh dari faktor-faktor ekstra judisil dalam memeriksa dan memutus setiap perkara.

Masih berkaitan dengan kebebasan kekuasaan kehakiman, yakni hal-hal yang memepengaruhi objektivitas pengadilan. Sidang pengadilan dinyatakan terbuka untuk umum adalah salah satu jaminan untuk menjaga objektivitas pengadilan. Sidang yang terbuka untuk umum adalah sebagai *social control* terhadap jalannya pengadilan. Akan tetapi ada perkara-perkara tertentu, sidang pengadilan dinyatakan tertutup seperti pada perkara-perkara yang melibatkan anak dan perkara-perkara kesusilaan.

Hal lain yang juga turut menjaga objektivitas pengadilan adalah pemeriksaan perkara dilakukan dengan hakim majelis. Artinya, penilaian terhadap perkara hukum yang sedang disidangkan, tidak hanya diletakkan pada seorang hakim. Pengadilan dengan sistem hakim majelis berlaku universal, kecuali di Amerika yang menggunakan sistem *unus udex* atau hakim tunggal. Dalam pengadilan di Amerika, penentuan benar – salah dilakukan oleh juri. Kendatipun demikian, hakim di Amerika memiliki hak veto terhadap putusan juri. Pengadilan dengan sistem hakim majelis di Amerika hanya dikenal dalam *Marshal Court* atau pengadilan militer.

Objektivitas pengadilan juga dapat dilihat dari putusan pengadilan yang memuat pertimbangan-pertimbangan hakim yang dijadikan sebagai dasar putusan. Selain pertimbangan yang bersifat mengikat yang disebut *ratio decidendi*, terdapat juga pertimbangan yang tidak bersifat mengikat yang dikenal dengan istilah *obiter dictum*. Oleh karena itu pertimbangan yang bersifat *obiter dictum* tidak mengikat untuk kasus-kasus di masa mendatang, namun terkadang dapat saja *obiter dictum* mempunyai otoritas persuasif signifikan. *Obiter dicta* (bentuk jamak dari *dictum*) tidak mengikat karena dibuat hakim tanpa harus mengujinya terlebih dahulu dan mempertimbangkan masing-masing konsekuensi aktualnya. Artinya, kemungkinan besar pertimbangan yang diberikan untuk *obiter dicta* tidak sematang yang dialami *ratio decidendi*⁶²⁴.

Terakhir, berkaitan dengan objektivitas pengadilan, namun khusus dalam perkara pidana adalah hak ingkar terdakwa. Artinya, dalam persidangan perkara pidana, terdakwa berhak untuk mengingkari dakwaan penuntut umum terhadapnya. Bahkan, terdakwa dapat menolak untuk diperiksa oleh hakim, atau penuntutan oleh jaksa yang mana dalam pandangan terdakwa, hakim atau jaksa tersebut mempunyai konflik kepentingan dengan perkara yang didakwakan terhadapnya.

624 Michael Bogdan, 2010, Pengantar Perbandingan Sistem Hukum, Nusa Media, Jakarta, hlm 143.

Kembali kepada unsur terakhir dari *rule of law* yaitu kontrol internal dan institusi penjaga adalah ada tidaknya lembaga-lembaga yang memiliki kewenangan menjaga *rule of law*. Dalam sistem hukum di Indonesia lembaga-lembaga yang menjaga *rule of law* seperti Komisi Kejaksaan, Komisi Kepolisian, Komisi Perlindungan Anak, Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban, Ombudsman dan lain sebagainya. Ada juga institusi atau lembaga penjaga *rule of law* yang lebih menitikberatkan pada etika profesi dan bukan institusi atau lembaga resmi negara seperti ikatan profesi. Contohnya : Ikatan Notaris Indonesia, Ikatan Dokter Indonesia dan lain sebagainya.

Hal terakhir dari sistem aturan hukum adalah mengenai berbagai sistem aturan hukum di dunia. Secara garis besar paling tidak ada empat sistem aturan hukum di dunia : ***PERTAMA***, *Civil Law System* atau sistem hukum sipil atau sistem Eropa Kontinental. Menurut sejarahnya, sistem hukum Eropa Kontinental berasal dari hukum-hukum Romawi. Kodifikasi hukum Romawi dilakukan pada zaman **Kaisar Justianus** di Negara Byzantium⁶²⁵. Secara garis besar kodifikasi hukum Romawi terdiri dari tiga himpunan hukum Romawi, yaitu *Edikta Theodoricus* yang diundangkan oleh Raja Goten Timur di Italia Utara, *Lex Romana Burgondionum*, hukum Romawi orang-orang Burgondia dan *Lex Romana Visigothorum*, hukum Romawi orang-orang Goten Barat ⁶²⁶.

Pada abad V sampai dengan abad VII saat terjadi Romanisasi di Eropa barat, hukum Romawi mengalami evolusi dengan hukum-hukum kebiasaan Germana. Di saat itu pula *Leges Babarorum* juga berlaku di Eropa barat yang berisi naskah-naskah hukum kuno, antara lain adalah *Lex Salica*. *Lex Salica* adalah kitab hukum yang dikenal dengan nama *Franka Salia* yang banyak berisi ketentuan-ketentuan pidana⁶²⁷. Kebangkitan hukum Romawi terjadi pada akhir abad XI yang ditandai dengan gerakan di Bologna, Italia. Pada saat itu ilmu pengetahuan

625 Peter Stein, *Roman Law in European History*, Op.Cit., hlm. 1.

626 John Gilissen & Frits Gorle, 2009, Op.Cit, hlm. 211

627 Ibid, hlm. 217.

hukum diajarkan di universitas-universitas, khususnya terkait hukum-hukum Romawi⁶²⁸.

Hukum-hukum yang diajarkan di universitas-universitas merupakan hukum tertulis yang berlaku di semua negara dengan cara yang sama sehingga diakui sebagai *ius commune* benua Eropa yang disebut sebagai Eropa kontinental. Selain itu, hukum-hukum yang diajarkan di universitas-universitas lebih lengkap, tidak hanya naskah hukum semata tetapi juga institusi-institusi atau lembaga-lembaga penegakkan hukum. Perkembangan lebih lanjut, *civil law system* tidak hanya berlaku di Eropa barat tetapi juga berlaku di negara-negara bekas jajahannya termasuk Indonesia.

Kodifikasi atau menyatukan berbagai aturan hukum dalam suatu kitab undang-undang adalah salah satu ciri sistem Eropa kontinental. Pembentukan hukum tidaklah berdasarkan kasus per kasus tetapi dibentuk oleh lembaga yang memegang kekuasaan pembentuk undang-undang atau *legislative power*⁶²⁹. Di Indonesia, pembentukan undang-undang dilakukan oleh DPR dengan persetujuan Presiden. Namun demikian, Presiden dalam hal ini adalah pemerintah berhak untuk mengajukan suatu rancangan undang-undang. Hal lain yang juga merupakan ciri khas dari sistem Eropa kontinental adalah dalam ranah penemuan hukum yang akan dibahas dalam bab tersendiri.

KEDUA, *Common Law System* atau *Anglo Saxon System* atau sistem *Common Law*. Nama tersebut diberikan kepada tatanan hukum yang tumbuh dan berkembang di Inggris pada zaman **Raja Edward I**⁶³⁰. Ungkapan *Common Law* digunakan untuk menyebutkan hukum Inggris secara keseluruhan baik yang berlaku di Inggris maupun yang berlaku di daerah jajahannya seperti Amerika, Canada, Australia, Selandia

628 Peter Stein, Op.Cit, hlm. 52.

629 Ibid, hlm. 59.

630 O. Hood Phillips and A.H. Hudson, First Book of English Law, Op.Cit, hlm. 9.

Baru dan lain sebagainya⁶³¹. Sedangkan istilah *Anglo Saxon* berasal dari dua suku asal Jerman yaitu Anglo dan Saxon yang menduduki Inggris pada abad ke V, namun hukum yang digunakan *Anglo* dan *Saxon* bersumber dari Skandinavia (Denmark dan Norwegia). Hukum-hukum dari kedua suku tersebut kemudian menjadi kebiasaan dan tradisi hukum di Inggris⁶³².

Sebutan *common law* atau *commune loy* atau *loi commune* adalah untuk membedakan dengan sebutan *Law French* sebagai bahasa hukum yang digunakan secara umum berbasiskan hukum Romawi yang berlaku di daratan Eropa⁶³³. Istilah "*common law*" sendiri di daratan Eropa mengandung makna *ius commune* atau hukum umum untuk menyatukan hukum yang dipelajari di universitas-universitas yang berbasiskan hukum Romawi. Perkembangan lebih lanjut, para jurisdiktor di Inggris menggunakan istilah *common law* untuk membandingkannya dengan *civil law*, istilah yang digunakan di Eropa kontinental yang dipengaruhi oleh *Corpus Iuris Civilis*⁶³⁴.

Common law sistem pada dasarnya adalah *judge made law*. Artinya, hukum yang dibentuk oleh hakim-hakim kerajaan melalui putusan pengadilan dan kekuatan mengikat terhadap putusan hakim sebelumnya yang dikenal dengan istilah *the binding force of precedent*⁶³⁵. Beberapa perbedaan prinsip antara *Common Law* dengan *Civil Law* adalah sebagai berikut : **Pertama**, *Common Law* adalah "*judge made law*" sedangkan dalam *Civil Law*, peradilan hanya memainkan peranan yang sangat kecil di dalam pembentukan dan perkembangan tatanan-tatanan hukum.

Kedua, *Common Law* adalah sebuah hukum pengadilan, yang di dalam pembentukannya, proses pengadilan memegang peranan yang

631 John Gilissen & Frits Gorle, Op.Cit., hlm. 347

632 O. Hood Phillips and A.H. Hudson, Op.Cit., hlm. 4.

633 John Gilissen & Frits Gorle, Op.Cit., hlm. 348.

634 Ibid., hlm. 349

635 O. Hood Phillips and A.H. Hudson, Op.Cit., hlm. 5.

besar sedangkan dalam *Civil Law* proses tersebut hanya merupakan fungsi tambahan di dalam tatanan hukum. **Ketiga**, Kebiasaan-kebiasaan lokal tidak memainkan peranan di dalam evolusi *Common Law*, sedangkan di *Civil Law*, pengaruh-pengaruh kebiasaan sampai pada abad XVIII masih tetap penting. **Keempat**, dalam *Common Law*, perundang-perundangan sampai dengan abad XIX hanya memainkan peranan yang menunjang, sedangkan dalam *Civil Law* sejak abad XIII sampai pada abad XIX secara berangsur-angsur menjadi sumber hukum terpenting. Oleh karena itu, tatanan hukum *Civil Law* sebagian besar adalah tatanan hukum yang dikodifikasi, sedangkan di *Common Law* tidak mengenal kodifikasi⁶³⁶.

KETIGA, *Islamic Law* atau hukum Islam. Pada hakikatnya hukum Islam berlaku bagi semua orang yang beragama Islam. Artinya, sistem hukum ini tidak dibatasi oleh teritorial suatu negara. Akan tetapi, tidak semua negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam menerapkan sistem hukum ini. Hukum Islam lebih pada aspek agama yang secara garis besar terdiri dari teologi sebagai dogma yang diyakini kebenarannya oleh yang beragama Islam dan Syariat yang berisi hukum-hukum atau ketentuan-ketentuan yang berisi perintah atau larangan.

Syariat Islam bersumber dari *Alqur'an* yang merupakan kitab suci Agama Islam yang terdiri dari 30 juz, 114 surat dan 6666 ayat. Kitab suci ini diturunkan atau diwahyukan kepada **Nabi Muhammad SAW** dalam jangka waktu 22 tahun, 2 bulan dan 22 hari sesuai masa kenabian **Muhammad**. Sebagian surat-surat dalam *Alqur'an* diturunkan di Mekah dan sebagiannya lagi diturunkan di Madinah. Selain *Alqur'an*, yang juga menjadi sumber hukum Islam adalah *Alhadist* yang merupakan ucapan Nabi Muhammad SAW.

636 John Gilissen & Frits Gorle, Op.Cit., hlm. 350. Bandingkan dengan O. Hood Phillips and A.H. Hudson, Op.Cit., hlm.5-6.

Negara-negara yang menerapkan hukum Islam tersebar di Afrika dan Asia. Di benua Afrika, negara-negara yang menggunakan hukum Islam antara lain adalah Alzasair, Mesir, Libya, Maroko dan Sudan. Sedangkan di benua Asia seperti di Arab Saudi, Iran, Irak, Suria, Afganistan dan Pakistan. Di Indonesia, kendatipun jumlah penduduk beragama Islam terbesar di dunia, namun hukum Islam hanya berlaku secara parsial, khusus hukum perdata bagi para pemeluk agama Islam semata. Namun dalam perkembangan dengan adanya otonomi khusus, di Daerah Istimewa Aceh, sistem hukum lokal menggunakan syariat Islam yang dikenal dengan istilah *Qanun*.

KEEMPAT, atau yang terakhir adalah *Customory Law System* atau sistem hukum kebiasaan. Pada dasarnya hukum kebiasaan lahir dari tradisi yang hidup dalam masyarakat. Agar suatu kebiasaan dapat menjadi hukum diperlukan beberapa syarat. ***Pertama***, hal tersebut bukan merupakan kebiasaan individual, melainkan kebiasaan masyarakat. Tegasnya, kebiasaan tersebut tidak sebatas seorang anggota masyarakat tetapi dilakukan oleh masyarakat sebagai satu kesatuan. ***Kedua***, Kebiasaan tersebut berupa suatu perbuatan positif dalam pengertian melakukan suatu perbuatan atau tidak melakukan suatu perbuatan. ***Ketiga***, kehidupan sebagai suatu kebiasaan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu harus dialami oleh masyarakat sehingga mempunyai kekuatan mengikat. ***Keempat***, kebiasaan tersebut harus dikukuhkan oleh penguasa umum⁶³⁷.

Negara-negara di dunia yang menggunakan sistem *customory law* antara lain adalah sebagaian negara di Afrika dan Cina. Sistem hukum Cina lahir dari kebiasaan masyarakat tradisional yang bertumpu pada pengabdian secara ritual dalam ajaran filsafat Konfusionisme. Hukum kebiasaan yang demikian disebut Li. Akan tetapi dalam perkembangan lebih lanjut, tatanan hukum Cina dimasukkan dalam undang-undang, terutama aturan-aturan pidana. Tatanan hukum yang dimasukkan

637 John Gilissen & Frits Gorle, Op.Cit., hlm. 23 -25.

dalam undang-undang disebut Fa⁶³⁸. Tegasnya Li lahir dari kebiasaan-kebiasaan masyarakat secara tradisional mengenai baik – buruk, benar – salah serta nilai-nilai etika dan moral lainnya, sedangkan Fa merupakan aturan tertulis yang dibuat oleh Raja.

Kendatipun aturan-aturan pidana terdapat dalam hukum tertulis sebagai Fa, namun Li sangat berpengaruh . Hal ini terbukti dengan sistem hukum pidana di Cina yang tidak mengenal asas legalitas. Artinya, hakim tetap harus menjatuhkan hukuman terhadap suatu perbuatan yang patut dipidana, meskipun perbuatan tersebut tidak tercantum dalam undang-undang pidana Cina. Artinya, hakim harus menggunakan analogi terhadap perbuatan konkrit yang patut dipidana dengan perbuatan yang paling mendekati dalam undang-undang pidana dengan perbuatan konkrit tersebut⁶³⁹. Sistem hukum Cina juga mempengaruhi negara-negara Indocina dan juga Jepang.

E. Sistem Hukum Indonesia

Sistem hukum Indonesia lahir sejak Proklamasi Kemerdekaan Republik Indonesia 1945. Sejak saat itu, sistem hukum kolonial berubah menjadi sistem hukum Indonesia. Oleh karena itu proklamasi disebut sebagai sumber tertib hukum yang pertama. Dalam konteks teoretik, proklamasi adalah sumber hukum yang abnormal karena dengan proklamasi, sistem hukum suatu negara lahir dan mulai berlaku pada saat itu. Sebagai suatu negara yang baru merdeka, tidaklah mungkin dalam waktu sekejap menyusun sistem hukum negaranya. Dengan menggunakan Pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan, “*Segala badan negara yang ada dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini*”, berlakulah sistem hukum Indonesia yang merupakan warisan atau peninggalan sistem hukum kolonial Belanda.

638 Ibid, hlm. 399.

639 Eddy O.S Hiariej, Prinsip-Prinsip Hukum Pidana, Op.Cit., hlm. 88.

Maksud pasal *a quo* adalah untuk mencegah terjadinya *rechtsvacuum* atau kekosongan hukum. Kendatipun Jepang adalah negara yang terakhir menjajah Indonesia, namun sistem hukum yang diwarisi bukanlah sistem hukum Jepang melainkan sistem hukum Belanda. Hal ini mengingat selama lebih dari 350 tahun Belanda menjajah Indonesia telah menciptakan tatanan hukum di daerah koloninya sehingga boleh dikatakan bahwa sistem hukum Indonesia mengadopsi sistem hukum Belanda. Sementara Jepang yang menjajah Indonesia kurang dari 4 tahun, tidak membentuk sistem hukum baru melainkan menggunakan sistem hukum Belanda dengan perubahan-perubahan seperlunya dalam rangka mendukung Jepang untuk memenangkan perang Asia Timur Raya.

Sistem hukum Indonesia yang merupakan warisan sistem hukum kolonial Belanda, secara mutatis mutandis membawa Indonesia dalam tradisi sistem hukum Eropa Kontinental atau *civil law*. Paling tidak ada dua kitab hukum yang digunakan sampai dengan saat ini adalah warisan Pemerintah Kolonial Hindia Belanda yang pembuatannya dilakukan pada awal tahun 1800 di *Twee de Kammer* (parlemen) Belanda yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer). Kedua kitab hukum tersebut bersumber dari *Code Penal* dan *Code Civil* yang berlaku di Perancis. Ketika Belanda diberi kemerdekaan oleh Perancis, ditunjuklah **Pangeran Lodewijk Bonaparte** – adik kandung **Napoleon Bonaparte** – untuk menjadi Raja Belanda, sehingga kedua kitab hukum tersebut dibawa dari Perancis, namun *Twee de Kammer* Belanda melakukan pembahasan ulang terhadap kedua kitab hukum tersebut.

Belanda tidak hanya mengadopsi kedua kitab hukum tersebut secara utuh tetapi melakukan perubahan-perubahan yang cukup mendasar. Sebagai misal, *Code Penal* Perancis yang dibuat oleh **Napoleon Bonaparte** terdiri dari empat buku, masing-masing ketentuan umum, pelanggaran, delik dan kejahatan. Pada saat kitab hukum tersebut di bawa ke Belanda, *Twee de Kammer* Belanda merubah struktur *Code Penal* menjadi *Wetboek van Strafrecht* yang hanya terdiri dari tiga

buku, masing-masing ketentuan umum, kejahatan dan pelanggaran. Kondisi ini tidak sama ketika Pemerintah Indonesia yang baru merdeka mengadopsi sistem hukum Belanda. Dapatlah dikatakan, sistem hukum Indonesia mengadopsi secara utuh sistem hukum Belanda. Kalaupun ada perubahan, hanya sebatas pasal-pasal yang berkaitan dengan bentuk negara. Belanda adalah kerajaan, sedangkan Indonesia adalah republik.

Sehari setelah proklamasi kemerdekaan, Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) mengesahkan konstitusi negara yakni Undang-Undang Dasar (UUD) 1945. Sejak pembentukannya oleh PPKI, UUD 1945 hanya dimaksudkan bersifat sementara. Oleh karena itu, selain singkat dan padat yang hanya terdiri dari 16 bab dan 37 pasal, UUD 1945 memusatkan kekuasaan kepada Presiden. Menurut UUD 1945, Presiden tidak hanya memegang kekuasaan eksekutif tetapi juga memegang kekuasaan membentuk undang-undang dengan persetujuan DPR. Dengan demikian, tidaklah mengherankan bahwa UUD 1945 lebih pada *executive heavy* dan cenderung memusatkan kekuasaan pada presiden. Keadaan ini tidak hanya berlangsung selama perang kemerdekaan 1945 – 1949 tetapi terus berlanjut sampai Orde Lama 1959 – 1966 dan bahkan Orde Baru 1966 – 1998.

Pasca-reformasi 1998, dalam sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) 1999, MPR melakukan amandemen UUD 1945. Diantara amandemen tersebut, salah satu pasal yang krusial adalah kekuasaan pembentuk undang-undang tidak lagi pada presiden, namun diberikan kepada DPR dengan persetujuan presiden. Perubahan mendasar lainnya dalam konteks sistem hukum Indonesia adalah amandemen ketiga UUD 1945 dalam sidang MPR tahun 2001 terkait kekuasaan kehakiman. Berdasarkan Pasal 24 ayat (2) amandemen ketiga UUD 1945 menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya serta Mahkamah Konstitusi.

Sistem hukum di Indonesia juga mengenal hirarki peraturan perundang-undangan yang dimulai dari Undang-Undang Dasar Negara Republik Tahun 1945, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. Materi muatan yang harus diatur dalam undang-undang adalah pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan UUD 1945, perintah suatu undang-undang untuk diatur dengan undang-undang, pengesahan perjanjian internasional tertentu, tindak lanjut atas putusan Mahkamah Konstitusi dan/atau pemenuhan kebutuhan hukum dalam masyarakat.

Undang-undang yang dibuat atas perintah UUD dikenal dengan istilah undang-undang organik yang biasa dibuat atas perintah UUD atau delegasi *provisio*. Sedangkan undang-undang yang dibuat atas perintah undang-undang, biasanya undang-undang yang memerintah adalah suatu *umbrella act* atau undang-undang payung atau undang-undang pokok. Sementara undang-undang yang mengesahkan suatu perjanjian atau konvensi internasional adalah hasil ratifikasi terhadap perjanjian atau konvensi internasional tersebut. Materi muatan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang atau PERPU adalah sama dengan materi muatan undang-undang. Hanya saja PERPU dikeluarkan dalam suatu keadaan darurat atau kegentingan yang memaksa.

Materi muatan Peraturan Pemerintah adalah materi untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Peraturan Pemerintah ini merupakan produk eksekutif dan dikeluarkan oleh presiden sebagai kepala pemerintahan. Materi muatan Peraturan Presiden berisi materi yang diperintahkan oleh undang-undang, materi untuk melaksanakan peraturan pemerintah, atau materi untuk melaksanakan penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan. Materi muatan Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota berisi materi dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan serta menampung kondisi khusus daerah dan/atau penjabaran lebih

lanjut Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi. Peraturan Daerah Provinsi dibentuk oleh DPRD Provinsi dengan persetujuan Gubernur, sedangkan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota dibentuk oleh DPRD Kabupaten/Kota bersama Bupati/Walikota.

Bila dihubungkan antara hirarki perundang-undangan dengan kekuasaan kehakiman yang dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi adalah terkait uji materiil. Mahkamah konstitusi berwenang menguji suatu undang-undang apakah bertentangan atau tidak dengan UUD 1945. Sedangkan untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, apakah sesuai atau tidak dengan undang-undang adalah menjadi kewenangan Mahkamah Agung. Selain menguji materi muatan suatu undang-undang apakah bertentangan atau tidak dengan UUD 1945, Mahkamah Konstitusi juga berwenang memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, memutus perselisihan hasil pemilihan umum serta memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh presiden dan atau wakil presiden.

Selanjutnya kekuasaan kehakiman yang dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dilakukan bersama-sama badan peradilan di bawahnya, masing-masing adalah peradilan umum, peradilan militer, peradilan agama dan peradilan tata usaha negara. Peradilan umum mengadili perkara pidana atau perdata yang berlaku secara umum. Peradilan militer hanya mengadili perkara pidana yang dilakukan oleh anggota militer aktif. Peradilan agama, khusus bagi mereka yang beragama Islam dalam hal perceraian dan gugatan terkait harta warisan. Peradilan tata usaha negara untuk mengadili sengketa tata usaha negara yang mana salah satu pihaknya adalah pemerintah.

Wilayah hukum peradilan umum yang biasa disebut sebagai pengadilan negeri sama dengan wilayah administrasi pemerintahan kabupaten/kota. Sedangkan wilayah hukum pengadilan tinggi adalah wilayah administrasi pemerintahan provinsi. Selain keempat peradilan tersebut

ada juga peradilan khusus yang merupakan bagian dari peradilan umum. Peradilan khusus tersebut dibentuk berdasarkan undang-undang terhadap perkara-perkara tertentu. Termasuk peradilan khusus antara lain pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan anak dan pengadilan niaga.

Hirarki pemeriksaan perkara dalam sistem hukum Indonesia dimulai dari pengadilan negeri atau pengadilan militer atau pengadilan agama atau pengadilan tata usaha negara sesuai dengan pokok perkara yang disidangkan sebagai pemeriksaan tingkat pertama. Bila terdakwa atau penuntut umum, jika penggugat atau tergugat, demikian pula jika pemohon atau termohon tidak menerima putusan pengadilan dalam pemeriksaan tingkat pertama, maka dapat dilakukan upaya hukum berupa banding. Pemeriksaan banding dilakukan oleh pengadilan tinggi, pengadilan tinggi militer, pengadilan tinggi agama atau pengadilan tinggi tata usaha negara. Bila salah satu pihak tidak puas dengan putusan pengadilan tinggi, maka dapat melakukan upaya hukum biasa sebagai upaya hukum terakhir yakni mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung.

Pemeriksaan kasasi dilakukan oleh Mahkamah Agung sebagai upaya hukum terakhir terhadap semua putusan badan peradilan di bawah Mahkamah Agung. Hakim pada Mahkamah Agung dikenal dengan istilah *judex juris*. Artinya, hakim pada Mahkamah Agung tidak memeriksa fakta, melainkan hanya memeriksa hukum dari suatu perkara yang dimintakan kasasi. Hal ini berlainan dengan hakim pada pemeriksaan tingkat pertama dan pemeriksaan banding yang disebut sebagai *judex factie*. Artinya, selain memeriksa hukum, hakim pada pemeriksaan tingkat pertama dan banding juga memeriksa fakta. Selain upaya hukum biasa, ada juga upaya hukum luar biasa yaitu Peninjauan Kembali yang diajukan kepada Mahkamah Agung.

Peninjauan Kembali hanya dilakukan terhadap putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Ada tiga alasan untuk mengajukan upaya hukum luar biasa berupa Peninjauan Kembali. **Pertama**, jika terdapat novum atau bukti baru. **Kedua**, jika terdapat pertentangan antara pertimbangan dan putusan hakim. **Ketiga**, jika ada kekhilafan yang nyata dalam putusan hakim. Pada awalnya Peninjauan Kembali atau *herziening* sebagai upaya hukum luar biasa (*buitengewone rechtsmiddelen*) hanya dikenal dalam hukum perdata. Hal ini diatur dalam hukum acara untuk golongan Eropa {*Reglement op de Burgelijke Rechtsvordering (Rv)*}. Oleh karena itu dalam hukum acara pidana, lembaga Peninjauan Kembali tidak diatur termasuk dalam *Herzine Indische Reglement (HIR)*.

Menurut sejarahnya, Peninjauan Kembali dalam hukum pidana baru dikenal pada tahun 1896 dalam kasus **Dreyfus** di Perancis. **Alfred Dreyfus** dijatuhi pidana penjara seumur hidup karena membocorkan rahasia militer kepada pihak Jerman. **Dreyfus** menjalani pidana penjara di Pulau Devil, Guyana, Perancis. Selang empat bulan kemudian, ada bukti baru yang menyatakan bahwa **Mayor Ferdinand Esterhazy** merupakan pihak yang bersalah dalam kasus pembocoran rahasia kepada pihak Jerman. Namun **Esterhazy** dinyatakan tidak bersalah. Seorang jurnalis **Emile Zola** menulis artikel berjudul, *J'accuse* yang menimbulkan kemarahan para cendekiawan dan kaum liberal yang menuduh pengadilan telah dipengaruhi oleh militer Perancis. Pada tahun 1899, dilakukan Peninjauan Kembali atas perkara **Dreyfus** dan dinyatakan tidak bersalah serta dikembalikan menjadi tentara dalam dinas militer.

Ada perbedaan prinsip pemeriksaan Peninjauan Kembali di Indonesia dan di negara-negara lain. Di Indonesia, pemeriksaan Peninjauan Kembali di Mahkamah Agung dilakukan oleh majelis hakim yang terdiri dari tiga orang. Jika Peninjauan Kembali terhadap putusan kasasi Mahkamah Agung, maka hakim yang memutus dalam pemeriksaan kasasi, tidak boleh memeriksa permohonan Peninjauan Kembali

tersebut. Di negara-negara lainnya, pemeriksaan Peninjauan Kembali di Mahkamah Agung dilakukan oleh semua hakim agung. Argumentasi teoretiknya, karena jika permohonan Peninjauan Kembali diterima, maka akan merubah suatu putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Selain itu adalah untuk menjamin objektivitas dalam pemeriksaan Peninjauan Kembali.

Struktur hukum dalam sistem hukum Indonesia meliputi sejumlah lembaga atau institusi negara yang bertanggung jawab dalam penegakkan hukum. Selain pengadilan yang memegang kekuasaan mengadili, di Indonesia juga terdapat intitusi penegak hukum yang berlaku universal seperti kepolisian dan kejaksaan. Polisi di Indoensia mempunyai dua kekuasaan yakni kekuasaan dalam bidang pemerintahan dan juga kekuasaan dalam bidang hukum. Berdasarkan KUHAP, Polisi memegang kekuasaan penyelidikan dan penyidikan terhadap setiap perkara pidana. Tegasnya, polisi adalah penjaga pintu gerbang dalam sistem peradilan pidana di Indonesia.

Kejaksaan mempunyai fungsi penuntutan. Ketika polisi selesai melakukan penyidikan, langkah lebih lanjut adalah menyerahkan hasil penyidikan kepada kejaksaan. Jika kejaksaan menganggap hasil penyidikan sudah lengkap, akan diteruskan dengan menyusun dakwaan dan mengirimkan berkas perkara ke pengadilan. Kejaksaan dalam perkara pidana juga berfungsi sebagai eksekutor atau pelaksana putusan pengadilan . Dalam perkara perdata dan tata usaha negara, kejaksaan dapat bertindak sebagai pengacara negara bila salah satu pihak dalam perkara tersebut adalah negara.

Selain kedua institusi tersebut, terdapat juga Direktorat Jenderal Pemasyarakatan yang berada di bawah Kementerian Hukum Dan Hak Asasi Manusia. Direktorat Jenderal ini berfungsi untuk melaksanakan sistem pemasyarakatan terhadap terpidana atas putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Secara garis besar sistem pemasyarakatan di Indonesia merupakan kombinasi berbagai

sistem pemasyarakatan yang berlaku di dunia dengan tujuan membina dan mendidik narapidana sehingga siap kembali ke masyarakat dan tidak lagi mengulangi perbuatannya.

Ada juga institusi penegakkan hukum lainnya yang bersifat khusus, seperti Komisi Pemberantasan Korupsi, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Badan Narkotika Nasional, Badan Nasional Penanggulangan Terorisme, Ombudsman Republik Indonesia dan lembaga-lembaga lainnya. Lahirnya institusi-institusi tersebut lebih pada kebutuhan untuk menanggulangi sejumlah kejahatan yang bersifat *extraordinary*. Selain itu juga untuk menjaga ketaatan pemerintah dalam melaksanakan fungsi dan kewenangannya.

Kendatipun mewarisi sistem Eropa Kontinental yang bersumber dari hukum Belanda, namun di Indonesia pada hakikatnya mengenal pruralisme hukum. Artinya, pembentukan sistem hukum nasional Indonesia bersumber juga dari berbagai macam hukum yang hidup, tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. Sebagaimana yang telah diutarakan di atas, bahwa dalam sistem hukum perdata di Indonesia berlaku hukum Islam, hukum perdata adat dan hukum perdata Eropa. Demikian pula hukum yang hidup dalam masyarakat seperti hukum adat yang berasal dari berbagai suku yang berada di tanah air Indonesia. Bahkan, dalam undang-undang kekuasaan kehakiman secara tegas dinyatakan bahwa hakim dalam mengadili wajib menggali hukum-hukum yang hidup dalam masyarakat.

Hukum perdata adat bersumber dari pranata-pranata hukum adat yang sampai saat ini masih tetap berlaku, sedangkan perdata Islam bersumber dari Alqur'an dan Alhadist yang hanya dikhususkan bagi warga negara yang memeluk agama Islam. Perdata Islam pun hanya dikhususkan terhadap masalah perkawinan, perceraian dan waris. Pruralisme hukum perdata di Indonesia sudah ada sejak zaman Pemerintahan Kolonial Hindia Belanda yang membagi tiga golongan penduduk, masing-masing golongan Eropa, golongan Timur Asing

meliputi Cina dan Arab serta golongan bumiputera. Bahkan, wacana pembentukan Kompilasi Hukum Islam sudah ada sejak zaman Pemerintahan kolonial Hindia Belanda.

Ketua Komisi Penyesuaian Undang-Undang Belanda dengan Keadaan Istimewa di Hindia Belanda, **Mr. Scholten van oud Harlem** yang didukung oleh **Lodewijk Willem Christian van den Berg** mengusulkan untuk mengkompilasikan Hukum Islam yang diperuntukkan bagi golongan pribumi yang beragama Islam. Hal didasarkan pada perintah Pemerintah Belanda September 1801 kepada seluruh Bupati agar tidak mengganggu gugat urusan keagamaan orang Jawa dan kepada pemuka agama Islam diberikan kekuasaan penuh untuk memutuskan perkara-perkara dalam bidang perkawinan dan waris bagi penduduk pribumi yang beragama Islam⁶⁴⁰.

Tindak lanjut dari perintah tersebut dikeluarkan *Staadblad* Nomor 22 Tahun 1820, *Staadblad* Nomor 58 Tahun 1835 dan *Staadblad* Nomor 2 Tahun 1855 yang mendukung pelaksanaan hukum Islam bagi penduduk yang beragama Islam sesuai dengan cara-cara yang ditentukan oleh ajaran agamanya. Lebih dari itu, pada tahun 1882 terbentuklah *Prijsteraad* atau Pengadilan Agama untuk wilayah Jawa dan Madura yang beranggapan bahwa hukum yang berlaku bagi orang-orang bumiputera di Hindia Belanda adalah hukum Islam. Teori ini dikenal dengan istilah *receptio in complexu*. Artinya, hukum suatu masyarakat sama dengan agamanya. Dengan sendirinya hukum yang berlaku dalam masyarakat adalah hukum Islam sebagaimana yang dianut oleh bumiputera⁶⁴¹.

640 Lukman Hakiem, 2018, Jejak Perjuangan Tokoh Muslim Mengawal NKRI, Pustaka Al-Kautsar, Jakarta, hlm. 35.

641 Diskusi dengan Dr. Djoko Sukisno, Ahli Hukum Adat Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.

Teori *receptio in complexu* ini ditentang oleh ahli hukum adat **Cornelis van Vollenhoven** yang didukung oleh seorang Islamolog, **Christian Snouck Hurgronje**. Menurut mereka berdua, hukum yang berlaku bagi bumiputera di Hindia Belanda adalah hukum adat dan bukan hukum Islam. Hal ini dikenal dengan teori *receptie*. Artinya, bumiputera memiliki hukum sendiri yaitu hukum adat. Hukum agama hanya berlaku jika diterima oleh masyarakat adat. Dengan demikian hukum agama – dalam hal ini – hukum Islam merupakan subordinat dari hukum adat⁶⁴².

Sebenarnya teori yang dikemukakan oleh **van Vollenhoven** dan **Snouck Hurgronje** lebih bertujuan politik untuk memecah belah kaum adat dan kaum agama dalam rangka menaklukkan Nusantara secara keseluruhan, khususnya Aceh. **Snouck Hurgronje** direkrut oleh **J.A Kruyt**, Konsul Belanda di Jedah untuk mempelajari Islam secara langsung dan belajar bahasa Melayu. Saat itu, **Hurgronje** baru saja menyelesaikan tesisnya mengenai Islam dalam studi Orientalisme di Universitas Leiden. Lebih dari itu, **Hurgronje** bahkan masuk Islam dengan nama barunya **Abdul Ghafar**. Pada tahun 1889, **Hurgronje** dikirim ke Batavia dan dalam *Atjeh Verslag*, dia melaporkan bahwa perlawanan Aceh hanya bisa dipatahkan jika ada pemisahan antara pemimpin agama dan pemimpin adat. Selain memecah belah antara agama dan adat, **Hurgronje** yang menjadi penasihat utama Gubernur Jenderal **Johanes Benedictus van Heutz** menyatakan bahwa Aceh hanya bisa ditaklukkan dengan operasi militer yang total⁶⁴³.

Kembali kepada sistem hukum perdata di Indonesia, sampai dengan saat ini belum ada *political will* untuk membentuk hukum perdata Indonesia dalam suatu kodifikasi. Hal ini disebabkan antara lain **Pertama**, substansi Buku Kesatu dan Buku Kedua dianggap masih relevan terkait pengaturan tentang orang dan benda termasuk hak-hak

642 Lukman Hakiem, Op.Cit., hlm. 36

643 Nino Oktorino, 2018, Perang Terlama Belanda : Kisah Perang Aceh 1873 – 1913, Kompas Gramedia, hlm. 82 – 83 dan 92.

kebendaan. **Kedua**, politik legislasi nasional terkait hukum perdata mengalami dekodifikasi. Artinya banyak hal yang diatur dalam Buku Kesatu dan Buku Kedua dikeluarkan dan dijadikan undang-undang tersendiri. Sebagai misal, masalah perkawinan yang merupakan materi dalam Buku Kesatu KUHPerdata, dikeluarkan dan dijadikan undang-undang tersendiri. Demikian pula terkait hak tanggungan yang diatur dalam Buku Kedua KUHPerdata, dikeluarkan dan dijadikan undang-undang tersendiri.

Ketiga, khusus mengenai Buku Ketiga yang mengatur tentang perikatan, hanyalah bersifat sebagai *anvoelen recht* atau hukum pelengkap. Artinya, ketentuan-ketentuan dalam Buku Ketiga KUHPerdata baru berlaku jika para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian. **Keempat**, berkaitan dengan prulasisme hukum perdata sebagaimana yang telah disinggung di atas. Sebagai misal, ketika berbicara mengenai hukum keluarga yang meliputi perkawinan dan waris sangat berkaitan dengan budaya masing-masing daerah.

Selanjutnya bagaimana pembaruan hukum privat di masa mendatang ? Ada beberapa solusi. **Pertama**, terkait pruralisme hukum, perlu segera direalisasikan Kompilasi Hukum Islam dan Kompilasi Hukum Adat. **Kedua**, perlu dilakukan rekodifikasi terhadap berbagai aturan berasal dari KUHPerdata yang telah dijadikan undang-undang tersendiri. **Ketiga**, perlu pembaruan Buku Ketiga terkait hukum kontrak dengan memperhatikan kemajuan teknologi, termasuk transaksi elektronik. **Keempat**, RUU Hukum Acara Perdata yang telah ada sejak tahun 1980 perlu pembahasan lebih intensif.

BAB IX

PENEMUAN HUKUM

“Het recht is er, doch het moet
worden gevonden”.

Hukum itu ada, tetapi masih harus ditemukan. Demikian **Paul Scholten** sebagaimana yang dikutip pada awal bab ini. Masih menurut **Scholten**, adalah sesuatu yang khayal apabila orang beranggapan bahwa undang-undang itu telah mengatur segalanya secara tuntas. Oleh karena itu penemuan hukum berbeda dengan penerapan hukum. Dalam penemuan hukum ditemukan sesuatu yang baru yang dapat dilakukan baik lewat penafsiran maupun analogi. Penegakkan hukum tidak hanya dilakukan dengan penerapan hukum yang mengandalkan penggunaan logika, melainkan melibatkan penilaian dan memasuki ranah pemberian makna⁶⁴⁴.

Kendatipun hukum itu ada, namun mengapa hukum itu harus ditemukan ? Dengan kata lain, bila mana terjadi penemuan hukum ? Pertanyaan singkat ini dapat dijawab secara sederhana sebagai berikut : **Pertama**, hukumnya ada namun masih harus ditemukan. Hal ini terjadi jika pembentuk undang-undang gagal dalam merumuskan suatu norma. Konsekuensinya, aturan hukum tersebut tidak jelas, tidak lengkap atau bersifat multi tafsir. **Kedua**, aturan-aturan yang ada saling bertentangan atau saling tumpang tindih antara satu dengan yang lain. Dalam kedua konteks ini, hukumnya harus ditemukan, baik dengan metode interpretasi, argumentasi, penyempitan hukum maupun eksposisi.

Ketiga, hukumnya sama sekali tidak ada. Tegasnya, suatu peristiwa konkrit yang terjadi belum diatur oleh hukum. Hal ini sangat dimungkinkan jika peristiwa konkrit yang terjadi sama sekali tidak dipikirkan oleh pembentuk undang-undang. Bila terjadi demikian, hakim atau aparat hukum lainnya tidak hanya melakukan penemuan hukum, namun lebih dari itu menciptakan hukum atau membentuk hukum baru. Sebaliknya jika suatu aturan hukum sudah jelas, tidaklah boleh diinterpretasikan selain dari apa yang tertulis,

644 Satjipto Raharjo, Penafsiran Hukum Yang Progresif dalam Anthon Freddy Susanto, 2005, Semiotika Hukum : Dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna, Refika Aditama, Bandung, hlm. 9 – 11.

terlebih jika penafsiran tersebut bertentangan dengan maksud dari undang-undang itu sendiri. Hal ini didasarkan pada postulat *nigrum nunquam excedere debet rubrum*. Artinya, substansi undang – undang tidak boleh ditafsirkan sedemikian rupa sehingga bertentangan dengan undang – undang itu sendiri.

Bab penemuan hukum ini terdiri dari beberapa subbab masing-masing adalah sebagai berikut : definisi penemuan hukum; elemen penemuan hukum; sistem penemuan hukum; sumber penemuan hukum dan metode penemuan hukum. Pada subbab metode penemuan hukum akan dibahas lebih lanjut mengenai interpretasi, argumentum, penyempitan hukum dan eksposisi. Termasuk di dalamnya juga adalah prinsip-prinsip penemuan hukum dalam hukum pidana. Bab Penemuan Hukum ini akan ditutup dengan subbab argumentasi hukum.

A. Definisi Penemuan Hukum

Sebelum membahas lebih lanjut mengenai pengertian atau definisi penemuan hukum, ada beberapa istilah yang perlu dipahami terlebih dulu yaitu, pelaksanaan hukum, penerapan hukum dan pembentukan hukum. **Sudikno Mertokusumo** secara jelas dan tegas memberi pengertian sebagai berikut ⁶⁴⁵ : Pelaksanaan hukum adalah suatu istilah yang bersifat umum. Artinya, menjalankan hukum tanpa ada suatu sengketa atau pelanggaran. Akan tetapi, dapat saja melaksanakan hukum bila terjadi sengketa atau pelanggaran. Dalam konteks ini yang dimaksud adalah *rechtshanhaving* atau *law enforcement* atau penegakkan hukum.

Penerapan hukum adalah menerapkan aturan hukum yang bersifat umum terhadap peristiwa konkrit. Peraturan hukum yang umum sifatnya tidaklah dapat diterapkan secara langsung terhadap

645 Sudikno Mertokusumo, Penemuan Hukum, Op.Cit., hlm. 36 – 37.

peristiwa konkrit. Untuk menerapkan peraturan hukum, peristiwa konkrit tersebut harus ditransformasikan sebagai peristiwa hukum lalu kemudian diterapkan peraturannya.

Sebagai contoh, A yang tidak senang dengan B kemudian memukul B bertubi-tubi dengan balok kayu sehingga tidak sadarkan diri. B kemudian dilarikan ke rumah sakit, namun nyawanya tidak tertolong. Cerita singkat ini adalah peristiwa konkrit. Bila ditransformasikan ke peristiwa hukum, maka yang terjadi adalah kematian yang diakibatkan oleh pemukulan dengan balok kayu. Kematian adalah peristiwa hukum, namun karena kematian tersebut tidak secara wajar, maka peristiwa hukum itu berubah menjadi peristiwa pidana. Dengan demikian, peraturan hukum yang dapat diterapkan terhadap peristiwa tersebut adalah penganiayaan yang mengakibatkan mati atau pembunuhan.

Pembentukan hukum adalah merumuskan peraturan-peraturan umum yang berlaku bagi setiap orang. Pada umumnya pembentukan hukum dilakukan oleh lembaga yang berwenang seperti DPR yang membentuk undang-undang dengan persetujuan presiden. Demikian pula peraturan daerah yang dibentuk oleh DPRD bersama gubernur, bupati atau walikota. Pembentukan hukum juga dapat dilakukan oleh pejabat yang berwenang seperti presiden yang membentuk peraturan pemerintah atau peraturan presiden. Selain itu, pembentukan hukum juga dapat dilakukan oleh hakim melalui putusan pengadilan. Putusan pengadilan tersebut kemudian menjadi yurisprudensi yang mengikat terhadap hakim-hakim sesudahnya dalam memeriksa dan mengadili perkara karena yurisprudensi tersebut mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit namun memperoleh kekuatan berlaku secara umum.

Selanjutnya apa yang dimaksud dengan penemuan hukum ? **J.A. Pontier** mendefinisikan penemuan hukum sebagai sebuah reaksi terhadap situasi-situasi problematis yang dipaparkan orang

dalam peristilahan hukum. Masih menurut **Pontier**, penemuan hukum diarahkan pada pemberian jawaban atas pertanyaan-pertanyaan tentang hukum yang ditimbulkan oleh kejadian-kejadian konkret⁶⁴⁶. Menurut **Loudoe**, penemuan hukum bukan suatu proses yang logis belaka melalui sub-sumpsi dari fakta pada ketentuan undang-undang, akan tetapi adalah juga penilaian dari fakta untuk kemudian menemukan hukumnya⁶⁴⁷.

Sudikno Mertokusumo memberi pengertian penemuan hukum sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa konkrit. Masih menurut **Sudikno** dengan mengutip **Eikema Holmes**, penemuan hukum selanjutnya didefinisikan sebagai proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit tertentu⁶⁴⁸.

Berdasarkan berbagai pengertian tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa penemuan hukum pada hakikatnya adalah proses pemaknaan terhadap aturan hukum yang bersifat umum terhadap fakta-fakta sebagai peristiwa konkrit tertentu dengan menggunakan berbagai metode.

B. Elemen Penemuan Hukum

Per definisi penemuan hukum, ada dua elemen penting dalam penemuan hukum. **Pertama**, hukum itu sendiri, termasuk di dalamnya adalah sumber hukum, dan asas-asas hukum. Pada awalnya unsur hukum atau sumber hukum dalam penemuan hukum adalah undang-undang. Hal ini berkaitan dengan suatu postulat yang dikenal dengan

646 J.A. Pontier, 2008, Penemuan Hukum, Penerjemah B. Arief Sidharta, Jendela Mas Pustaka, Bandung, hlm. 1.

647 John Z. Loudoe, 1985, Menemukan Hukum Melalui Tafsir Dan Fakta, Bina Aksara, Jakarta, hlm. V.

648 Sudikno Mertokusumo, Penemuan Hukum, Op.Cit., hlm. 37 – 38.

istilah “*De wet is onschendbaar*” (undang-undang tidak dapat diganggu gugat) yang dalam hukum Belanda tertuang secara eksplisit dalam Pasal 120 *Grondwet*. Akan tetapi dalam perkembangannya tidak semua hukum ditemukan dalam undang-undang⁶⁴⁹. Oleh karena itu unsur hukum atau sumber hukum dalam penemuan hukum tidak hanya meliputi undang-undang semata tetapi juga meliputi sumber hukum lainnya, yaitu doktrin, yurisprudensi, perjanjian dan kebiasaan.

Asas-asas umum hukum sebagaimana yang diajarkan oleh ilmu pengetahuan atau doktrin memegang peranan yang cukup penting dalam penemuan hukum di pengadilan. Hal ini karena asas hukum biasanya melandasi suatu peraturan hukum konkrit. Demikian pula yurisprudensi merupakan sumber hukum mandiri, kendatipun yurisprudensi bukan merupakan peraturan hukum yang mengikat umum tetapi hanya mengikat para pihak dalam sengketa konkrit yang diajukan kepadanya. Hakim memang tidak terikat pada putusan-putusan hakim yang lebih tinggi atau pada putusan-putusan hakim sebelumnya, akan tetapi berdasarkan asas *similia similibus* dan tuntutan kepastian hukum, secara bersyarat hakim terikat pada putusan sebelumnya⁶⁵⁰.

Perjanjian sebagaimana asas *pacta sunt servanda* adalah mengikat para pihak ibarat undang-undang dan oleh karenanya juga merupakan hukum atau sumber hukum sebagai unsur penemuan hukum. Sedangkan kebiasaan juga merupakan hukum atau sumber hukum sebagai unsur penemuan hukum yang mandiri meskipun dalam praktik hukum kontemporer kebiasaan secara kuantitatif hanya memainkan peranan yang marginal sebagai sumber hukum⁶⁵¹.

Kedua adalah fakta. Hal ihwal dalam penemuan hukum adalah penilaian terhadap fakta-fakta berdasarkan hukum. Sebelum hukum

649 Ibid., hlm. 18 dan 24.

650 Ibid., hlm. 22.

651 Ibid., hlm. 21.

diterapkan pada peristiwa konkrit, terlebih dulu harus ditetapkan apa yang sesungguhnya menjadi situasi faktual sebagai penemuan suatu kebenaran dan kemudian situasi faktual itu dapat dipandang sebagai relevan secara yuridis, seleksi dan kualifikasi atas fakta-fakta. Pada hakikatnya di dalam fakta-fakta tersebut terdapat peristiwa konkrit dan peristiwa yang relevan kemudian ditransformasikan menjadi peristiwa hukum. Tegasnya, peristiwa konkrit dan peristiwa yang relevan secara yuridis adalah fakta tetapi tidak semua fakta adalah peristiwa konkrit dan peristiwa relevan secara yuridis.

Dalam konteks perdata, hakim terikat pada fakta-fakta yang diajukan oleh para pihak yang melandaskan gugatan dan perlawanan mereka. Jika para pihak tidak membantah ketetapan dari fakta-fakta yang diajukan, maka hakim tidak boleh menuntut bukti, kecuali jika penerimaan dalil-dalil para pihak akan menimbulkan akibat hukum yang tidak dapat secara bebas ditentukan oleh para pihak. Hal ini berbeda dengan perkara pidana yang mana hakim bersifat aktif karena tidak terbatas pada alat-alat bukti yang ditampilkan oleh jaksa penuntut umum maupun penasehat hukum terdakwa. Penemuan kebenaran dalam peradilan pidana mengimplikasikan bahwa hakim memandang peristiwa yang didakwa terbukti didasarkan pada isi dan alat-alat bukti yang sah. Berdasarkan itu, hakim memperoleh keyakinan bahwa fakta-fakta yang dikemukakan dalam dakwaan kenyataan sungguh-sungguh terjadi⁶⁵².

C. Sistem Penemuan Hukum

Sistem penemuan hukum secara garis besar ada yang bersifat heteronom dan ada yang bersifat otonom. Penemuan hukum bersifat heteronom mengandung makna bahwa dalam menemukan hukum, hakim terikat pada hal-hal yang berada di luar dirinya. Sebaliknya,

652 Ibid., hlm. 26 dan 28.

penemuan hukum secara otonom mengandung arti bahwa hakim menemukan hukum berdasarkan hati nurani dan tidak terikat kepada hal-hal di luar dirinya. Penemuan hukum yang bersifat heteronom, hakim hanyalah menerapkan undang-undang terhadap peristiwa konkrit yang telah ditransformasikan menjadi peristiwa hukum. Dalam konteks ini, hakim hanyalah sebagai corong undang-undang.

Peradilan hanyalah bentuk silogisme. Artinya, ada premis mayor yaitu peraturan hukum. Ada premis minor yaitu peristiwa hukum dan konklusi yang mana menerapkan peristiwa hukum terhadap peristiwa konkrit. Di sini, hakim berpikir secara deduktif. Artinya, dari peraturan hukum yang bersifat umum kepada peristiwa konkrit yang bersifat khusus. Hakim hanyalah menerapkan undang-undang terhadap peristiwa hukum, tidak menjalankan peranannya secara mandiri. Hakim tidak boleh menempatkan diri sebagai pembentuk undang-undang. Hakim hanya boleh memeriksa dan memutus perkara konkrit dan tidak boleh membuat peraturan yang mengikat umum.

Penemuan hukum yang demikian disebut *legisme* atau *positivisme* undang-undang yang didasarkan pada pemikiran bahwa apa yang mempunyai bentuk lahir sebagai hukum adalah *legitim* sebagai hukum tanpa memperhatikan nilai dari substansi undang-undang. Penemuan hukum di dianggap sebagai kejadian yang teknis kognitif yang mengutamakan undang-undang dan tidak memberi tempat pada pengakuan subjektifitas atau penilaian hakim. Apa yang telah dikemukakan di atas adalah penemuan hukum menurut pandangan klasik⁶⁵³.

Pandangan klasik ini tidak terlepas dari situasi di Eropa barat, khususnya di Perancis pasca-revolusi 4 Juli 1789. Pada zaman itu tidak mengenal hukum di luar undang-undang sehingga hakim dalam

653 Ibid., hlm. 39 – 41.

mengadili perkara hanya berpegang kepada undang-undang⁶⁵⁴. Menurut **Montesquieu**, penemuan hukum pada *etat republicain* adalah heteronom mutlak. Artinya, hakim berpegang terhadap sesuatu di luar dirinya yang dalam hal ini adalah undang-undang. Penemuan hukum pada zaman ini sebagai reaksi terhadap *etat despotique* yang tidak mengenal sistem hukum. Seluruh kekuasaan terpusat pada satu sumber dan tidak ada pembagian kekuasaan. Dalam konteks ini penemuan hukum semata-mata bersifat otonom pada penguasa⁶⁵⁵.

Penemuan hukum secara otonom mengandung makna bahwa hakim tidak lagi sebagai corong undang-undang tetapi sebagai pembentuk hukum yang secara mandiri memberi bentuk kepada isi undang-undang. Di sini, hakim meletakkan dirinya di atas pembentuk undang-undang sehingga pelaksanaan hukum tidak hanya masalah logika dan penggunaan rasio semata tetapi memberikan makna terhadap undang-undang berdasarkan pengalaman dan penilaian yuridis. Hal ini dalam rangka menyesuaikan dengan kebutuhan hukum dalam masyarakat.

Jika terjadi kekosongan atau ketidakjelasan undang-undang, hakim mempunyai tugas memberi pemecahan dengan penafsiran undang-undang. Pangkal tolak penemuan hukum adalah *systeemdenken*. Artinya, semua hukum terdapat dalam undang-undang dan hanya jika ada kekosongan atau ketidakjelasan dalam undang-undang maka hakim boleh menafsirkan. Hakim berpikir secara induktif yang mengandung makna dari peristiwa konkrit yang bersifat khusus ke aturan hukum yang bersifat umum.

Penemuan hukum secara otonom sering disebut juga pandangan penemuan hukum materiil yuridis. Pandangan yang demikian terjadi pada *etat monarchique* yang mana sistem penemuan hukum

654 Jean Carpentier & Francois Lebrun, 2017, Sejarah Perancis : Dari Zaman Prasejarah Hingga Akhir Abad Ke-20, Kepustakaan Populer Gramedia, hlm. 281.

655 Montesquieu, 1977, The Spirit of Laws, University of California Press, hlm. 58 – 59.

merupakan gabungan antara heteronom dan otonom. Dikatakan heteronom sepanjang hakim terikat kepada sesuatu di luar dirinya, sedangkan otonom sepanjang hakim memberikan penilaian yuridis berdasarkan pengalaman dan hati nuraninya dalam menangani suatu perkara. Menurut **Montesquieu**, monarki konstitusional adalah bentuk yang paling ideal karena terdapat pembagian kekuasaan di dalamnya sehingga terjadi *chek and balances*⁶⁵⁶.

Bila dihubungkan antara sistem penemuan hukum dengan tradisi *civil law system* dan *common law system* adalah sebagai berikut : Dalam *civil law system*, penemuan hukum dikatakan heteronom sepanjang hakim dan aparat hukum berpegang kepada undang-undang, sedangkan otonom jika hakim dan aparat hukum melaksanakan hukum sesuai dengan hati nurani berdasarkan pengalaman dan penilaian yuridis yang disesuaikan dengan kebutuhan masyarakat. Dalam *common law system*, penemuan hukum dikatakan otonom jika hakim dan aparat hukum membentuk hukum dan memberikan makna yuridis sesuai dengan penilaiannya sendiri, sedangkan bersifat heteronom jika terikat pada doktrin *the binding force of precedent*.

D. Sumber Penemuan Hukum

Tidak ada satu pasal pun dalam perundang-undangan yang secara eksplisit menyatakan bahwa hakim atau aparat hukum lainnya dalam melaksanakan hukum harus melakukan penemuan hukum. Namun, secara implisit dasar hukum positif penemuan hukum dapat disimpulkan dari beberapa ketentuan dalam undang-undang kekuasaan kehakiman yang adalah sebagai berikut : "*Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukumnya tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan*

656 Ibid, hlm. 52 – 54.

mengadilinya”. Ketentuan lain menyatakan, “ *Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”.

Kedua ketentuan tersebut secara implisit memerintahkan kepada hakim untuk melakukan penemuan hukum. ***Finis rei attendendus est*** : setiap masalah harus dicari jalan keluarnya. Menggali atau menemukan hukum dalam konteks perkara perdata berbeda dengan perkara pidana. Dalam perkara perdata, menggali dan menemukan hukum dibatasi oleh kehendak para pihak. Hal ini berpegang kepada postulat ***secundum allegat judicare***. Artinya, hakim mengikuti kehendak para pihak. Selain itu, dalam perkara perdata berlaku pula postulat ***judex ne procedat ex officio*** yang berarti di mana ada gugatan di situ ada hakim. Kedua postulat ini mengandung kedalaman makna bahwa menggali dan menemukan hukum dalam perkara perdata hakim bersifat pasif.

Di samping itu, dalam perkara perdata yang dicari adalah kebenaran formil. Hal ini membawa konsekuensi pembuktian dalam perkara perdata adalah *positief wettelijk bewijstheorie* atau teori pembuktian menurut undang-undang secara positif. Artinya, hakim memutus perkara semata-mata berdasarkan alat bukti yang sah menurut undang-undang. Konsekuensi dari *positief wettelijk bewijstheorie* yaitu dalam pembuktian perkara perdata dikenal hirarki alat bukti.

Sebaliknya, menggali dan menemukan hukum dalam perkara pidana tidak dibatasi oleh kehendak terdakwa maupun penuntut umum. Hal ini berkaitan dengan kebenaran yang dicari dalam perkara pidana adalah kebenaran materiil. Dalam perkara pidana, hakim memutus perkara berdasarkan keyakinan. Seberapa besar keyakinan tersebut tergantung dari teori pembuktian yang digunakan. Dalam konteks Indonesia, pembuktian yang digunakan adalah *negatief wettelijk bewijstheorie* atau teori pembuktian menurut undang-undang secara negatif. Artinya, hakim memutus perkara berdasarkan alat bukti yang sah ditambah dengan keyakinan.

Konsekuensi dari teori pembuktian yang demikian, dalam perkara pidana tidak mengenal hirarki alat bukti. Hakim tidak terikat secara mutlak terhadap satu pun alat bukti. Dapatlah dikatakan bahwa *negatief wettelijk bewijstheorie* memberi bobot yang berimbang kepada alat bukti dan keyakinan. Selain itu, ada juga teori pembuktian yang dikenal dengan istilah *conviction intime* atau keyakinan penuh. Artinya, hakim memutus perkara semata-mata hanya berdasarkan keyakinan sebagaimana yang berlaku di Amerika. Ada pula yang disebut dengan teori *conviction rassione* atau keyakinan rasionalitas. Artinya, hakim memutus perkara dengan keyakinan atas dasar rasionalitas⁶⁵⁷.

Sumber penemuan hukum pada hakikatnya terdapat dalam berbagai sumber hukum formal atau sumber hukum normal, sebagaimana yang telah dibahas dalam Bab Sumber Hukum di atas. Dengan demikian, sumber penemuan hukum masing-masing adalah sebagai berikut : **Pertama**, undang-undang. Tidaklah mudah membaca undang-undang, karena tidak hanya sekedar membaca bunyi kata-katanya saja (*naar de letter van de wet*) tetapi harus mencari arti, makna dan tujuannya. Undang-undang tidak boleh ditafsirkan bertentangan dengan undang-undang itu sendiri atau *contra legem*. Pada awalnya undang-undang hanyalah satu-satunya sumber penemuan hukum, namun dalam perkembangannya undang-undang tidak lagi satu-satunya sumber penemuan hukum melainkan sumber penemuan hukum yang utama.

Sumber penemuan hukum yang **kedua** adalah hukum kebiasaan sebagai hukum tidak tertulis namun dianggap mengikat. Hukum kebiasaan merupakan sumber hukum yang mandiri dalam penemuan hukum meskipun dalam hukum kontemporer hanya memainkan peran marjinal sebagai sumber hukum. **Ketiga**, sumber penemuan hukum adalah perjanjian termasuk di dalamnya adalah

657 Eddy O.S Hiariej, 2012, Teori & Hukum Pembuktian, Penerbit Erlangga, Jakarta, hlm. 15 – 17.

perjanjian internasional. Perjanjian yang dibuat oleh para pihak mengikat ibarat undang-undang sebagaimana postulat ***pacta sunt servanda***. Namun demikian berdasarkan asas ***sens clair***, suatu perjanjian yang sudah jelas tidak boleh ditafsirkan lain, selain dari apa yang tertulis. Sumber penemuan hukum ***keempat*** adalah yurisprudensi. ***Kelima*** atau yang terakhir sebagai sumber penemuan hukum adalah doktrin.

Ada beberapa adagium yang secara implisit menyatakan doktrin sebagai sumber penemuan hukum. ***Argumentum ab auctoritate est fortissimum in lege*** yang berarti argumen yang dibuat atas dasar pengetahuan yang luas, merupakan yang terkuat di depan hukum. ***Auctoritates philosophorum, medicorum et poetarum sunt in causis allegandae et tenendae***. Artinya, pendapat para filosof, ilmuwan, dan penulis patut dipertimbangkan dalam menemukan hukum. ***Cuilibet in arte sua perito est credendum*** yang berarti kepercayaan harusnya diberikan kepada seseorang yang ahli pada bidangnya. ***Cuique in sua arte credendum est***. Artinya, setiap orang dipercayai dengan keahliannya masing – masing.

E. Metode Penemuan hukum

Sebelum mengulas lebih lanjut terkait metode penemuan hukum, terlebih dulu perlu dijelaskan prosedur penemuan hukum. Dalam sidang pengadilan, tahapan pertama dari penemuan hukum adalah hakim mengkonstatasi peristiwa konkrit. Artinya, merumuskan peristiwa konkrit yang terjadi atas dasar bukti-bukti dalam persidangan. Tahapan kedua, hakim mengkualifikasikan peristiwa konkrit yang berarti menetapkan peristiwa hukum dari peristiwa konkrit yang telah terbukti. Tahapan terakhir adalah mengkonstitusi dalam pengertian menentukan hukum dari peristiwa hukum.

Prosedur atau tahapan penemuan hukum yang demikian secara mutatis mutandis juga berlaku dalam pemecahan masalah-masalah hukum

yang dilakukan oleh penegak hukum atau para jurisdik lainnya. Pertama-tama adalah mengidentifikasi setiap peristiwa konkret. Setelah itu mengkualifikasikan peristiwa konkret dalam pengertian menentukan permasalahan hukum dan pada akhirnya mencari pemecahan dalam pengertian mengambil keputusan atas permasalahan hukum tersebut.

Peristiwa konkret perlu dicarikan hukumnya yang bersifat umum dan dipertemukan dengan peraturan hukum. Sebaliknya peraturan hukumnya harus disesuaikan dengan peristiwa konkritnya agar dapat diterapkan. Momentum dimulainya penemuan hukum ialah setelah peristiwa konkritnya dibuktikan atau dikonstatasi, karena pada saat itulah peristiwa konkret yang telah dikonstatasi harus dicarikan atau ditemukan hukumnya. Selain peristiwa konkret, ada juga peristiwa yang relevan yaitu peristiwa yang penting bagi hukum yang dapat dicakup oleh hukum dan dapat mempengaruhi penyelesaian perkara. Dasar untuk menetapkan apakah suatu peristiwa konkret itu relevan bagi hukum atau tidak adalah pengetahuan atau penguasaan tentang peraturan hukumnya⁶⁵⁸.

Berikut ini adalah metode-metode penemuan hukum :

1. Interpretasi

*Every legal norm needs interpretation*⁶⁵⁹. Demikian pernyataan **Machteld Boot** yang berarti bahwa setiap norma hukum membutuhkan interpretasi. Senada dengan **Boot** adalah **van Bemmelen** dan **van Hattum** yang secara tegas menyatakan "*Elke geschreven wetgeving behoeft interpretatie*"⁶⁶⁰ (Setiap aturan perundang-undangan tertulis membutuhkan interpretasi). Demikian pula **Remmelink** yang berpendapat bahwa sekalipun rangkaian kata-kata yang ditemukan

658 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 78 – 81.

659 Machteld Boot, Op.Cit., hlm. 103.

660 J.M. van Bemmelen En W.F.C van Hattum, 1953, Hand En Leerboek Van Het Nederlandse Strafrecht, D. Gouda Quint – D. Brouwer En Zoon, Arnhem, hlm. 64.

dalam hukum pidana diberi bobot lebih berat dibandingkan dengan hukum keperdataan dan penerapan analogi tidak diterima dalam hukum pidana, pakar hukum pidana, terutama hakim pidana, tidak mungkin menerapkan perundang-undangan tanpa menggunakan penafsiran⁶⁶¹.

Legis interpretation legis vim obtinet : penafsiran hukum memiliki kekuatan hukum. Dengan demikian tidaklah berlebihan jika **Satjipto Rahardjo** berpendapat bahwa hukum tidak akan berjalan tanpa penafsiran, oleh karena hukum membutuhkan pemaknaan lebih lanjut agar menjadi lebih adil dan membumi. Membuat hukum adalah suatu hal dan menafsirkan hukum yang sudah dibuat merupakan keharusan berikutnya⁶⁶². ***Omnis interpretatio vel declarant, vel extendit, vel restringit***. Artinya, setiap penafsiran bersifat menjelaskan, memperluaskan, ataupun membatasi.

Dalam kaitannya dengan penafsiran, suatu pertanyaan mendasar apakah antara penafsiran hukum dan pembuatan hukum itu dipisahkan secara ketat dan tajam ataukah tidak. Jawaban atas pertanyaan tersebut membawa konsekuensi perbedaan aliran dalam penafsiran hukum. Jika antara penafsiran hukum dan pembuatan hukum harus dipisahkan secara ketat dan tajam, maka akan menempatkan penafsiran hukum pada kedudukan di bawah pembuatan hukum. Berarti penafsiran hukum tidak boleh melampaui batas-batas yang sudah dibuat oleh pembentuk undang-undang. Jawaban ini melahirkan aliran *begriffsjurisprudenz* bersama yang lain seperti dogmatik hukum, normatif hukum dan *legal positivism* yang menganggap teks hukum sebagai sesuatu yang memiliki otonomi mutlak⁶⁶³.

Jika antara penafsiran hukum dan pembuatan hukum tidak dipisahkan secara ketat dan tajam, maka akan menempatkan penafsiran hukum

661 Jan Remmelink, Op.Cit., hlm. 45.

662 Satjipto Rahardjo, Op.Cit., hlm.6.

663 Ibid, hlm. 7.

pada kedudukan di atas pembuatan hukum. Berarti hukum hanya dianggap sebagai pedoman yang terkadang bisa ditepiskan. Jawaban ini melahirkan aliran realisme yang menolak memberi kekuasaan mutlak kepada pembentuk undang-undang untuk menentukan dan merumuskan arti sesuatu. Esensi dari aliran realisme ini adalah tidak bisa menerima peraturan yang dirasa tidak adil dan karena itu memilih melakukan pembebasan dan keluar dari lingkaran peraturan yang ada. Demikian pula menurut aliran *freirechtbewegung* yang berarti hakim diberi kebebasan dalam penemuan hukum dan dapat mengesampingkan undang-undang atas dasar itikat baik karena undang-undang dipandang sudah usang.

Di negara-negara dengan sistem *Common Law*, penafsiran hukum mengangkat tiga permasalahan filosofis. **Pertama**, apakah aturan hukum sebaiknya ditafsirkan secara ketat berdasarkan arti literal atau lebih luas agar inklusif terhadap kepentingan sosial. **Kedua**, apakah suatu aturan hukum dimaknai sesuai dengan apa yang dipahami oleh subjek hukum yang membacanya atau sesuai dengan maksud pembuat hukum. **Ketiga**, apakah makna suatu aturan hukum bersifat statis atau bisa berubah seiring perjalanan waktu⁶⁶⁴.

Salah satu ilmu yang sangat berkaitan erat dengan penafsiran atau interpretasi adalah hermeneutika. Dapatlah dikatakan bahwa hermeneutika adalah ilmu penafsiran. Pada abad ke-19 ajaran penafsiran hukum dikenal dengan istilah hermeneutik yuridis. Menurut, **Gregory Leyh**, hermeneutika hukum bertujuan untuk menempatkan perdebatan kontemporer mengenai interpretasi atau penafsiran hukum dalam kerangka interpretasi yang lebih luas⁶⁶⁵. **James Farr** dengan mengutip **Francis Lieber** mengemukakan beberapa prinsip dalam interpretasi atau penafsiran, antara lain adalah :

664 Jeffrey Brand, 2013, *Philosophy of Law : Introduction Jurisprudence*, Bloomsbury, London-New Delhi-New York-Sydney, hlm. 209.

665 Gregory Leyh, 2008, *Hermeneutika Hukum : Sejarah, Teori Dan Praktik*, Nusamedia, Jakarta, hlm. 1.

1. Suatu kalimat atau kata hanya memiliki satu makna yang benar.
2. Tidak ada interpretasi yang benar kecuali dengan adanya keyakinan yang baik dan akal sehat.
3. Kata-kata harus dipahami sebagaimana yang mungkin dimaksudkan oleh penuturnya. Dalam hal terdapat keraguan, kata-kata harus dipahami menurut pengertian yang lazim dan bukan pengertian menurut tata bahasa atau pengertian klasik. Kata-kata harus dipahami secara teknis dan bukan pengertian secara etimologis.
4. Apa yang bersifat khusus dan lebih rendah, tidak bisa mengalahkan apa yang bersifat umum dan lebih tinggi.
5. Apa yang bersifat mungkin dan lazim lebih diutamakan dari pada apa yang tidak mungkin dan tidak lazim.
6. Interpretasi atau penafsiran bukanlah tujuan melainkan sarana untuk memahami sesuatu⁶⁶⁶.

Berikut ini adalah metode-metode interpretasi atau penafsiran : ***PERTAMA***, interpretasi gramatikal yaitu makna ketentuan undang-undang ditafsirkan dengan cara menguraikannya menurut bahasa umum sehari-hari⁶⁶⁷. Dalam aliran legisme yang tidak mengenal hukum di luar undang-undang, interpretasi gramatikal menjadi sangat dominan. Menurut aliran ini, undang-undang yang dibuat bersifat umum yang dirumuskan secara abstrak dan lengkap sehingga pemahaman secara gramatikal menjadi sangat penting.

Primo executienda est verbis vis, ne sermonis vitio obstruatur oratio, sive lex sine argumentis yang berarti perkataan adalah hal pertama yang diperiksa untuk mencegah adanya kesalahan pengertian atau kekeliruan dalam menemukan hukum. Hakim dalam sebuah putusan dapat juga secara eksplisit menyatakan arti dari teks undang-undang menurut pemakaian bahasa yang biasa atau menurut arti teknik yuridikal yang sudah lazim. **Pontier** dalam *Rechtsvinding* – nya memberi contoh Putusan *Hoge Raad* 30 Januari 1996, NJ 1996, 263

666 Ibid, hlm. 142.

667 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 57.

berkenaan dengan pengertian 'mayat' menurut Pasal 151 *Wetboek van Strafrecht* (WvS)⁶⁶⁸.

Pada pemeriksaan tingkat banding, penasehat hukum terdakwa menyatakan seharusnya terdakwa dibebaskan karena dalam pemeriksaan terdakwa hanya terbukti membawa badan tanpa kepala, tangan dan kaki dari jenazah seorang yang telah meninggal dunia. Penasehat hukum berpendapat bahwa badan tanpa kepala, kaki dan tangan tidak termasuk pengertian 'mayat' sebagaimana diatur dalam Pasal 151 WvS. *Hoge Raad* menilai, baik aturan hukum maupun pemakaian bahasa secara umum tidak mengharuskan bahwa jenazah yang sudah terpotong-potong ke dalam lima bagian tidak dapat dipandang lagi sebagai 'mayat' sebagaimana dimaksud dalam Pasal 151 WvS. *Hoge Raad* merujuk pada pengertian 'mayat' menurut Kamus Besar Bahasa Belanda **van Dale** bahwa arti kata 'mayat' tidak harus dipahami suatu jenazah dari seorang manusia yang sedemikian lengkap, namun juga meliputi suatu badan tanpa kepala, tangan dan kaki⁶⁶⁹.

Pertimbangan dan putusan tersebut sangatlah logis. Bisa dibayangkan jika kata 'mayat' harus diartikan sebagai jasad orang yang telah meninggal dengan semua anggota tubuh yang lengkap, pertanyaan lebih lanjut, bagaimana jika seseorang yang lahir dengan cacat bawaan tidak memiliki kedua tangan atau kedua kaki, atau terdapat anggota tubuh yang tidak lengkap, apakah jasad orang tersebut tidak dapat dikatakan sebagai 'mayat' ? Dengan demikian secara gramatikal,

668 Pasal 151 WvS : "Iemand die een lijk begraaft, verbrandt, vernietigt, verbergt, wegvoert, of wegmaakt, met het oogmerk om het feit of de oorzaak van het overlijden, dan wel van het dood ter wereld komen te verhelen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie" (orang yang mengubur, membakar, merusak, menyembunyikan, membawa pergi atau menghilangkan mayat dengan maksud untuk menutup-nutupi fakta atau penyebab dari kematian atau hal terlahir mati, dipidana dengan pidana penjara paling lama dua tahun atau denda kategori keempat). Lihat dalam J.A Pontier, Op.Cit., hlm. 38.

669 Loc.Cit.

mayat adalah jasad orang yang telah meninggal, kendatipun anggota tubuhnya sudah tidak lagi sempurna.

KEDUA, interpretasi sistematis atau logis yakni menafsirkan ketentuan perundang-undangan dengan menghubungkannya dengan peraturan hukum atau undang-undang lain atau dengan keseluruhan sistem hukum⁶⁷⁰. Artinya, ketika akan melakukan interpretasi tidak hanya mengacu pada pasal yang akan ditafsirkan semata, tetapi juga harus melihat pasal-pasal lainnya dalam undang-undang yang sama atau undang-undang lain, bahkan sistem hukum secara keseluruhan sebagai satu kesatuan. Interpretasi sistematis didasarkan pada postulat ***concordare leges legibus est optimus interpretandi modus*** yang berarti menyesuaikan satu hukum dengan hukum lain merupakan cara penafsiran yang terbaik. Demikian pula postulat yang berbunyi ***optimus interpretandi modus est sic leges interpretare ut leges legibus accordant***. Artinya, cara menafsirkan yang terbaik adalah dengan cara menyesuaikan satu hukum dengan hukum lainnya.

KETIGA, interpretasi historis adalah penafsiran makna undang-undang menurut terjadinya dengan jalan meneliti sejarah terjadinya perundang-undangan tersebut. ***Origo rei inspici debet*** yang berarti asal muasal sesuatu harus dipertimbangkan. Interpretasi historis juga meliputi sejarah hukum. Menurut **Pontier**, interpretasi sejarah hukum adalah penentuan makna dari formulasi sebuah kaidah hukum dengan mencari pertautan pada penulis-penulis atau secara umum pada konteks kemasyarakatan di masa lampau⁶⁷¹.

Interpretasi historis didasarkan pada postulat ***contemporanea exposition est optima et fortissimo in lege***. Artinya, undang – undang sebaiknya dijelaskan dengan cara mengikuti konstruksi pada saat undang – undang tersebut dibuat. Salah satu aliran dalam penemuan hukum yang menitikberatkan pada interpretasi historis

670 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 58.

671 Pontier , Op.Cit., hlm. 59.

adalah *interessenjurisprudenz*. Menurut aliran ini, undang-undang tidak boleh dilihat oleh hakim sebagai formil – logis belaka tetapi harus dilihat dari tujuan pembentukannya.

KEEMPAT, interpretasi teleologis atau sosiologis. Maksud interpretasi ini lebih menafsirkan undang-undang sesuai dengan tujuan pembentuk undang-undang dari pada bunyi kata-kata dari undang-undang tersebut⁶⁷². Interpretasi teleologis juga harus memperhitungkan konteks kenyataan kemasyarakatan yang aktual⁶⁷³. ***Est ipsorum legislatorum tanquam viva vox***. Artinya, peraturan yang terdapat dalam hukum harus dipahami dan ditafsirkan sesuai dengan kehidupan nyata. Interpretasi teleologis atau sosiologis memandang bahwa sistem perundang-undangan bukanlah titik tolak penemuan hukum melainkan masalah konkrit dalam masyarakat yang harus dipecahkan. Interpretasi ini sangat dominan dalam aliran penemuan hukum modern yang merupakan *geysystematiseerd probleemdenken* atau bertitik tolak secara sistematis terhadap masalah-masalah yang ada dalam masyarakat.

KELIMA, interpretasi restriktif adalah menjelaskan suatu ketentuan undang-undang dengan membatasi ruang lingkungannya yakni mempersempit arti suatu peraturan dengan bertitik tolak pada artinya menurut bahasa. Termasuk dalam interpretasi restriktif ini adalah interpretasi gramatikal dan interpretasi sistematis. Tegasnya interpretasi restriktif adalah interpretasi yang bersifat membatasi.

KEENAM, Interpretasi ekstensif. Jika interpretasi restriktif bersifat membatasi, maka interpretasi ekstensif adalah melampaui batas pengertian sesuatu hal menurut interpretasi gramatikal. Termasuk dalam interpretasi ekstensif ini adalah interpretasi historis dan interpretasi teleologis⁶⁷⁴.

672 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 60. Lihat juga E. Utrecht, 1960, Hukum Pidana I, Penerbitan Universitas, hlm. 202.

673 J.A Pontier, Op.Cit., hlm.45.

674 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit. hlm. 63 – 64.

KETUJUH, interpretasi komparatif mengandung arti penafsiran dengan membandingkan ketentuan undang-undang di berbagai negara terutama bagi hukum yang timbul dari perjanjian internasional. Konvensi internasional biasanya diratifikasi oleh suatu negara dalam bentuk undang-undang. Konvensi internasional yang diratifikasi ada yang bersifat *self executing treaty* dan ada yang bersifat *non self executing treaty*. *Self executing treaty* mengandung makna ketika konvensi internasional diratifikasi suatu negara, maka konvensi tersebut serta merta berlaku sebagai hukum positif. Sebaliknya, *non self executing treaty* berarti jika konvensi internasional diratifikasi oleh suatu negara, tidak serta merta berlaku sebagai hukum positif di negara tersebut, namun harus disesuaikan dengan hukum nasionalnya.

KEDELAPAN, interpretasi antisipatif atau futuristik yaitu penafsiran dengan menggunakan peraturan-peraturan yang belum mempunyai kekuatan berlaku karena masih dalam rancangan undang-undang⁶⁷⁵. Tegasnya, penafsiran terhadap suatu aturan mengacu pada *ius constituendum*. Mahkamah Konstitusi dalam berbagai uji materiil terhadap KUHP acapkali dalam putusannya melakukan penafsiran terhadap pasal yang diuji dengan mengacu kepada RUU KUHP. Artinya, dalam berbagai putusan yang berkaitan dengan hukum acara pidana, Mahkamah Konstitusi menggunakan interpretasi antisipatif atau futuristik.

KESEMBILAN, interpretasi evolutif-dinamik adalah pemaknaan oleh hakim atas dasar perkembangan hukum yang terjadi setelah kemunculan atau keberlakuan aturan-aturan hukum tertentu. Interpretasi ini digunakan jika terjadi perkembangan pemikiran tentang hukum yang dalam pergaulan kemasyarakatan dicerminkan dari moralitas atau dalam perundang-undangan lainnya dari hukum⁶⁷⁶.

675 Ibid, hlm. 61 – 62.

676 J.A Pontier, Op.Cit., hlm.49.

KESEPULUH, Interpretasi otentik yaitu pemaknaan terhadap suatu kata, frasa atau istilah menurut pembentuk undang-undang. Biasanya, arti kata, frasa atau istilah dalam suatu undang-undang terdapat pada ketentuan umum atau penjelasan undang-undang tersebut. Lazimnya, ketentuan umum dalam suatu undang-undang terdapat dalam Bab I. Berbagai kata atau istilah yang terdapat dalam ketentuan umum membatasi pengertian dalam undang-undang tersebut.

KESEBELAS, intepretasi kreatif. Interpretasi ini tidak bersifat ekstensif tetapi justru bersifat restriktif. Interpretasi ini dikenal dalam hukum pidana. Hakim dengan interpretasi ini mengungkap satu unsur tertentu yang dianggapnya terkandung dalam suatu rumusan pidana, meskipun unsur tersebut tidak diuraikan secara tegas di dalamnya. Sebagai misal, tidak selamanya bentuk kesalahan dalam hukum pidana yang terdiri dari kesengajaan atau kealpaan tertulis dalam rumusan delik. Jika terjadi demikian, maka bentuk kesalahan dalam rumusan delik tersebut harus diartikan sebagai kesengajaan. Dengan terbuktinya semua unsur pasal, unsur kesengajaan dengan sendirinya dianggap telah terbukti.

KEDUABELAS, interpretasi tradisional yakni menemukan hukum dengan cara melihat suatu perilaku dalam tradisi hukum. Interpretasi ini bertolak dari hukum yang hidup dalam masyarakat. Dapatlah dikatakan bahwa interpretasi tradisional lebih didasarkan pada hukum kebiasaan. Dalam praktik hukum di Indonesia, interpretasi tradisional berlaku di daerah-daerah yang masih mempertahankan pranata hukum adat.

KETIGABELAS, interpretasi yang bersifat menyelaraskan atau *harmoniserende interpretatie*. Interpretasi ini digunakan untuk menghindari disharmoni atau konflik antara satu peraturan perundang-undangan dengan peraturan perundang-undangan lainnya. Interpretasi *harmoniserende* lebih luas daripada interpretasi sistematis karena tidak hanya menghubungkan antara satu undang-undang dengan undang-undang lain tetapi antara aturan perundang-undangan yang

satu dengan aturan perundang-undangan yang lain. ***Interpretare et concordare leges legibus est optimus interpretandi modus***. Artinya, untuk mencapai konstruksi hukum terbaik diperlukan interpretasi yang bersifat menyelaraskan.

KEEMPATBELAS adalah interpretasi doktriner yaitu memperkuat argumentasi dengan merujuk pada suatu doktrin tertentu⁶⁷⁷. Interpretasi doktriner sering digunakan oleh para ahli dalam menafsirkan undang-undang.

Dalam praktik pengadilan, berbagai metode interpretasi sering digunakan secara bersama-sama atau campur aduk, sehingga batasnya tidak dapat ditarik secara tajam. Dapatlah dikatakan bahwa dalam setiap interpretasi terdapat unsur-unsur gramatikal, sistematis, historis dan teleologis⁶⁷⁸. Bahkan dalam melakukan penemuan hukum, lebih dari satu metode dapat digunakan. Artinya, metode interpretasi dapat digunakan bersama-sama dengan metode penemuan hukum lainnya.

Dalam konteks hukum pidana, kendatipun tidak ada prioritas penggunaan berbagai metode interpretasi, paling tidak kita dapat mengatakan bahwa dalam hukum pidana interpretasi gramatikal menempati urutan yang lebih penting bila dibandingkan dalam hukum keperdataan. Akan tetapi dalam hukum pidana sendiri interpretasi historis – *historia legis* – memiliki peranan yang penting. Konsekuensinya, *travaux preparatoires*⁶⁷⁹ menjadi urgen dalam penemuan hukum. Namun yang lebih utama dari berbagai interpretasi dalam hukum pidana adalah interpretasi teleologis. Dengan demikian jika diurutkan berdasarkan prioritas interpretasi dalam hukum pidana, interpretasi teleologis menempati urutan pertama, kemudian disusul interpretasi historis, interpretasi gramatikal, interpretasi sistematis baru disusul interpretasi lainnya⁶⁸⁰.

677 Ibid, hlm. 55.

678 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 65.

679 Dokumen dan catatan rapat-rapat persiapan perancangan suatu naskah perundang-undangan.

680 Rammelink, Op.Cit., hlm. 53, 56.

Masih dalam konteks hukum pidana, yang selalu menjadi persoalan adalah bagaimana cara menerapkan peraturan hukum yang umum sifatnya terhadap peristiwa konkrit. Dengan kata lain persoalan terbesar penemuan hukum dalam hukum pidana adalah cara menemukan hukum tersebut apakah dengan jalan penafsiran atau metode penemuan hukum lainnya. Oleh karena itu penting diketahui adalah asas-asas umum tentang penafsiran yang berlaku dalam hukum pidana.

Pertama, dua asas utama dalam prinsip regulasi yang saling terkait erat yaitu asas proporsionalitas dan asas subsidiaritas. Dalam hukum Jerman, kedua asas utama ini dikenal dengan istilah *fundamentalnormen des rechtstaats*. Asas proporsionalitas adalah keseimbangan antara cara dan tujuan dari suatu undang-undang. Sementara asas subsidiaritas adalah jika suatu persoalan sulit memunculkan beberapa alternatif pemecahan, maka harus dipilih pemecahan yang paling sedikit menimbulkan kerugian⁶⁸¹.

Kedua, prinsip relevansi dalam hukum pidana, yaitu keberlakuan hukum pidana yang hanya mempersoalkan penyimpangan perilaku sosial yang patut mendapat reaksi atau koreksi dari sudut pandang hukum pidana. Prinsip relevansi ini berpijak pada fungsi umum hukum pidana yang secara tegas dinyatakan oleh **Vos** : *"..... het strafrecht zich richt tegen min of meer abnormale gedragingen"*⁶⁸² (".....hukum pidana adalah untuk melawan kelakuan-kelakuan yang tidak normal").

Ketiga, asas kepatutan dari **Maarten Luther** yang menyatakan bahwa kepatutanlah yang harus menguji logika yuridis. Demikian pula menurut **van der Ven** yang memperingatkan penggunaan logika hukum yang berlebihan dalam upaya menerangkan perundang-undangan. Masih menurut **Ven**, hanya dengan melepaskan diri dari logika, kita dapat mendayagunakan secara penuh ketentuan perundang-undangan

681 Jan Remmelink, *Ibid*, hlm. 46.

682 Vos, *Op.Cit*, hlm. 136.

yang sangat formil mekanistik untuk kepentingan manusia dalam masyarakat serta penataan lalu lintas pergaulan⁶⁸³.

Keempat adalah asas *in dubio pro reo*. Maksud asas ini adalah jika terdapat keragu-raguan maka harus dipilih ketentuan atau penjelasan yang paling menguntungkan terdakwa. Terhadap asas *in dubio pro reo* ini mendapat tantangan keras dari **Pompe** sebagaimana yang telah disinggung pada bab mengenai asas hukum di atas. Dalam *Handboek*-nya **Pompe** secara tegas menyatakan :

"..... wegens het publiekrechtelijke karakter van strafrecht en strafprocesrecht beide dienen bij aanvankelijke onzekerheid de vervolgende ambtenaar en de rechter zelf er naar te streven deze onzekerheid door onderzoek op te heffen. Ook na uitgebreid en nauwkeurig onderzoek kan de zaak echter onzeker blijven, en dan volgs strafbaarverklaring van de verdachte⁶⁸⁴.

("..... berdasarkan karakter hukum pidana dan hukum acara pidana sebagai hukum publik, jika ada keragu-raguan tentang sesuatu, penuntut umum dan hakim berusaha menghilangkan keragu-raguan itu dengan penyelidikan. Setelah penyelidikan yang luas tentang perkara tersebut, masih tidak pasti, terdakwa harus dinyatakan bersalah).

Penentangan **Pompe** terhadap asas *in dubio pro reo* ini cukup beralasan jika dilihat pendapatnya perihal tanggungjawab dalam hukum pidana. Menurutnya setiap orang dianggap mampu bertanggung jawab kecuali jika dibuktikan sebaliknya. Dalam *Handboek* –nya **Pompe** menegaskan lebih lanjut :

De teorekenbaarheid in de hierboven aangegeven zin is niet een bestanddeel van het strafbare feit. Zij wordt voorondersteld. Begrijpelijk, want zij is bij de grote meerderheid der mensen aanwezig.

683 Jan Rimmelink, Op.Cit., hlm. 47.

684 W.P.J Pompe, Op.Cit., hlm. 101 – 102.

De bedoelde geestgesteldheid kan immers, zij het ook te vaag, worden aangeduid als normaal. De ontoerekenbaarheid, omschreven in art. 37, is een strafuitsluitingsgrond. Indien men derhalve (na onderzoek) blijft twifelen aan de toerekenbaarheid, blijft de dader strafbaar⁶⁸⁵.

(Pertanggungjawaban bukanlah unsur perbuatan pidana. Hanya merupakan suatu anggapan. Dapat dimengerti, bahwa kebanyakan orang berpikir demikian. Keadaan tersebut, meskipun tidak jelas, dinyatakan sebagai normal. Tidak dapat dipertanggungjawabkan sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 37 adalah suatu dasar penghapus pidana. Oleh karena itu (setelah penyidikan), tetap meragukan mengenai dapat dipertanggungjawabkan, pelaku tetap dapat dipidana).

Kembali kepada prinsip-prinsip umum penafsiran dalam hukum pidana, prinsip *kelima* adalah *exceptio firmat regulam* yang lebih dikenal dengan adagium *exceptio firmat vim legis in casibus non exceptis*. Maksud dari adagium tersebut adalah bahwa jika penyimpangan terhadap aturan umum dilakukan, maka penyimpangan tersebut harus diartikan secara sempit. Sebagai misal, perkembangan hukum pidana dewasa ini banyak melahirkan perbuatan-perbuatan yang dikualifikasikan sebagai perbuatan pidana dalam suatu undang-undang di luar kodifikasi. Acap kali undang-undang tersebut memuat aturan yang menyimpang dari aturan umum baik secara materiil maupun formil. Jika terjadi demikian, maka penyimpangan tersebut harus diartikan secara sempit dalam pengertian khusus terhadap perbuatan pidana yang diatur dalam undang-undang tersebut.

Keenam adalah prinsip *titulus est lex* dan *rubrica est lex*. Prinsip yang pertama disebut berarti judul perundang-undangan yang menentukan sedangkan prinsip yang kedua berarti rubrik atau bagian perundang-undanganlah yang menentukan⁶⁸⁶. Sebagai misal, kejahatan aborsi.

685 Ibid, hlm. 191 – 192.

686 Jan Rammelink, Op.Cit., hlm. 48.

Tindakan aborsi yang dapat dipidana hanyalah terhadap janin atau buah kandungan yang telah bernyawa dan bukan terhadap janin atau buah kandungan yang belum bernyawa. Hal ini berdasarkan pada ketentuan dalam KUHP yang memasukkan kejahatan aborsi dalam bab kejahatan yang ditujukan terhadap nyawa. Dengan kata lain, ***rubrica est lex*** dari kejahatan aborsi adalah kejahatan terhadap nyawa.

Ketujuh adalah asas materiil yang menyangkut aturan-aturan tidak tertulis yang mengacu atau merujuk pada suatu nilai sosial etis penting, suatu cita atau ideal hukum tertentu. Asas ini mengandung makna pada saat melakukan interpretasi terhadap suatu peraturan perundang-undangan, hakim harus memperhatikan asas tersebut sepanjang asas itu memang diakui dalam dunia hukum sebagaimana dibuktikan dalam doktrin atau yurisprudensi⁶⁸⁷. Asas materiil ini sangat erat kaitannya dengan sifat melawan hukum materiil dilihat dari sudut pandang sumber hukumnya yang secara garis besar dibagi menjadi dua, yakni sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif dan sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif.

Sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif berarti meskipun suatu perbuatan memenuhi rumusan delik, namun menurut pandangan yang hidup dalam masyarakat bukan merupakan perbuatan yang tercela berdasarkan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum, maka tidak dijatuhi pidana. Sebagai misal, kasus Penyalahgunaan DO Gula berdasarkan Putusan Mahkamah Agung RI, 8 Januari 1966, No.42K/Kr/1965 dalam perkara **Machroes Effendi** yang dituduh oleh Pengadilan Negeri Singkawang dan terbukti melakukan tindak pidana sebagai pegawai negeri memakai kekuasaan yang diperoleh dari jabatannya melakukan penggelapan berulang kali seperti dirumuskan dalam Pasal 372 *juncto* Pasal 64 ayat (1) KUHP.

Machroes Effendi sebagai Patih di Kantor Bupati Sambas pada

687 Ibid, hlm. 49.

bulan Juni 1962 telah mengeluarkan DO gula insentif padi yang menyimpang dari tujuannya. Gula insentif tersebut hanya boleh dikeluarkan dalam rangka pembelian padi untuk pemerintah. Ternyata **Machroes Effendi** telah mengeluarkan DO gula insentif padi tersebut kepada seorang pemborong P.K.P.N. Singkawang, keperluan Hari Natal, para pegawai kabupaten, untuk Front nasional, KODIM dan untuk keperluan lainnya seperti ongkos pengangkutan, giling, buruh dan jasa-jasa lain. Kelebihan harga penjualannya oleh terdakwa digunakan untuk pembangunan-pembangunan daerahnya antara lain untuk menyelesaikan rumah milik Pemerintah Daerah. Pengadilan Negeri Singkawang dalam putusannya tanggal 24 September 1964 menghukum **Machroes Effendi** dengan hukuman penjara 1 tahun 6 bulan, namun Pengadilan Tinggi Jakarta melapaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum pada tanggal 27 Januari 1965. Putusan Pengadilan Tinggi tersebut diperkuat oleh Putusan Mahkamah Agung. Adapun pertimbangan pengadilan tinggi adalah bahwa meskipun perbuatan terdakwa sungguh merupakan tindakan yang menyimpang dari tujuan yang ditentukan oleh yang berwajib, namun perbuatan tersebut jika ditinjau dari sudut kemasyarakatan justru menguntungkan masyarakat daerah karena melayani kepentingan umum. Tidak terbukti bahwa terdakwa mengambil atau mendapatkan keuntungan dari perbuatannya itu. Tidak pula terbukti bahwa negara mendapat kerugian dari perbuatan-perbuatan terdakwa tersebut. Faktor-faktor kepentingan umum yang terlayani serta faktor-faktor tidak adanya keuntungan yang masuk ke dalam saku terdakwa dan akhirnya faktor tidak dideritanya kerugian oleh negara, merupakan faktor-faktor yang mempunyai nilai lebih dari cukup guna menghapuskan sifat bertentangan dengan hukum pada perbuatan-perbuatan terdakwa, yang terbukti formil masuk dalam rumusan tindak pidana⁶⁸⁸.

688 Komariah Emong Sapardjaja, 2002, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil Dalam Hukum Pidana Indonesia (Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangan dalam Yurisprudensi)*, Penerbit Alumni Bandung, hlm.137 – 139.

Sedangkan sebaliknya, sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif mengandung arti meskipun suatu perbuatan tidak memenuhi rumusan delik, namun perbuatan tersebut dianggap bertentangan dengan rasa keadilan dan nilai-nilai ketertiban dalam masyarakat, maka dapat dijatuhi pidana. Sebagai misal, kasus Korupsi Di Bank Bumi Daya dengan terdakwa Direktur Bank Bumi Daya, **Raden Sonson Natalegawa**.

Terdakwa selaku Direktur Bank Bumi Daya telah berulang kali memberi prioritas kredit kepada PT. Jawa Building Indah, yang berusaha di bidang *real estate*, padahal ia mengetahui bahwa ada larangan pemberian kredit untuk proyek *real estate* menurut Surat Edaran Bank Indonesia No.SE 6/22/UPK, tanggal 30 Juli 1973. Terdakwa kemudian menerima fasilitas yang berlebihan dan keuntungan lainnya dari pemberian kredit tersebut. Mahkamah Agung RI dalam Putusannya 15 Desember 1983, No.275K/Pid/1982 memberikan arti sifat melawan hukum materiil yaitu : menurut kepatutan dalam masyarakat, khususnya dalam perkara-perkara tindak pidana korupsi, apabila seorang pegawai negeri menerima fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainnya dari seorang lain dengan maksud agar pegawai negeri itu menggunakan kekuasaannya atau wewenangnya yang melekat pada jabatannya secara menyimpang, hal itu sudah merupakan perbuatan melawan hukum, karena menurut kepatutan perbuatan itu merupakan perbuatan yang tercela atau perbuatan yang menusuk perasaan hati masyarakat banyak⁶⁸⁹.

Berdasarkan kedua kasus tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif merupakan alasan pemaaf dan telah dianut dalam praktik pengadilan, sementara sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif pada dasarnya bertentangan dengan asas legalitas.

689 Ibid., hlm.162– 163.

Apabila kita merujuk kepada berbagai prinsip penafsiran dalam hukum pidana, terdapat beberapa pertentangan antara prinsip yang satu dengan prinsip yang lain namun hal ini menurut **Remmelink** harus dilakukan harmonisasi atau penyelarasan⁶⁹⁰. Masih menurut **Remmelink**, berkaitan dengan perubahan waktu, arti suatu kata atau pengertian yang dirangkumkan dalam perundang-undangan akan mengalami perubahan seiring dengan bekerjanya waktu. Perbuatan yang dahulu tidak tercakup, sekarang justru masuk ke dalam ruang lingkup rumusan delik tertentu. Akibatnya, seorang hakim dapat menerbitkan putusan yang sepenuhnya memperhatikan keyakinan masyarakat tentang sifat dapat dipidananya suatu perbuatan atau tindakan. Demikian pula dengan hukum kebiasaan. Dalam kaitannya dengan norma-norma yang kabur, apa yang tidak pantas atau a-susila dalam praktiknya ditentukan oleh kebiasaan masyarakat⁶⁹¹.

Dalam hukum pidana terdapat kecenderungan bahwa interpretasi dilakukan secara ketat. *Code Penal* Perancis yang diberlakukan pada tanggal 1 Maret 1994 terdapat ketentuan yang menetapkan : “*La loi penale est d’interpretation stricte*” yang berarti hukum pidana harus ditafsirkan secara sempit. Berbeda dengan hukum perdata yang cakupannya lebih luas sehingga penemuan hukum baik dengan jalan interpretasi, analogi, penghalusan hukum maupun eksposisi sangatlah dimungkinkan.

Perihal interpretasi dalam hukum pidana yang dilakukan secara ketat bila dibandingkan dengan hukum perdata, ternyata **Jonkers** berpendapat lain. Menurutnya prinsip-prinsip penafsiran dalam hukum perdata sebagaimana termaktub dalam KUH Perdata juga dapat diterapkan dalam hukum pidana. **Jonkers** secara gamblang menyatakan :

“...1. is het woord duidelijk dan geldt het woord en niet de bedoeling. Hierbij moet worden bedacht, dat het de rechter is, die beoordeelt of een woord duidelijk is. 2. is het woord niet duidelijk, maar voor

690 Jan Remmelink, Op.Cit., hlm. 50.

691 Ibid, hlm. 56 – 58.

verschillenden uitleg vatbaar, dan gaat boven het woord de bedoeling. 3. bij de mogelijkheid van verschillenden uitleg gaat de opvatting, die aan de woorden zin geeft boven die, welke geenerlei effect heeft. Wetenschap en praktijk hebben zich bezig gehouden met de vraag of deze regels ook van toepassing op het strafrecht zijn. Het antwoord hierop luidt van beide zijden bevestigend⁶⁹²...“.

(.....1. Jika kata-kata sudah jelas, maka yang berlaku adalah kata itu bukan maksudnya. Harus diingat bahwa hakimlah yang menilai apakah suatu kata itu sudah jelas. 2. Jika kata-kata tidak jelas, namun dapat diartikan berbeda-beda, maka yang dipilih adalah kata-kata yang sesuai dengan tujuannya. 3. Jika kemungkinan penjelasan berbeda-beda, maka yang dipilih adalah kata-kata yang tidak mempunyai akibat apapun. Pengetahuan dan praktik disibukkan dengan pertanyaan apakah aturan-aturan tersebut dapat diterapkan dalam hukum pidana. Jawabannya menurut ilmu dan praktik dibolehkan.....)

Apa yang dikemukakan oleh **Jonkers** bahwa penafsiran terhadap undang-undang pidana pada prinsipnya adalah sama dengan penafsiran terhadap perjanjian dalam hukum perdata. Prinsip-prinsip penafsiran terhadap perjanjian tersebut termaktub dalam Pasal 1342 – Pasal 1350 KUH Perdata⁶⁹³.

692 J.E. Jonkers, Op.Cit., hlm. 41.

693 Artikel 1342 BW : Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken. (Bw. 855.). Artikel 1343 BW : Indien de bewoordingen eener overeenkomst voor onderscheiden uitleggingen vatbaar zijn, moet men veeleer nagaan welke de bedoeling der handelende partijen geweest zij, dan zich aan den letterlijken zin der woorden binden. (Bw. 886, 1257, 1473, 1855; Civ. 1156.). Artikel 1344 BW : Indien een beding voor tweederlei zin vatbaar is, moet men het veeleer opvatten in den zin waarin hetzelve van eenige uitwerking kan zijn, dan in dien waarin het geen het minste gevolg zoude kunnen hebben. (Bw. 887; Civ. 1157). Artikel 1345 BW. De bewoordingen voor tweederlei zin vatbaar moeten opgevat worden in den zin, die met den aard van de overeenkomst het meest overeenstemt. (Bw. 887; Civ. 1158.). Artikel 1346 BW : Hetgeen dubbelzinnig is moet uitgelegd worden naar hetgeen gebruikelijk is in het land of op de plaats, alwaar de overeenkomst is aangegaan (AB. 15; Civ. 1159.). Engelbrecht, 1989, De Wetboeken, Wetten En Verordeningen, Benevens, De Grondwet van De Republiek Indonesie, PT. Ictiar Baru – van Hoeve, Jakarta, Hlm. 328.

2. Argumentasi

Metode penemuan hukum berikutnya adalah argumentasi yang secara garis besar dapat dibedakan menjadi dua, yaitu *argumentum per analogiam* atau sering disebut analogi dan *argumentum a contrario*. **PERTAMA**, analogi. Di sini suatu peraturan khusus dalam undang-undang dijadikan umum yang tidak tertulis dalam undang-undang, kemudian digali asas yang terdapat di dalamnya dan disimpulkan dari ketentuan umum itu suatu peristiwa yang khusus. Peraturan umum yang tidak tertulis dalam undang-undang itu diterapkan terhadap peristiwa tertentu yang tidak diatur dalam undang-undang tersebut, tetapi mirip atau serupa dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang.

Contohnya : dalam KUH Perdata dikatakan bahwa jual – beli tidak menghapuskan hubungan sewa – menyewa. Bagaimana dengan hibah ? Apakah hibah dapat menghapus hubungan sewa – menyewa ataukah sebaliknya, hibah tidak menghapuskan hubungan sewa – menyewa. Masalah hibah ini tidak diatur dalam KUH Perdata. Jika terjadi permasalahan hukum seperti ini, maka dapat dilakukan analogi sebagai berikut. : Hibah adalah hal yang tidak diatur dalam KUH Perdata. Persamaan prinsip antara hibah dan jual – beli adalah perpindahan hak milik. Dengan demikian hibah dapat dianalogikan dengan jual – beli, sehingga jika jual – beli tidak menghapuskan hubungan sewa menyewa, maka hibah pun tidak menghapuskan hubungan sewa – menyewa.

KEDUA, *argumentum a contrario* adalah penafsiran yang didasarkan pada pengertian sebaliknya dari peristiwa konkrit yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang⁶⁹⁴. Sebagai misal, seorang perempuan setelah bercerai dapat menikah lagi setelah melewati masa idah. Pertanyaan lebih lanjut, bagaimana dengan seorang laki-laki yang bercerai, apakah untuk menikah lagi harus menunggu masa

694 Sudikno Metokusumo, Op.Cit., hlm. 67, 69.

idah? Ketentuan terhadap perempuan yang bercerai untuk menikah lagi ditafsirkan secara *a contrario* dengan seorang laki-laki yang bercerai untuk menikah lagi. Dengan demikian, seorang laki-laki yang bercerai dan mau menikah lagi tidak perlu menunggu masa idah.

Utrecht, membedakan antara interpretasi dan analogi sebagai berikut : **Pertama**, interpretasi adalah menjalankan undang-undang setelah undang-undang itu dijelaskan, sedangkan analogi adalah menyelesaikan suatu perkara dengan tidak menjalankan undang-undang. **Kedua**, interpretasi adalah menjalankan kaidah yang oleh undang-undang tidak dinyatakan dengan jelas. Sementara analogi adalah menjalankan kaidah tersebut untuk menyelesaikan suatu perkara yang tidak disinggung oleh kaidah itu tetapi yang mengandung kesamaan dengan perkara yang disinggung kaidah tersebut⁶⁹⁵.

Moeljatno membedakan antara interpretasi ekstensif dan analogi adalah sebagai berikut: Penafsiran ekstensif hakim berpegang pada aturan yang ada. Di situ ada perkataan yang diberi arti menurut makna yang hidup dalam masyarakat sekarang, tidak menurut maknanya pada waktu undang-undang dibuat. Sementara analogi adalah bahwa perbuatan yang menjadi persoalan tidak bisa dimasukkan dalam aturan yang ada. Selanjutnya perbuatan itu menurut pandangan hakim seharusnya dijadikan perbuatan pidana pula, karena termasuk intinya aturan yang ada, maka perbuatan tadi lalu dapat dikenai aturan yang ada dengan menggunakan analogi⁶⁹⁶.

Apabila kita kaitkan dengan hasil penemuan hukum dari berbagai metode penafsiran yang membedakannya menjadi interpretasi restriktif dan interpretasi ekstensif, maka analogi dapatlah dikatakan sebagai interpretasi ekstensif. Hal ini secara tegas dinyatakan oleh **Sudikno** bahwa analogi selain merupakan metode penemuan hukum juga menciptakan peraturan hukum baru dengan memperluas pengertian.

695 Utrecht, Op.Cit, hlm. 207.

696 Moeljatno, Op.Cit., hlm. 28 – 29.

Analogi ini dapat disebut juga interpretasi ekstensif⁶⁹⁷. Senada dengan **Sudikno** adalah **Scholten** yang menyatakan bahwa tidak ada perbedaan asasi antara interpretasi ekstensif dan analogi⁶⁹⁸. Demikian pula dengan **Jonkers** yang menyatakan "*trouwens extensieve, teleologische en analogische uitleg liggen zoo dicht naast elkaar, dat de grenslijnen moeilijk te trekken zijn*"⁶⁹⁹ (Ekstensif, teleologis dan analogi sangat dekat antara satu dengan yang lain, tidak mungkin dipisahkan).

Dalam hukum pidana, pertanyaan selanjutnya apakah analogi boleh diterapkan? Apabila kita bersandar pada asas legalitas dengan salah satu makna yang terkandung di dalamnya ***nullum crimen, noela poena sine lege stricta*** secara implisit tidak memperbolehkan analogi. Arti ***nullum crimen, noela poena sine lege stricta*** seperti yang telah diutarakan pada bab tentang Asas Hukum di atas, bahwa ketentuan pidana harus ditafsirkan secara ketat sehingga tidak menimbulkan perbuatan pidana baru. Larangan untuk menggunakan penafsiran analogi dirumuskan dalam adagium, ***ein palladium der burgerlichen freiheit*** atau ***la garantie essentielle de la liberte***. Sebagian besar negara di daratan Eropa masih melarang penggunaan analogi, kecuali di Denmark dan Inggris yang membolehkan analogi dalam penerapan hukum pidana⁷⁰⁰. Demikian pula di Cina yang membolehkan analogi dengan menerapkan ketentuan pidana dalam KUHP yang paling mirip dengan perbuatan yang dipandang patut dipidana tetapi tidak tercantum dalam KUHP⁷⁰¹.

Dalam praktik pengadilan sulit untuk menyatakan bahwa hakim pidana tidak menggunakan analogi. Perihal analogi ini telah menimbulkan

697 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 68.

698 Utrecht, Op.Cit., hlm. 212. Lihat juga Moeljatno, Op.Cit., hlm. 27.

699 J.E. Jonkers, 1946, Handboek Van Het Nederlansch-Indische Strafrecht, E.J. Brill, Leiden, hlm. 43.

700 Jan Remmelink, Op.Cit., hlm. 359.

701 Andi Hamzah, 1995, Perbandingan Hukum Pidana, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 24.

kontroversi diantara pakar hukum pidana sejak akhir abad ke-19 dengan putusan *Hoge Raad* tertanggal 21 November 1892, W. Nr. 6282 mengenai *Telefoonpalen Arrest*⁷⁰². Putusan tersebut membuktikan *Hoge Raad* telah menerima analogi atau setidaknya tidaknya menerapkan interpretasi ekstensif dalam hukum pidana⁷⁰³. Demikian pula perihal analogi ini kembali diperdebatkan dengan putusan *Hoge Raad* tertanggal 23 Mei 1921 : *Electriche energie is een goed, vatbaar voor wegneming*⁷⁰⁴. Dalam putusan tersebut, *Hoge Raad* secara kasat mata mempersamakan *inschakelen* sebagai perbuatan *wegnemen* sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 362 sebagai salah satu unsur pencurian⁷⁰⁵.

Terhadap putusan *Hoge Raad* tertanggal 21 November 1892, W. Nr. 6282 mengenai *Telefoonpalen Arrest*, **van Bemmelen** dan **van Hattum** sebagai aliran keras yang menolak analogi dalam hukum pidana menyatakan :

“Heeft de H.R. dan in 1892 art. 351 Sr. Ten onrechte analogisch toegepast? Neen. Er was hier geen sprake van analogische toepassing. Uit de wetshistorie blijkt nl. duidelijk, dat de wetgever de telefonwerek niet vergeten heeft en dat hij opzettelijke vernieling telegraafwerken.

702 J.M. Van Bemmelen En W.F.C. Van Hattum, Op.Cit, hlm. 72.

703 E. Utrecht, Op.Cit, hlm. 210.

704 J.M. Van Bemmelen En H. Burgersdijk, 1955, Arresten Over Strafrecht, Vijfde Druk, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., hlm. 311 – 324.

705 Dalam A. Broers, 1933, Engels Woordenboek, Tweede Deel Nederlands – Engels, J.B. Wolters' Uitgeversmaatschappij, Groningen – Batavia, hlm. 362., *Inschakelen* diartikan dalam bahasa Inggris sebagai 'switch on' yang dalam Bahasa Indonesia diartikan sebagai menyalakan atau menghidupkan. Sedangkan *wegnemen* dalam A. Broers, *Ibid*, hlm 980., diartikan dalam bahasa Inggris sebagai 'take a' yang dalam bahasa Indonesia diartikan mengambil sesuatu. Pasal 362 KUHP atau Pasal 310 Wetboek van Strafrecht berbunyi "Hij die eenig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort, wegneemt, met het oogmerk om het zich wederehtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal..." lihat : M.W. Van 'T Hof, 1930, Wetboek Van Strafrecht, N.V.G. Kolff & Co – Batavia C., hlm. 129. Di sini jelas terlihat bahwa menghidupkan atau menyalakan (*inschakelen*) diartikan sebagai mengambil (*wegnemen*). Bandingkan juga dengan E.Utrecht, Op.Cit, hlm. 209.

De kwestie is nl. dat de wetgever zich heeft aangesloten bij een teonmaals, zowel in binnen – als buitenland in wetenschap en rechtspraak, algemeen aanvaard technisch woordgebruik, volgens hetwelk telefoonwerk een species is van telegraafwerk. De vermelding van telefoonwerk was in die opvatting overbodig. De H.R. heeft voor dit artikel dit woordgebruik gesanctioneerd en dus op grond van de wetshistorie het technisch begrip doen praevaleren boven het normale spraakgebruik⁷⁰⁶.

(Apakah Putusan Mahkamah Agung 1892 terhadap Pasal 351 KUHP telah menerapkan analogi ? Tidak. Tidak ada penerapan analogi di sini. Dari sejarah pembentukan undang-undang ternyata jelas bahwa pembentuk undang-undang tidak melupakan peralatan telepon dan dengan sengaja merusak dianggap termasuk dalam kesengajaan merusak peralatan telegram. Maksudnya ialah bahwa pembentuk undang-undang mengikuti pemakaian istilah teknis yang diterima secara umum oleh pengetahuan dan pengadilan, baik di dalam maupun luar negeri. Peristilahatan teknis berpendapat bahwa peralatan telepon merupakan spesies dari peralatan telegram. Penyebutan peralatan telepon menurut pendapat ini tidak perlu. Mahkamah Agung telah mengesahkan istilah ini untuk pasal tersebut. Jadi berdasarkan sejarah undang-undang telah memilih pengertian teknis di atas pemakaian istilah biasa).

Kemudian terhadap putusan *Hoge Raad* tertanggal 23 Mei 1921 tentang pencurian aliran listrik, **van Bemmelen** dan **van Hattum** kembali menyatakan:

“Naar mijn gevoelen is het arrest geen voorbeeld van analogische wetstoepassing, doch een bewijs, dat Hoge Raad zich begon los te maken van de materialistische wereldbeschouwing van de 19de eeuw..... ”Voor ons is elektrische energie natuurlijk, ‘enig goed’...”⁷⁰⁷

706 J.M. van Bemmelen En W.F.C van Hattum, Op.Cit, hlm. 72.

707 Ibid, hlm. 73 pada catatan kaki 3.

(Putusan listrik tersebut bukan contoh tentang analogi, putusan ini tidak lain dari pada bukti bahwa Mahkamah Agung telah mulai melepaskan diri dari pandangan materialistis, seperti yang dahulu berpuncak pada abad ke-19..... ” Bagi kita energi listrik adalah sebuah barang...)

Perdebatan mengenai boleh tidaknya penggunaan analogi dalam hukum pidana, secara garis besar dibagi atas tiga. **GOLONGAN PERTAMA**, para ahli hukum pidana yang dengan tegas menolak analogi dalam hukum pidana. Golongan ini diwakili oleh **van Bemmelen, van Hattum, Moeljatno** dan **Remmelink**. Ada tiga alasan mendasar **van Bemmelen** dan **van Hattum** menolak analogi. Secara tegas mereka menyatakan :

”.....dat art.1 Sr. historisch gezien, de functie heeft het arbitraire element in de strafrechtspleging tegen te gaan. Door bij die rechtspleging analogische toepassing van de wet toe laten vergroot men het arbitraire element.

Een ander aan de wetgeving ontleend argument tegen analogie is gelegen in de omstandigheid, dat analogische toepassing van de wet het militaire strafrecht juist wel uitdrukkelijk was toegestaan (art.17 Crimineel wetboek voor het Krijgsvolk te Lande van 1815)

En ten slotte wijst men er op dat in de zogenaamde betekenis titel (titel IX van het eerste boek) tal van overbodig zouden zijn als rechter de strafwet analogisch mag hanteren⁷⁰⁸.

(”..... dilihat dari sejarah Pasal 1 KUHP, fungsi unsur arbitrase bertentangan dengan pelaksanaan hukum pidana. Pelaksanaan hukum dengan penerapan analogi terhadap undang-undang adalah memperbesar unsur arbitrase.

Argumen terhadap analogi dalam perundang-undangan dalam keadaan tertentu tidak ada bedanya seperti penerapan analogi terhadap hukum pidana militer yang secara jelas membolehkannya (Pasal 17 Kitab Undang-Undang untuk Rakyat Kerajaan Di Belanda 1815).

708 Ibid, hlm. 74 – 75.

Pada akhirnya menunjuk pada pengertian beberapa istilah (Bab IX buku I KUHP) dari ketentuan umum yang ada menjadi sia-sia jika hakim menggunakan analogi undang-undang pidana).

Meskipun demikian, dalam *Hand –En Leerboek-nya*, **van Bemmelen** dan **van Hattum** membolehkan analogi terhadap ketentuan pidana tertulis yang tidak didasarkan pada suatu kaidah yang menentukan dapat tidak dipidananya seorang pelaku pelanggaran. Mereka menyatakan “.....*derhalve is analogische toepassing, gehanteerd naar algemene beginselen van rechtsvinding, toegelaten van alle strafrechtelijke voorschriften waaraan geen strafrechtsnorm ten gronslag ligt*⁷⁰⁹. Menurut **Moeljatno**, baik **van Bemmelen** maupun **van Hattum** tidak hanya menolak analogi dalam hukum pidana, lebih dari itu mereka juga menolak digunakan interpretasi ekstensif dalam hukum pidana.

Hal inilah yang membedakan antara **van Bemmelen** dan **van Hattum** di satu sisi dengan **Moeljatno** di sisi yang lain. **Moeljatno** dalam hal analogi sependapat dengan **van Bemmelen** dan **van Hattum** karena bertentangan dengan asas legalitas. Sementara perbedaan antara **Moeljatno** dengan **van Bemmelen** dan **van Hattum** adalah masalah penafsiran ekstensif. **Moeljatno** berpendapat penafsiran ekstensif dapat digunakan dalam hukum pidana, sedangkan **van Bemmelen** dan **van Hattum** tidak bisa menerima penggunaan interpretasi ekstensif dalam hukum pidana⁷¹⁰.

Sementara **Remmelink** yang menolak analogi dalam hukum pidana mendasarkan pada empat alasan. **Pertama**, lebih mendukung pada kepastian hukum. **Kedua**, pengembangan hukum tidak hanya dibebankan kepada hakim. **Ketiga**, tidak membuka kesempatan bagi hakim untuk mengambil putusan secara emosional karena pengaruh opini publik, media dan golongan lainnya. **Keempat**, sejarah perundang-

709 Ibid, hlm. 80.

710 Moeljatno, Op.Cit, hlm. 27.

undangan tahun 1886 tidak dimaksudkan sebagai pengakuan terhadap penggunaan metode penafsiran analogi⁷¹¹. Kendatipun menolak analogi, **Remmelink** mengakui bahwa larangan menggunakan analogi hanya dalam hal untuk menciptakan ketentuan pidana baru bukan untuk menjelaskan perundang-undangan. Selain itu, masih menurut **Remmelink**, bahwa *Hoge Raad* dalam perkembangannya telah menerbitkan sejumlah *arrest* yang sulit untuk dikatakan tidak menggunakan analogi, terutama ketika dihadapkan dengan sejumlah 'tindakan jahat' yang tanpa pendekatan demikian pasti akan lolos dari jaring keadilan⁷¹².

GOLONGAN KEDUA adalah para ahli hukum pidana yang tidak secara tegas menerima atau menolak analogi. Golongan ini diwakili oleh **Hazewinkel Suringa** dan **Vos**. Ketidaktegasan **Suringa** dan **Vos** dalam menerima atau menolak analogi dapat disimpulkan dari pernyataan-pernyataan mereka dalam *leerboek*-nya. **Suringa** dalam bukunya menyatakan, "*De vraag is niet, of analogie toelbaar is ; ongewild en ongeweten zal zij aangewend worden. De vraag is veeleer, welke methoden van interpretatie de strafrechter moet hanteren en on of hij daarin even vrij zal zijn als de civile*"⁷¹³ (Pertanyaan apakah analogi tidak akan digunakan ; Tidak dikehendaki dan diketahui akan digunakannya. Pertanyaan ini lebih pada metode interpretasi hakim pidana untuk menggunakannya dan apakah dia sama bebasnya dengan hakim perdata).

Berdasarkan pernyataan **Suringa**, **Utrecht** berpendapat bahwa **Suringa** tidak menyinggung apakah analogi boleh diterapkan ataukah tidak dalam hukum pidana. Masih menurut **Utrecht**, justru **Suringa** mencoba untuk memberikan suatu penjelasan riil mengenai analogi dalam peradilan pidana⁷¹⁴. Hanya saja dalam kaitannya dengan asas

711 Jan Remmelink, Op.Cit, hlm. 360.

712 Ibid, hlm. 45, 60.

713 Hazewinkel Suringa, Op.Cit., , hlm. 278.

714 E. Utrecht, Op.Cit, hlm. 218.

legalitas sebagaimana yang termaktub dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP bila dihubungkan dengan interpretasi, **Suringa** menyatakan, *"..... dat dit voorschrift rechtszekerheid en rechtsgelijkheid beoogt en niet een zo ruime interpretatie duldt, waardoor deze zouden worden geschaad, staat toch wel vast"*⁷¹⁵ ("..... Demi kepastian dan persamaan hukum, ketentuan ini sudah jelas sehingga tidak boleh diinterpretasi yang merugikan).

Identik dengan **Suringa** perihal penerapan analogi, **Vos** memberi pernyataan yang tidak begitu jelas boleh – tidaknya penggunaan analogi. Hal ini tersimpul dari pernyataan **Vos** dalam bukunya :

*"Analogische wetstoepassing is niet toegelaten, althans niet in die zin, dat analogisch nieuwe strafbare feiten kunnen worden geschapen, en wel wegens art. 1 al.1. Onder analogische wetstoepassing is te verstaan het toepassen van een bepaling op een geval, waaraan de wetgever niet gedacht heeft of niet kon denken, maar waarvan de ratio voor toepassing der strafbepaling dezelfde is als voor in die bepaling we geregelde gevallen. Waar echter de grens tussen analogische wetstoepassing en extensieve interpretatie vaak weinig scherp is, zal men dikwijls langs de tweede weg tot eenzelfde resultaat kunnen komen als door analogie"*⁷¹⁶.

(Analogi dalam penerapan undang-undang tidak dibolehkan, namun tidak dalam arti analogi menimbulkan perbuatan pidana baru sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1). Penerapan undang-undang dengan analogi terhadap suatu kasus yang tidak dipikirkan oleh pembentuk undang-undang atau tidak dapat memikirkannya, tetapi ratio untuk penerapan undang-undang sama seperti penerapan ketentuan undang-undang terhadap masalah yang diatur oleh undang-undang. Namun demikian batas antara analogi dalam penerapan undang-undang dan interpretasi ekstensif kurang jelas sehingga jalan kedua yang ditempuh adalah kembali menggunakan analogi).

715 Hazewinkel Suringa, Op.Cit, hlm. 281.

716 H.B. Vos, Op.Cit., hlm. 46.

GOLONGAN KETIGA adalah para ahli hukum pidana yang menerima penerapan analogi. Golongan ini diwakili oleh **Roling, Pompe** dan **Jonkers**. Sebagaimana yang dikutip **Utrecht**, demikian juga **Remmelink, Roling** berpendapat bahwa antara interpretasi ekstensif dan analogi tidak ada perbedaan asasi. Masih menurut **Roling**, analogi itu tidak lain dari suatu sendi interpretasi yang mana kita harus membedakan antara redaksi undang-undang pidana dan tujuan undang-undang pidana. Menurutnya, tujuan undang-undang pidana harus lebih diutamakan, sedangkan redaksi undang-undang pidana hanya sekunder saja⁷¹⁷.

Perihal analogi, **Pompe** dalam *handboek*-nya secara tegas menyatakan:

Toepassing van analogie bestaat daarin, dat men uit een rechtsvoorschrift een meer algemene regel abstraheert, die aan dit rechtsvoorschrift ten grondslag ligt (ratio legis), en daarna die meer algemene regel toepast op een geval, dat niet onder de tekst van het rechtsvoorschrift zelf valt. Dit geval moet dan met de gevallen, welke er wel onder behoren, zoveel gelijkenis, overeenkomstigheid (analogie), vertonen, dat gelijke berechting gerechtvaardigd lijkt. Toepassing van analogie is slechts geoorloofd, indienaan te nemen is, dat er een leemte in de wet is, dat derhalve de wetgever niet aan het geval gedacht heeft (vergeten gevallen) of er niet aan kon denken (nieuwe gevallen), en alleen daarom de wet niet zo ruim formuleerde dat het geval wel onder de tekst zou vallen. Is niet aan te nemen, dat de wetgever het geval over het hoofd gezien heeft, dan dient het met een redenering a contrario juist niet op gelijke wijze berecht te worden. Of men in een bepaald geval analogie moet toepassen, dan wel omgekeerd a contrario moet concluderen, dat de wetgever blijkens het ongenoemd laten het betrokken geval niet onder de desbetreffende regel heeft willen brengen, is telkens aan het oordeel van de rechter overgelaten⁷¹⁸.

717 Ibid, hlm. 214. lihat juga Jan Remmelink, Op.Cit, hlm. 359.

718 Pompe, Op.Cit, hlm. 50 – 51.

(Penerapan analogi berarti menerapkan suatu aturan umum terhadap suatu aturan hukum tertulis berdasarkan ketentuan hukum tersebut (*ratio legis*), dan selanjutnya ketentuan yang lebih umum itu diterapkan pada suatu kasus yang sebetulnya tidak tercakup rumusan ketentuan hukum tersebut. Kasus tersebut seharusnya seperti kasus-kasus yang tergolong ketentuan umum itu mempunyai sedemikian banyak persamaan (analogi) sehingga perlakuan yang sama seperti itu dianggap benar. Penerapan analogi hanya dibolehkan jika dapat dianggap bahwa ada kekosongan dalam hukum karena pembentuk undang-undang tidak memikirkan (lupa memikirkan) demikian atau tidak dapat memikirkan demikian (kasus baru) dan oleh karena itu tidak merumuskan undang-undang sedemikian luas sehingga rumusan undang-undang tidak mencakup kasus tersebut. Bila tidak dapat diterima bahwa pembentuk undang-undang tidak memikirkan kasus tersebut, maka seharusnya dengan pertimbangan *a contrario* justru tidak boleh diadili dengan cara yang sama. Kalau dalam suatu kasus tertentu kita harus menerapkan analogi atau sebaliknya memutuskan *a contrario* bahwa pembentuk undang-undang tidak menyebut kasus tersebut dicakup oleh rumusan undang-undang, maka selalu diserahkan pada pertimbangan hakim).

Adapun alasan **Pompe** untuk menerima penggunaan analogi dalam hukum pidana adalah sejarah Pasal 1 ayat (1) KUHP yang pada intinya menyatakan bahwa dapat dipidananya suatu perbuatan sepenuhnya diserahkan kepada hakim. Dengan demikian tidak ada larangan untuk menggunakan analogi. Secara tegas dinyatakan oleh **Pompe**, "*De geschiedenis van art. 1 Sr. kan ook leiden naar art. 12, tweede lid, van het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland, waar aan de rechter uitdrukkelijk wordt overgelaten, over de strafbaarheid van het feit "volgens de regelen van uitlegkunde" te beslissen, hetzij naar de woorden hetzij naar de zin (m.a.w ratio) der wet*"⁷¹⁹(Sejarah

719 Ibid, hlm. 52.

dari Pasal 1 KUHP dapat juga mengarah Pasal 12 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana untuk Kerajaan Belanda, yang mana nyata-nyata diserahkan kepada hakim untuk mengambil putusan tentang dapat dipidananya suatu perbuatan "menurut aturan-aturan pertimbangannya" atau menurut kata-katanya atau menurut tujuan (dengan kata lain rasionya) undang-undang).

Pada bagian lain dalam bukunya, untuk mempertahankan penggunaan analogi dalam hukum pidana, **Pompe** menyatakan :

"Met beperke dit verbod, als vormende een uitzondering, dan ook tot wat art. I, eerste lid, Sr. naar zijn tekst inhoudt, en breide deze bepaling niet zelve buiten de tekst uit. De besproken bepaling betreft alleen de strafbaarheid van het feit. Bij de strafbaarheid uitsluitende omstandigheden, waarbij het immers niet om het strafbare feit, maar om de daarvoor strafbare persoon gaat (en waarbij overigens niet de strafbaarheid, maar de straffeloosheid wordt bepaald), is de toepassing van analogie dus ook op het door mij thans afgewezen standpunt aanvaardbaar te achten. Evenmin is op dit standpunt analogie verboden t. a. v. de vervolgbaarheid, de uitvoerbaarheid der straf. Voor het strafprocesrecht geldt art. I Sv⁷²⁰.

(Agar peraturan ini dibatasi sebagai suatu hal yang khusus, juga apa yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP menurut isi teksnya, dan ketentuan ini sendiri diperluas di luar teks tersebut. Ketentuan yang dibicarakan hanyalah mengenai dapat dipidananya perbuatan itu. Ketentuan mengenai keadaan tidak dapat dipidananya suatu perbuatan, sebetulnya bukan mengenai perbuatan pidana tetapi lebih mengenai dapat dipidananya seseorang (bukan mengenai tidak dapat dipidananya perbuatan, tetapi alasan penghapus pidana tertentu), maka penerapan analogi dapat diterima menurut pandangan saya. Demikian juga menurut pandangan ini analogi tidak dilarang terhadap

720 Ibid, hlm. 54.

pelaksanaan pidana. Untuk hukum acara pidana berlaku juga Pasal 1 Hukum Acara Pidana).

Sependapat dengan **Pompe** adalah **Jonkers** yang membolehkan penerapan analogi dalam hukum pidana dan menurutnya tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP. Dengan membandingkan analogi dan beberapa metode interpretasi lainnya, **Jonkers** menyatakan :

“Er zijn verschillende methoden van wetsuitleg : de historische, de grammaticale, de logische, de systematische, de extensieve, de teleologische en de analogische. Vooral de laatste drie hebben aanleiding gegeven tot velerlei discussies, omdat daarbij de vraag rijst of zij voor strafrecht geoorloofd zijn. De extensieve stelt zich op den basis van ruimen wetsuitleg, de teleologische speurt naar het doel, de strekking der bepaling en de analogische gaat zoover, dat zij rekening wil houden met de overeenkomstigheid der feiten en de norm, die aan straf bepaling ten grondslag ligt. Vele vooraanstaande juristen en ook de jurisprudentie aanvaardden voor het strafrecht, althans voor zoover de strafbaarstelling betreft, de analogie niet. Zij zijn van meening, dat het reeds besproken eerste lid van art. 1 W.v.S. – geen feit is strafbaar dan krachtens een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling – zich hiertegen verzetten zou. Ik kan deze opvatting niet dellen. Bij analogische interpretatie valt men terug op de wet en ik kan niet inzien, dat de regel van artikel 1 lid 1 daardoor geweld zou worden aangedaan⁷²¹.”

(Bermacam-macam metode interpretasi : historis, gramatikal, logis, sistematis, ekstensif, teleologis dan analogi. Terutama tiga yang terakhir, bermacam-macam diskusi, berdasarkan itu timbul pertanyaan apakah hukum pidana diperbolehkan. Ekstensif adalah berdasarkan interpretasi luas undang-undang. Teleologis menekankan pada tujuan

721 Jonkers, 1946, Op.Cit, hlm. 42.

yakni tujuan menurut undang-undang dan analogi sedemikian jauh sehingga mereka memperhitungkan kesamaan perbuatan dan norma yang menjadi dasar ketentuan undang-undang pidana. Banyak jurisdiktor terkemuka dan juga jurisprudensi menolak analogi dalam hukum pidana yaitu sepanjang dapat dipidananya suatu perbuatan. Mereka berpendapat bahwa Pasal 1 ayat (1) KUHP – tidak ada perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan undang-undang pidana sebelum perbuatan dilakukan – menentang hal ini. Saya tidak setuju dengan pendapat ini. Interpretasi analogi dikembalikan kepada undang-undang dan saya tidak sependapat bahwa Pasal 1 ayat (1) diperkosa oleh analogi).

Menurut **Jonkers**, penerapan analogi dalam peradilan pidana sebelum kasus pencurian listrik adalah Putusan *Rechtbank Leeuwarden* 10 Desember 1919, NJ 1920. Di *veemarkt* (pasar hewan), A berdiri di sebelah sapi, seolah-olah sapi itu adalah miliknya sendiri. B yang hendak membeli sapi, sungguh-sungguh mengira bahwa A adalah pemilik sapi tersebut. B kemudian membayar sejumlah uang kepada A dan membawa sapi itu pulang ke rumahnya. Pengadilan menganggap A yang berdiri di dekat sapi tersebut dan seolah-olah pemilik sapi, identik dengan perbuatan 'mengambil' sebagaimana dimaksud dalam pasal pencurian.

Komentar **Jonkers** terhadap putusan tersebut adalah sebagai berikut :

“Het sterkste staaltje op diet gebied is wel te vinden in een vonnis van de rechtbank te Leeuwarden (vonnis 10 December 1919 N.J. 1920, blz. 187), waarin het gaan en blijven staan bij een op de markt zich los gemaakt hebbende koe en het vervolgens verkoopen van de koe als een daad van wegneming wordt aangemerkt. De rechtbank is zoo eerlijk in dit vonnis te overwegen, dat difstal mogelijk is, ook al heeft in letterlijken zin geen wegneming plaats gehad en voegt daaraan toe, dat zij bereid is iets wegnemen te noemen, wat helemaal geen wgenemen is n^l722”.

722 Ibid, hlm. 43.

(Contoh yang paling tepat di lapangan ini dapat ditemukan dalam Pengadilan Leeuwarden (Putusan 10 Desember 1919 N.J. 1920, blz. 187), yang mana seorang yang datang dan tetap berdiri di dekat sapi yang telah melepaskan diri di pasar hewan dan selanjutnya penjual sapi tersebut dipandang sebagai mangambil. Pengadilan begitu jujur untuk mempertimbangkan dalam putusan ini bahwa pencurian mungkin terjadi meskipun secara leterlek tidak terjadi perbuatan mengambil dan pengadilan menambahkan bahwa pengadilan bersedia menyebutkan sesuatu mengambil padahal bukan mengambil tetapi mendatangi dan berdiri dekat sapi tersebut).

Terlepas dari boleh – tidaknya penggunaan analogi dalam hukum pidana, **Herman Mannheim** mengemukakan ada dua macam analogi. **Pertama**, analogi undang-undang atau *gesetze analogie*. **Kedua**, analogi hukum atau *rechtsanalogie*. Dalam penerapan hukum pidana, analogi yang dibolehkan adalah analogi undang-undang dan bukan analogi hukum. Kendatipun demikian sulit dibedakan antara analogi undang-undang dan analogi hukum⁷²³.

Menurut **Cherif Bassiouni** ada tiga katagori analogi. **Pertama**, analogi untuk menciptakan perbuatan pidana baru yang sudah diduga tetapi tidak dirumuskan oleh pembentuk undang-undang. **Kedua**, analogi diterapkan apabila bunyi undang-undang tidak cukup jelas atau gagal merumuskan unsur-unsur dari suatu perbuatan pidana. **Ketiga**, analogi diterapkan terhadap pembedaan dalam hal tidak didefinisikan oleh pembentuk undang-undang. Masih menurut **Bassiouni**, bahkan pada sistem hukum dengan pendekatan positivisme yang ketat, asas legalitas membolehkan analogi terhadap pembedaan namun dalam batas-batas yang telah ditentukan oleh pembentuk undang-undang. Akan tetapi, pada sistem hukum yang menerapkan asas legalitas

723 Andi Hamzah dalam Pembangunan Hukum Pidana Indonesia, Asosiasi Pengajar Hukum Pidana Dan Kriminologi Indonesia, 2008, Perkembangan Hukum Pidana Dalam Era Globalisasi, Perum Percetakan Negara RI, Jakarta, hlm.33.

sangat ketat, sepenuhnya melarang penggunaan analogi dengan mengingat pada klausula aturan *favor reo*. Artinya, hakim harus menjatuhkan putusan yang meringankan terdakwa⁷²⁴.

Terhadap analogi, pendapat Kami adalah sebagai berikut: **Pertama**, dalam konteks hukum pidana nasional, penerapan analogi hanya dibolehkan jika analogi dilakukan dalam rangka menjelaskan undang-undang. Sebagaimana dalam contoh di atas terkait pencurian listrik. *In casu a quo*, *Hoge Raad* tidak hanya melakukan penafsiran ekstensif terhadap kata “barang” yang terdiri dari barang berwujud dan barang tidak berwujud (energi listrik termasuk barang tidak berwujud), namun juga menggunakan analogi undang-undang untuk menjelaskan kata “mengambil”. Perbuatan menaikkan dan menurunkan saklar untuk memindahkan aliran listrik dianalogikan sebagai mengambil.

Kedua, masih dalam konteks hukum pidana nasional, analogi hukum tidak diperkenankan karena akan menimbulkan perbuatan pidana baru yang jelas bertentangan dengan asas legalitas. **Ketiga**, dalam konteks penegakkan hukum pidana internasional termasuk penindakan terhadap kejahatan-kejahatan internasional, baik analogi untuk menjelaskan undang-undang, maupun analogi hukum dalam rangka menimbulkan perbuatan pidana baru, dibolehkan. Hal ini karena ada perbedaan standar pelaksanaan asas legalitas dalam konteks hukum pidana nasional dan hukum pidana internasional.

Salah satu penerapan *rechtsanalogie* dalam hukum pidana internasional adalah pengadilan yang dilakukan oleh *International Criminal Tribunal For Rwanda* (ICTR) terhadap **Jean Paul Akayesu** yang juga adalah mantan Walikota Komunitas Taba. Dalam kasus **Akayesu** ada unsur-unsur kejahatan (*elements of crime*) yang didakwakan terhadap **Akayesu** dianalogikan, didefinisi dan diinterpretasikan secara ekstensif. **Akayesu** didakwa melakukan sejumlah kejahatan terhadap hak asasi manusia di komunitas Taba, *perfecture* Gitarama, Rwanda.

724 M. Cherif Bassiouni, Op.Cit, hlm. 179 – 180.

Dalam Putusan ICTR, salah satu pasal yang dijeratkan kepada **Akayesu** dan dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan adalah telah melakukan pemerkosaan massal. Faktanya yang dilakukan oleh **Akayesu** adalah menyaksikan para milisi dan polisi *komune* memaksa wanita-wanita Tutsi menanggalkan pakaian, menari dan berbaris di depan publik di bawah terik matahari⁷²⁵. **Akayesu** menyaksikan hal tersebut tanpa melakukan tindakan apapun. Tegasnya, **Akayesu** membiarkan peristiwa yang tidak berpriskemanusiaan itu terjadi. Wanita-wanita Tutsi yang dipaksa menari tanpa busana dan di bawa terik matahari dianalogikan sebagai pemerkosaan.

3. Penyempitan Hukum

Rechtsverfijning atau penghalusan hukum adalah istilah lain untuk menyebut penyempitan hukum sebagai salah satu metode penemuan hukum. Pada dasarnya, penyempitan hukum adalah mempersempit arti suatu rumusan undang-undang. Jika tidak dipersempit pengertian dari rumusan tersebut, maka cakupan dari rumusan itu terlalu luas⁷²⁶. Sebagai misal adalah Pasal 1365 KUH Perdata mengenai perbuatan melawan hukum. Pasal 1365 KUH Perdata Indonesia berbunyi, ” *Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.*”

Apa yang dimaksudkan dengan frasa “melawan hukum”, baik dalam undang-undang maupun dalam sejarah pembentukan KUH Perdata tidak terdapat penjelasan. Pasal 1365 KUH Perdata berasal dari Pasal 1382 *Code Civil* Perancis yang menyatakan ” *tout fait quelconque de L’homme, qui cause un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrive, a le reparer*”. Ketika pasal tersebut diadopsi di Belanda, dalam

725 Human Right Watch, 2004, *Genocide, War Crimes And Crimes Against Humanity : Topical Digests Of The Case Law Of The International Criminal Tribunal For Rwanda And The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, diterjemahkan oleh ELSAM, 2006, hlm. xvii – xxi.

726 Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 71.

Pasal 1401 *Burgelijk Wetboek* menyebutkan "Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengene door wiens schuld die schade veorzaakt is in de verplichting om dezelfde te goeden".

Dengan menyandingkan ketiga ketentuan tersebut terlihat langsung bahwa teks Belanda berisikan ketentuan *onrechtmatige daad* yang tidak ada padanannya dalam Pasal 1382 *Code Civil* Perancis. Dengan kata lain, pembentuk undang-undang di Belanda-lah yang sengaja menambahkan *onrechtmatig*, untuk menegaskan bahwa tidak setiap perbuatan yang mengakibatkan kerugian kepada seseorang adalah melawan hukum. **Komariah** yang mengutip pendapat **Hoffman** menyatakan unsur dari perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) adalah harus ada yang melakukan perbuatan, bersifat melawan hukum, menimbulkan kerugian dan adanya kesalahan yang dapat dicegakan⁷²⁷.

Melawan hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata yang identik dengan Pasal 1401 *Burgelijk Wetboek* dianggap terlalu luas sehingga dipersempit oleh *Hoge Raad* dalam putusannya tertanggal 31 Januari 1919. Menurut putusan *Hoge Raad* yang dimaksud dengan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) ialah melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang (a) melanggar hak orang lain, (b) bertentangan dengan kewajiban hukum yang melakukan perbuatan tersebut dan yang (c) bertentangan dengan kesusilaan, serta asas-asas pergaulan dalam masyarakat.⁷²⁸

Penyempitan hukum dilakukan terhadap frasa "melawan hukum" dalam Pasal 1365 KUH Perdata. Hal ini untuk mencegah pengertian yang terlalu luas dari frasa "melawan hukum" itu sendiri. Putusan tersebut juga menyatakan bahwa kerugian juga harus ditanggung oleh orang yang menyebabkan timbulnya kerugian tersebut. Pasal 1365 KUH Perdata *juncto* Pasal 1401 *Burgelijk Wetboek* Belanda

727 Komariah Emong Sapardjaja, Op.Cit., hlm. 35 – 36 .

728 E. Utrecht, Op.Cit., hlm. 272.

memiliki perbedaan prinsip dengan Pasal 1382 *Code Civil* Perancis. Menurut *Code Civil* Perancis, semua perbuatan yang menimbulkan kerugian mendatangkan akibat hukum berupa ganti rugi bagi orang yang menimbulkan kerugian tersebut, sedangkan menurut *Burgelijk Wetboek* Belanda, hanya kerugian yang disebabkan oleh perbuatan melawan hukum yang menimbulkan akibat hukum berupa ganti kerugian terhadap orang yang menyebabkan kerugian tersebut.

4. Eksposisi

Dengan mengutip pendapat **Bos**, eksposisi pada dasarnya adalah metode konstruksi hukum untuk membentuk kata-kata atau membentuk suatu pengertian⁷²⁹. Eksposisi sebagai salah satu metode penemuan hukum terdiri dari :

1. Eksposisi Verbal

Eksposisi verbal secara garis besar dibagi menjadi dua yaitu prinsipal dan melengkap. Masing-masing eksposisi verbal dijelaskan sebagai berikut :

a. Prinsipal

Verbal prinsipal masih dibagi lagi menjadi individuasi, parafrase dan definisi. Berbagai metode tersebut adalah sebagai berikut :

1. Individuasi

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, individuasi diartikan sebagai proses melemahnya keterikatan kepada kelompok sehingga terdapat individu-individu yang kurang kuat ketaatannya kepada kelompoknya atau berkembang sendiri secara terpisah⁷³⁰. Dalam konteks penemuan

⁷²⁹ Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm 72.

⁷³⁰ Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, Op.Cit., hlm. 329.

hukum, individuasi adalah menjelaskan suatu nama dengan membedakan nama yang bersangkutan dengan nama yang lain sehingga jika tidak dijelaskan akan terjadi kerancuan.

Sebagai misal, dalam hukum pidana kita mengenal istilah “hapusnya kewenangan penuntutan” antara lain adalah karena daluwarsa atau lampaunya waktu sehingga perkara tersebut tidak bisa lagi diproses. Padahal proses suatu pidana diawali dengan penyelidikan dan penyidikan yang pada umumnya dilaksanakan oleh polisi, sedangkan istilah “penuntutan” dalam hukum acara pidana merupakan kewenangan jaksa sebagai tahapan lanjutan dari penyidikan. Istilah “hapusnya kewenangan penuntutan” termasuk di dalamnya adalah kewenangan penyelidikan dan penyidikan sehingga istilah “penuntutan” tidaklah diartikan secara teknis yuridis sebagai kewenangan yang dimiliki oleh jaksa tetapi merupakan suatu kesatuan yang dimulai dari penyelidikan, penyidikan dan penuntutan. Dengan demikian hapusnya kewenangan penuntutan yang dimaksudkan di sini mengalami individuasi untuk diartikan sebagai hapusnya kewenangan penyidikan.

2. Parafrase

Parafrase diartikan sebagai penguraian kembali suatu teks dalam bentuk kata-kata yang lain dengan maksud untuk menjelaskan makna yang tersembunyi⁷³¹. Sebagai misal, “perjanjian yang dibuat para pihak mengikat ibarat undang-undang” (*pacta sunt servanda*). Kalimat yang berbeda tetapi maksudnya sama adalah “perjanjian tidak mengikat pihak ketiga tapi hanya para pihak yang mengikatkan diri” (*pacta tertiis nec nosent nec prosunt*). Contoh lain, salah satu frase yang dikemukakan **Feuerbach ketika** merumuskan asas legalitas adalah *nullum crimen sine poena legali*. Artinya, “tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang”. Frase tersebut dapat diartikan dengan parafrase lain namun memiliki maksud yang sama

731 Ibid., hlm. 648.

adalah “semua perbuatan pidana harus dipidana menurut undang-undang”. Frase inilah yang kemudian melahirkan legalitas penuntutan dalam hukum acara pidana.

3. Definisi

Ada beberapa pengertian definisi. **Pertama**, definisi diartikan sebagai kata, frase, atau kalimat yang mengungkapkan makna, keterangan, atau ciri utama dari orang, benda, proses, atau aktivitas. **Kedua**, definisi diartikan sebagai batasan atau arti. **Ketiga**, definisi diartikan sebagai rumusan tentang ruang lingkup dan ciri-ciri suatu konsep yang menjadi pokok pembicaraan atau studi⁷³². Definisi terdiri dari *definiendum* dan *definiens*. *Definiendum* adalah kata yang akan diberikan definisi, sedangkan *definiens* adalah kata-kata yang digunakan untuk memberi definisi⁷³³. Ada beberapa jenis definisi. **Pertama**, definisi yang memberi arti kepada kata-kata baru atau memberi arti baru kepada kata-kata lama (*definisi stipulatif*). **Kedua**, definisi yang menetapkan arti kata menurut bahasa sehari-hari (*leksikal*). **Ketiga**, definisi yang merinci arti kata. **Keempat**, definisi teoretikal. **Kelima**, definisi *persuasif* yang bersifat meyakinkan.

Sebagai contoh : Pasal 338 KUHP menyatakan, “*Barang siapa dengan sengaja merampas nyawa orang lain.....*”. Apa arti kata “sengaja” tidak dijelaskan dalam KUHP. Akan tetapi, berdasarkan interpretasi historis dalam *Memorie van Toelichting* (sejarah pembentukan KUHP di *Tweede Kamer*, Belanda), seseorang melakukan perbuatan dengan sengaja jika dia mengetahui dan menghendaki perbuatan tersebut. Interpretasi historis ini tidak terlepas dari doktrin kesalahan dalam hukum pidana yang menyatakan bahwa salah satu bentuk kesalahan adalah kesengajaan yang menghendaki dua syarat yaitu mengetahui dan menghendaki. Dengan demikian definisi terhadap kata “sengaja”

732 Ibid, hlm. 191.

733 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 73.

dalam pasal *a quo* adalah orang yang melakukan suatu perbuatan yang mana perbuatan tersebut diketahui dan dikehendaki.

Dari uraian di atas terlihat jelas bahwa definisi untuk menjelaskan arti kata “sengaja” adalah definisi teoretik. Selain itu untuk menjelaskan kata “sengaja” dalam pasal *a quo*, tidak hanya menggunakan definisi teoretik sebagai bagian dari metode eksposisi dalam penemuan hukum tetapi juga menggunakan interpretasi historis dan interpretasi doktriner. Dengan demikian sebagaimana yang diutarakan di atas, bahwa dalam penemuan hukum, sangat mungkin menggunakan lebih dari satu interpretasi, bahkan sangat dimungkinkan menggunakan lebih dari satu metode.

b. Melengkapi

Metode eksposisi verbal melengkapi terdiri dari :

1. Ampliasi

Ampliasi berasal dari kata “*ampliatio*” yang berarti penundaan putusan dalam kasus perdata. Dapat juga diartikan sebagai penundaan dalam kasus perdata sampai adanya bukti-bukti yang diperoleh lebih lanjut. Dalam konteks eksposisi verbal melengkapi, ampliasi berarti memberi pengertian yang luas terhadap suatu kata. **Sudikno Mertokusumo** memberi contoh kata “benda” dalam pengertain yang luas termasuk “hak”. Tegasnya, terhadap kata “benda” terjadi ampliasi jika diartikan juga sebagai “hak”⁷³⁴.

2. Antitese

Antitese dapat diartikan sebagai pertentangan yang tajam. Antitese dapat juga diartikan sebagai gaya bahasa yang mengandung gagasan-gagasan yang bertentangan dengan menggunakan kata atau

734 Ibid., 74.

kelompok kata yang berlawanan, seperti semboyan “merdeka atau mati”⁷³⁵. Contoh lain dalam konteks hukum seperti yang terdapat dalam Penjelasan Umum UUD 1945 yang menyatakan “*Kekuasaan Kepala Negara tidak tak terbatas*”. Pada hakikatnya makna dari penjelasan tersebut bahwa kekuasaan kepala negara adalah terbatas, tetapi sebagai penegasan diberika kata “tak terbatas” sebagai antitese namun ditambahi kata “tidak” di depan kata-kata “tak terbatas” sebagai bentuk penegasan.

3. Archetipasi

Archetipasi adalah kata yang memiliki arti immateriil dijelaskan dengan menggunakan gambaran tertentu tentang dunia benda. Misalnya kata “senang” atau “gembira” atau “bahagia” adalah kata-kata yang memiliki arti immateriil kemudian dilakukan archetipasi dengan gambar orang yang sedang tersenyum atau gambar orang yang sedang tertawa.

4. Deskripsi

Deskripsi adalah pemaparan atau penggambaran dengan kata-kata secara jelas dan terinci. Deskripsi dapat juga diartikan sebagai uraian⁷³⁶. Deskripsi lebih luas dari definisi. Dapatlah dikatakan bahwa deskripsi adalah definisi yang diperluas⁷³⁷. Sebaliknya, definisi adalah deskripsi singkat. Sebagai contoh : “Menimbulkan suasana teror”. Kata teror dideskripsikan sebagai suatu ketakutan, kecemasan, kepanikan akan bahaya yang senantiasa mengancam keselamatan jiwa.

735 Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, Op.Cit., hlm. 45.

736 Ibid., hlm. 201

737 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm 75.

5. Eksemplifikasi

Eksemplifikasi adalah memberikan keterangan dengan contoh. Dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, Pasal 13 menyebutkan, “*Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak lain mana pun yang bertanggung jawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan : a. diskriminasi; b. eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual; c. penelantaran; d. kekejaman, kekerasan, dan penganiayaan; e. keadilan; dan f. perlakuan salah lainnya*”. Penjelasan pasal *a quo* menyatakan, “*Perlakuan ketidakadilan, misalnya tindakan keberpihakan antara anak yang satu dan lainnya, atau kesewenang-wenangan terhadap anak*”. Di sini, kata “keadilan” dieksemplifikasi oleh pembentuk undang-undang dalam penjelasan pasal.

6. Enumerasi

Enumerasi mengandung makna suatu kata yang dijelaskan satu per satu disebutkan semuanya yang termasuk ke dalam yang dijelaskan. Sebagai contoh : Polisi dalam melaksanakan penyidikan dapat melakukan upaya paksa. Upaya paksa dienumerasi meliputi, penangkapan, penahanan, penggledahan, penyitaan dan pemeriksaan surat.

7. Ilustrasi

Ilustrasi diartikan sebagai gambar atau desain atau diagram untuk menjelaskan sesuatu. Dalam konteks ekposisi, ilustrasi adalah metode verbal melengkapi untuk menjelaskan arti kata⁷³⁸. Sebagai contoh, kata “koruptor” di ilustrasi dengan seekor tikus yang sedang menggigit uang.

738 Loc.Cit.

8. Paraleli

Paraleli secara harafiah berarti penyejajaran atau penyamaan. Sebagai misal, antara kata “orang” dan kata “manusia”. Meskipun memiliki persamaan sebagai makhluk ciptaan Tuhan yang paling mulia, namun memiliki perbedaan. Orang adalah istilah yuridis sedangkan manusia adalah istilah biologis.

9. Restriksi

Jika ampliasi berarti memberi pengertian yang luas terhadap suatu kata, maka sebaliknya restriksi adalah memberi pengertian yang sempit terhadap suatu kata. **Sudikno Mertokusumo** memberi contoh restriksi sebagai berikut : Sebuah ‘barang’ disebut “benda” jika memiliki nilai bagi manusia dan dianggap satu kesatuan oleh hukum⁷³⁹. Contoh lain, dalam hukum pidana kata “peratanggungjawaban pidana” mengalami restriksi jika diartikan sebagai “kesalahan”

10. Sinonimasi

Sinomin adalah bentuk bahasa yang maknanya mirip atau sama dengan bentuk lain⁷⁴⁰. Secara singkat dapatlah dikatakan bahwa sinonim adalah persamaan arti. Sebagai contoh Pasal 359 KUHP menyatakan, “*Barang siapa karena kesalahannya mengakibatkan matinya orang*”. Kata “kesalahan” merupakan sinonim kata alpa. Dengan demikian, pasal *a quo* dapat juga menyatakan, “Barang siapa karena kealpaannya mengakibatkan matinya orang....”

11. Terjemahan

Terakhir dari eskposi verbal melengkapi adalah terjemahan. Dapatlah dikatakan bahwa terjemahan adalah persamaan arti dari dari

739 Ibid, hlm. 74

740 Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, Op.Cit., hlm. 844.

dua bahasa yang berbeda. Contoh : *misbruik van omstandigheden* diterjemahkan sebagai penyalahgunaan keadaan. *Procedural law* diterjemahkan sebagai hukum acara. Namun ada juga kata yang dapat diterjemahkan lebih dari satu arti dengan memperhatikan sistem hukum yang dianut. Sebagai misal : kata "*intention*" dapat diterjemahkan sebagai niat atau sengaja. Hal ini berkaitan dengan sistem hukum Inggris yang tidak membedakan antara niat dengan sengaja. Berbeda dengan sistem hukum Belanda yang membedakan antara niat dengan sengaja. Niat terjemahan dari *voornemen*, sedangkan sengaja adalah terjemahan dari *opzet*.

2. Eksposisi Tidak Verbal

Representasi adalah metode eksposisi tidak verbal untuk menjelaskan suatu kata kepada orang lain dengan gambaran melalui panca indera⁷⁴¹. Kata tersebut biasanya suatu barang sehingga selain nama barang itu disebut, barangnya juga diperlihatkan. Kata-kata yang dapat dilakukan dengan representasi : **Pertama**, nama-nama barang seperti batu, pisau, buku. **Kedua**, nama-nama sifat yang empiris seperti halus, biru, dingin. **Ketiga**, penyebutan *egocentris* seperti kami, itu, besok. **Keempat**, nama-nama kejadian seperti kebakaran, hujan, gunung meletus.

F. Argumentasi Hukum

Argumentasi hukum adalah alasan-alasan untuk memperkuat atau menolak mengenai suatu pendapat yang didasarkan pada hukum. Alasan-alasan tersebut haruslah sistematis dan terstruktur atas dasar pemikiran yang jelas sehingga sedapat mungkin tidak ada sanggahan atau bantahan pihak lawan. Hal terpenting dalam argumentasi hukum adalah penguasaan terhadap hukum

741 Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm 76.

itu sendiri. Penguasaan hukum di sini tidak semata penguasaan terhadap peraturan hukum konkrit, namun lebih dari itu diharuskan menguasai teori-teori hukum termasuk asas-asas dan berbagai metode penemuan hukum.

Argumentasi hukum jika dibuat secara tertulis, lazim disebut sebagai pendapat hukum atau *legal opinion*. Baik argumentasi hukum maupun legal opini harus diungkapkan dengan bahasa yang jelas sehingga terlihat *basic argument* yang dikemukakan. Hal ini penting karena dalam hukum moderen pada hakikatnya bersifat netral. Sayangnya, hukum yang bersifat netral tidak bisa memberikan jaminan bahwa yang menang adalah yang benar dan yang kalah adalah yang salah. Dalam konteks ini tidaklah berlebihan jika dikatakan *law is the art of interpretation*.

Heijder dalam *Kritieke Zones In De Strafrechtswetenschappen*⁷⁴² menulis, antara lain, bahwa metodologi dari ilmu hukum modern harus memiliki perhatian yang besar untuk hal-hal yang nyata ada. Masih menurut **Heijder**, ada tiga fase dalam pemikiran hukum pidana, yaitu normatif sistematis, naïf empiris dan refleksi filsafati⁷⁴³. Ketiga fase pemikiran dalam hukum pidana yang dikemukakan oleh **Heijder** secara mutatis mutandis dapat diterapkan dalam bidang hukum lainnya. Dengan demikian, ketiga fase pemikiran tersebut dapat juga dijadikan dasar untuk membangun suatu argumentasi hukum.

Dalam kehidupan sehari-hari, argumentasi hukum tidak hanya dibutuhkan saat terjadi sengketa atau perselisihan atau perkara, namun dibutuhkan juga terhadap permasalahan-permasalahan umum yang membutuhkan analisis secara hukum. Berbagai fakta maupun

742 Prof. Dr. Heijder adalah guru besar hukum pidana Universiteit van Amsterdam yang menyampaikan orasi ilmiahnya pada tanggal 7 Desember 1970 di Universiteit van Amsterdam dengan judul *Kritieke Zones In De Strafrechtswetenschappen*.

743 Prof. Dr. A. Heijder, *Kritieke zones in de strafrechtswetenschappen* dalam J.E., Sahetapy, "Teleconference", KOMPAS, 14 Juli 2003, hlm. 2.

fenomena yang kita temukan adalah sesuatu yang bebas nilai. Dapatlah dikatakan bahwa fakta atau fenomena tersebut bersifat netral. Bagaimana penilaian kita terhadap fakta atau fenomena tersebut tergantung dari sudut pandang atau persepsi kita membacanya. Contoh sederhana : Pada tahun 1825 sampai dengan 1830 terjadi peperangan antara **Pangeran Diponegoro** dan Belanda di bawah pimpinan **Jenderal de Kock**. Ini adalah fakta sejarah. Jika fakta tersebut dibaca oleh orang Indonesia, maka **Pangeran Diponegoro** adalah pahlawan, sedangkan **Jenderal de Kock** adalah penjajah. Sebaliknya, jika fakta tersebut dibaca oleh orang Belanda, maka **Jenderal de Kock** adalah pejuang, sedangkan **Pangeran Diponegoro** adalah ekstrimis.

Dalam konteks hukum, suatu mosi dapat saja diperdebatkan secara hukum. Sebagai misal : “Pencantuman Pidana Mati Dalam KUHP”. Siapa yang setuju dengan mosi tersebut dan siapa yang tidak setuju dengan mosi tersebut ? Argumentasi hukum dapat dibangun, baik yang setuju maupun yang tidak setuju dengan mosi tersebut. Bagi yang setuju dengan pidana mati akan membangun argumentasi hukum : **Pertama**, pidana mati tidak bertentangan dengan ajaran agama. **Kedua**, jika seorang pelaku kejahatan tidak bisa lagi diperbaiki, maka boleh dimusnahkan dalam pengertian dijatuhi pidana mati. **Ketiga**, orang yang melakukan kejahatan dengan serius sampai mengakibatkan korban jiwa, pada saat melakukan kejahatan tersebut juga tidak memikirkan hak hidup korban. **Keempat**, pidana mati adalah sebagai *genarale prevention* agar orang lain tidak melakukan hal yang sama.

Sebaliknya, bagi mereka yang menolak adanya pidana mati akan membangun argumentasi hukum : **Pertama**, pidana mati melanggar hak asasi manusia. **Kedua**, kalau ada kesalahan dalam penjatuhannya pidana mati oleh hakim dan pelakunya telah dieksekusi, maka tidak dapat dilakukan perbaikan karena pelaku sudah terlanjur mati. **Ketiga**, hak hidup adalah hak yang paling asasi dan hanya dapat dicabut oleh Tuhan. **Keempat**, pidana mati bertentangan dengan fungsi rehabilitatif

hukum pidana dalam paradigma hukum pidana moderen yang bertujuan memperbaiki pelaku kejahatan. Sebab, pelaku kejahatan yang sudah dieksekusi mati tidak dapat lagi diperbaiki.

Dalam perdebatan hukum terhadap permasalahan yang dihadapi atau terhadap suatu mosi yang mana terdapat pro dan kontra, sedapat mungkin kita tidak masuk pada argumentasi lawan. Artinya, kita tidak terperangkap pada pola pikir lawan dalam membangun argumentasi. Sebab, dalam pola pikir yang dibangun, lawan lebih menguasai dasar argumentasinya. Hal ini dikecualikan, jika kita memiliki dasar argumentasi hukum yang kuat secara aturan maupun secara teoretik untuk menyanggah dan membantah argumentasi lawan dengan masuk pada pola pikir yang dibangun.

Bila argumentasi hukum dilakukan terhadap suatu peraturan hukum konkrit termasuk suatu perkara atau sengketa, maka penguasaan terhadap metode penemuan hukum menjadi hal yang utama. Dalam hermeneutika **Ricoeur**, pada hakikatnya setiap orang boleh menafsirkan undang-undang, namun tidak lagi masuk ke dalam teks untuk melakukan rekonstruksi psikologis kepada pembuat undang-undang dan tidak juga menarik teks undang-undang ke dalam pemahamannya sendiri. Menurut **Ricoeur**, seseorang yang membaca teks undang-undang harus membuka diri terhadap kenyataan yang ada sehingga persoalan hukum dapat diselesaikan. Dalam proses tersebut terjadi apa yang dikenal dengan proses penjelasan dan pemahaman⁷⁴⁴.

Memahami apa yang dikemukakan **Ricoeur**, perhatikan contoh konkrit berikut ini : Dalam persidangan pengadilan, beberapa kali keterangan saksi diberikan melalui *teleconference*. Timbul perdebatan hukum apakah keterangan saksi melalui *teleconference* dapat dikatakan sebagai alat bukti yang sah menurut KUHAP ? Dalam praktik

744 Anthon F. Susanto, 2010, Dekonstruksi Hukum : Eksplorasi Teks Dan Model Pembacaan, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 68.

pengadilan pemeriksaan terhadap saksi pernah dilakukan melalui *teleconference*, antara lain kasus Korupsi Dana Yanatera Bulog yang menampilkan mantan Presiden **B.J. Habibie**, dengan terdakwa **Akbar Tandjung** secara *teleconference* dari Jerman dan kasus terorisme dengan terdakwa **Abu Bakar Ba'asyir** yang mana menampilkan saksi secara *teleconference* dari Malaysia.

Ada yang menyatakan bahwa kesaksian tersebut tidak sah sebagai alat bukti dengan argumentasi hukum bahwa berdasarkan KUHP, keterangan saksi sah sebagai alat bukti jika disampaikan di depan sidang pengadilan, dibawah sumpah mengenai apa yang dilihat, didengar atau dialami. Artinya secara fisik orang yang bersaksi harus datang ke pengadilan tempat di mana perkara tersebut disidangkan. Argumentasi ini didasarkan atas pemahaman terhadap teks undang-undang secara *letterlijk* atau secara tekstual. Artinya, tidak diterjemahkan lain selain dari apa yang tertulis.

Sebaliknya, ada juga pendapat yang menyatakan bahwa pemberian keterangan melalui *teleconference* adalah sah sebagai alat bukti selama keterangan saksi diberikan di bawah sumpah mengenai apa yang dilihat, didengar atau dialami. Apa yang dikemukakan oleh **Heijder** sebagaimana yang diutarakan di atas dapat dijadikan dasar argumentasi hukum untuk menyatakan bahwa pemberian keterangan melalui *teleconference* adalah sah. **Pertama**, berdasarkan fase pemikiran sistematis normatif, keterangan saksi adalah sah jika dinyatakan di sidang pengadilan, di bawah sumpah mengenai apa yang dilihat, didengar atau dialami.

Kedua, pemikiran secara naif empiris bahwa di satu sisi ada kendala untuk menghadirkan saksi kunci, namun di sisi lain ada perkembangan teknologi informasi yang dapat mengatasi kendala tersebut. **Ketiga**, pemikiran secara refleksi filsafati bahwa mengapa saksi harus memberikan keterangan di sidang pengadilan ? Pada hakikatnya keterangan saksi sebagai alat bukti yang sah harus diberikan di depan sidang pengadilan adalah dengan maksud agar keterangan

tersebut dapat dikonfirmasi oleh hakim, jaksa penuntut umum dan advokat. Seandainya terdapat pertentangan antara saksi yang satu dengan saksi yang lain maka dapat dilakukan *cross check* secara langsung. Kesaksian melalui *teleconference* dapat memenuhi hakikat pemeriksaan saksi secara langsung di pengadilan. Dengan demikian keterangan saksi yang diberikan secara *teleconference* mempunyai kekuatan sebagai alat bukti yang sah.

Contoh lain dalam bidang ketatanegaraan adalah saat pengambilan sumpah **Presiden B.J. Habibie** di Istana Negara 21 Mei 1998. Ada yang berpendapat bahwa **Habibie** tidak sah sebagai presiden karena pengambilan sumpah dilakukan di Istana Negara, padahal ketentuan Pasal 9 UUD 1945 tidak berbunyi demikian. Berdasarkan pasal *a quo*, presiden dan wakil presiden sebelum memangku jabatan, bersumpah di depan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) atau Dewan Perwakilan Rakyat. Selanjutnya, ada ketetapan MPR yang menyatakan bahwa dalam hal yang menjadi presiden adalah wakil presiden untuk menghabiskan masa jabatan presiden sebelumnya, maka cukup bersumpah di hadapan DPR atau Mahkamah Agung (MA).

Fakta yang terjadi, saat itu MPR atau DPR tidak mungkin mengadakan sidang karena Gedung DPR-MPR telah diduduki oleh mahasiswa. Selain itu, dalam keadaan darurat sangat tidak mungkin menghadirkan sekian banyak Anggota DPR-MPR untuk bersidang. Di sisi lain, **Soeharto** telah menyatakan berhenti sebagai presiden. Dalam rangka mengisi kekosongan hukum agar sesuai dengan konstitusi dan Ketetapan MPR, kendatipun **Presiden Habibie** bersumpah di Istana Negara, namun dilakukan di depan Ketua, Wakil Ketua dan para Ketua Muda Mahkamah Agung. Di sini teks peraturan yang menyatakan bersumpah di depan DPR atau MA tidak diartikan sebagai *building* atau gedung di mana mereka resmi berkantor, namun dengan kehadiran Ketua, Wakil Ketua dan para Ketua Muda Mahkamah Agung di Istana Negara dianggap sebagai personifikasi lembaga tinggi negara tersebut.

Kejadian yang sama pernah dialami Amerika ketika **Lyndon Baines Johnson** mengucapkan sumpah di dalam Pesawat Kepresidenan Amerika, *Air Force One*. Pada tanggal 22 November 1963, Presiden **John Fitzgerald Kennedy**, tewas ditembak di Dallas Texas⁷⁴⁵. Agar tidak terjadi *vacum of power*, **Lyndon Baines Johnson** mengucapkan sumpah dalam pesawat. **Johnson** diambil sumpahnya oleh Hakim Distrik Federal **Sarah T. Hughes** dalam penerbangan dari Dallas menuju Washington DC. Konstitusi Amerika menentukan sebelum memangku jabatan, Presiden bersumpah di depan Ketua Mahkamah Agung. Dalam konteks ini, Ketua Mahkamah Agung mempersonifikasikan lembaga yudikatif tertinggi. Atas dasar pertimbangan keadaan darurat pengambilan sumpah oleh hakim federal dianggap sebagai personifikasi lembaga yudikatif.

Sebagaimana yang telah diutarakan di atas bahwa argumentasi hukum jika dituangkan dalam bentuk tertulis disebut sebagai pendapat hukum atau legal opini. Secara garis besar bagian-bagian dari legal opini adalah kasus posisi, permasalahan yuridis, analisis yuridis dan kesimpulan. Pada bagian kasus posisi biasanya diuraikan terkait permasalahan hukum yang dihadapi. Biasanya kasus posisi berisi sejumlah fakta. Pada bagian permasalahan yuridis masalah hukum berdasarkan uraian fakta dalam kasus posisi. Bagian analisis yuridis merupakan inti dari legal opini karena menerapkan peristiwa konkrit yang telah ditransformasikan menjadi peristiwa hukum untuk diuraikan secara cermat, tepat dan jelas dengan *basic* argumetasi yang sistematis dan teratur. Bagian terakhir adalah kesimpulan sebagai jawaban permasalahan yuridis secara singkat.

Berikut ini adalah contoh pendapat hukum atau legal opini terkait pengujian undang-undang terhadap UUD 1945.

745 P. Swantoro, 2019, 1.000 Hari John F. Kennedy, KPG KOMPAS, Jakarta, hlm. 591.

PENDAPAT HUKUM

**Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 1 PNPS 1965
Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau
Penodaan Agama
Oleh Eddy O.S Hiariej**

Kasus Posisi

1. Bahwa keberadaan Undang-Undang Nomor 1 PNPS 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama menimbulkan kontroversi.
2. Bahwa Undang-Undang Nomor 1 PNPS 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama dianggap bertentangan dengan sejumlah pasal dalam UUD 1945.
3. Bahwa sejumlah pasal tersebut dalam UUD 1945 adalah Pasal 1 ayat (3) tentang negara hukum, Pasal 28D ayat (1) tentang kepastian hukum yang adil dan persamaan di hadapan hukum, Pasal 28 E ayat (1) dan ayat (2) tentang kebebasan memeluk agama dan beribadat menurut agama serta kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap sesuai dengan hati nuraninya, Pasal 28I ayat (1) hak beragama dan Pasal 29 ayat (2) tentang jaminan untuk memeluk agama dan beribadat sesuai dengan agama dan kepercayaannya.

Permasalahan Yuridis

Berdasarkan kasus posisi di atas, adapun permasalahan yuridis, apakah Undang-Undang Nomor 1 PNPS 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama bertentangan dengan sejumlah pasal dalam UUD 1945 sebagaimana yang didalilkan ?

Analisis Yuridis

Berdasarkan substansi pasal-pasal yang terdapat dalam undang-undang *a quo*, dengan menggunakan sejumlah interpretasi dalam hukum pidana adapun Pendapat Hukum Ahli sebagai berikut : **PERTAMA**, berdasarkan interpretasi doktriner yaitu memperkuat

argumentasi dengan merujuk pada suatu doktrin tertentu yang dalam hal ini adalah doktrin mengenai keberadaan hukum pidana. Ada tiga kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum pidana masing-masing adalah *individuale belangen* atau kepentingan-kepentingan individu, *sociale of maatschappelijke belangen* atau kepentingan-kepentingan sosial atau masyarakat dan *staatsbelangen* atau kepentingan-kepentingan negara.

Hukum pidana berfungsi untuk melawan tindakan-tindakan yang tidak normal sebagaimana dikatakan oleh Vos "... *het strafrecht zich richt tegen min of meer abnormale gedragingen*". Tindakan-tindakan tidak normal yang dimaksud adalah tindakan-tindakan yang menyerang kepentingan individu, kepentingan masyarakat maupun kepentingan negara. Substansi Undang-Undang Nomor 1 PNPS 1965 dalam konteks hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan masyarakat, khususnya kepentingan umat beragama.

KEDUA, berdasarkan interpretasi tradisional yakni interpretasi dengan cara melihat suatu perilaku dalam tradisi hukum masyarakat. Tidaklah dapat dipungkiri bahwa masalah beragama adalah masalah yang sangat sensitif bagi kehidupan bermasyarakat dan bernegara di Indonesia sehingga dapat menimbulkan konflik horisontal. Oleh karena itu keberadaan undang-undang *a quo* masih tetap dibutuhkan sebagai *preventie generale* agar tidak terjadi konflik.

KETIGA, masih berkaitan dengan *preventie generale* sebagaimana dimaksudkan di atas. Berdasarkan interpretasi gramatikal – sistematis terhadap undang-undang *a quo*, hukum pidana tidaklah diberlakukan secara serta – merta bilamana terjadi pelanggaran terhadap Pasal 1 undang-undang *a quo*. Berdasarkan Pasal 2 undang-undang *a quo*, jika terjadi pelanggaran terhadap Pasal 1, Pemerintah memberi peringatan untuk menghentikan perbuatannya. Jika dilakukan oleh suatu organisasi, maka organisasi tersebut dapat dibubarkan atau dinyatakan sebagai organisasi terlarang. Hukum pidana baru berfungsi, jika ketentuan dalam Pasal 2 undang-undang *a quo* tidak

lagi berfungsi. Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, hukum pidana dalam undang-undang *a quo* bersifat *ultimum remedium*. Artinya, hukum pidana adalah sarana paling akhir yang digunakan untuk menegakkan hukum bilamana instrumen penegakkan hukum lainnya tidak lagi berfungsi.

KEEMPAT, berdasarkan interpretasi historis. Keberadaan undang-undang *a quo* adalah untuk melindungi kepentingan umat beragama di Indonesia. Pada awal dekade 60-an terjadi ketegangan politik di Indonesia, baik antara Partai Komunis Indonesia (PKI) dengan Angkatan Darat, maupun antara PKI dengan Islam. Secara konfrontatif PKI melakukan penyerangan terhadap Islam, baik melalui selebaran, buku-buku maupun pernyataan-pernyataan profokatif yang bersifat kebencian dan permusuhan. Konflik terbuka antara PKI dan Islam mencapai puncaknya pada pertengahan Januari 1965 di Desa Kanigoro, Madiun, Jawa Timur. Dalam peristiwa di Desa Kanigoro, tidak hanya para kiai dan jemaah Shalat Subuh yang dibantai oleh PKI, namun juga kitab suci Alqur'an disobek dan diinjak-injak. Eskalasi politik yang begitu tinggi pasca-peristiwa Kanigoro dan dalam rangka pengamanan negara dan masyarakat, pada tanggal 27 Januari 1965 **Presiden Soekarno** mengeluarkan Penetapan Presiden Republik Indonesia Nomor 1/PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama yang terdiri dari 5 pasal Atas dasar Pasal 4 undang-undang *a quo*, kemudian disisipkan ketentuan tersebut ke dalam KUHP sehingga menjadi Pasal 156a yang berada di bawah bab tentang kejahatan terhadap ketertiban umum. Pasal-pasal tersebut dikenal dengan *haatzai artikelen* atau pasal-pasal penyebar kebencian. Menurut sejarahnya pasal-pasal tersebut berasal dari *Code British* yang diberlakukan oleh penjajah Inggris di India. Pasal-pasal itu kemudian diadopsi oleh Belanda dan diterapkan secara *concordantie beginselen* di daerah jajahannya Indonesia.

KELIMA, berdasarkan interpretasi futuristik. Substansi undang-undang *a quo* lebih rinci telah dimasukkan ke dalam RUU KUHP Bab VII tentang tindak pidana terhadap agama dan kehidupan beragama.

Bab VII tersebut terdiri dari bagian kesatu yakni tindak pidana terhadap agama yang meliputi penghinaan terhadap agama dan penghasutan untuk meniadakan keyakinan terhadap agama dan bagian kedua yaitu tindak pidana terhadap kehidupan beragama dan sarana ibadah yang mencakup gangguan terhadap penyelenggaraan ibadah dan kegiatan keagamaan serta perusakan tempat ibadah. Dengan dimasukkan pasal-pasal tersebut dalam RUU KUHP memberi indikasi yang kuat bahwa para ahli pidana di Indonesia cenderung mempertahankan undang-undang *a quo*.

KEENAM, berdasarkan interpretasi komparatif yaitu interpretasi dengan membandingkan ketentuan tersebut di negara lain. Negara yang dipakai sebagai perbandingan di sini adalah Belanda. Ada dua alasan Belanda dijadikan perbandingan. ***Pertama***, sistem hukum di Indonesia secara mutatis mutandis sama dengan sistem hukum Belanda. ***Kedua***, hukum pidana Indonesia adalah ‘anak kandung’ hukum pidana Belanda. Menarik untuk dicermati adalah perkembangan hukum pidana di Belanda, khususnya terkait pasal-pasal penyebar kebencian.

Seperti yang telah diutarakan di atas bahwa pasal-pasal tersebut diadopsi oleh Belanda dari *Code British* yang diberlakukan oleh penjajah Inggris di India pada saat Inggris menguasai Belanda berdasarkan traktat London. Pasal-pasal penyebar kebencian yang terdapat dalam *Wetboek van Strafrecht* (WvS) di Belanda identik dengan Pasal 154, Pasal 155, Pasal 156 dan Pasal 157 KUHP Indonesia. Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 156a KUHP Indonesia tidak terdapat dalam *wetboek van strafrecht* di Belanda. Bahkan pasal-pasal penyebar kebencian ini telah dihapus lebih dari 50 tahun di Belanda sebagai pengejawantahan kritik para hukum pidana Belanda, antara lain **van Bemmelen** yang menyatakan bahwa pasal-pasal tersebut merintangai kehidupan berdemokrasi.

Dalam pembaharuan *Wetboek van Strafrecht* (WvS) di Belanda pada tahun 1983, *Twee de Kammer* (parlemen) Belanda memasukan

pasal-pasal menyangkut tindak pidana terhadap agama dan kehidupan beragama. Pasal 145 WvS terkait orang yang menghentikan atau menghalang-halangi upacara keagamaan (*Verhendering godsdienstige bijeenkomst*). Pasal 146 WvS berkaitan dengan membuat keributan dalam upacara keagamaan (*Storing godsdienstige bijeenkomst*). Pasal 147 WvS tentang penodaan atau penghinaan terhadap Tuhan, nabi atau rasul (*Smalende godslastering*) dan Pasal 147a sebagai pasal tambahan adalah menyangkut penyebarluasan penodaan atau penghinaan terhadap Tuhan, nabi atau rasul (*Verspreiding smalende godslastering*). Bahkan dalam pasal 137 WvS terkait penghinaan golongan penduduk (*belediging van groep mensen*), ditambahkan Pasal 137c WvS menyangkut penghinaan terhadap golongan penduduk termasuk golongan agama. Pasal-pasal tersebut di atas dalam WvS diletakkan di bawah Bab V dengan judul *Misdrijven Tegen De Openbare Orde* atau kejahatan terhadap ketertiban umum. Adapun alasan Partai Kristen Demokrat sebagai mayoritas ***Twee de Kammer*** Belanda memasukkan pasal-pasal a quo adalah untuk melindungi minoritas.

Kesimpulan

Berdasarkan keseluruhan uraian di atas, keberadaan Undang-Undang Nomor 1 PNPS 1965 masih tetap relevan dan tidak bertentangan dengan konstitusi tetapi sebagai instrumen pengamanan untuk melindungi kehidupan bergama dalam rangka menjaga ketertiban umum.

PENDAPAT AHLI

PENGUJIAN Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020

Tentang Cipta Kerja

Terhadap Undang-Undang Dasar Negara

Republik Indonesia Tahun 1945

Nomor Perkara 91/PUU-XVIII/2020

Oleh

Dr. Zainal Arifin Mochtar, SH., LL.M.

Pendahuluan

Pada dasarnya pengujian yang dilakukan oleh Pemohon merupakan pengujian formil. Namun demikian menarik melihat pengujian formil yang dikaitkan juga atas implementasi UU. Oleh karenanya, keterangan ini pun sebagian besar menggunakan analisis formil pembentukan UU, tetapi sesekali akan menggunakan konsep materil dari UU dalam analisis yang akan dilakukan untuk menguatkan betapa bermasalah proses formal-nya.

Analisis akan dilakukan terhadap; **Pertama**, konsep konstitusional yang berkaitan pembentukan UU. **Kedua**, apa saja pelanggaran yang dilakukan dalam tahapan pembentukan UU No. 11 Tahun 2020. **Ketiga**, implikasi membingungkan dari UU yang diujikan ini, yang mana implementasi ini sebenarnya memiliki keterkaitan dengan pembentukannya yang tidak memenuhi kaedah pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik.

Konsep Konstitusional Pembentukan Undang-Undang

Undang-Undang (UU) bukanlah hal yang sederhana. Suatu UU adalah hukum yang dibentuk oleh pembentuknya dan memiliki daya berlaku, dapat bersifat perintah maupun larangan terhadap rakyat dan warga negara. **Rousseau** menggambarkan dalam “Kontrak Sosial” bahwa rakyat memberikan kuasa terhadap negara untuk begitu

banyak urusan, termasuk mengatur rakyat tersebut. Oleh karenanya, harus ada batasan-batasan bagi negara untuk melaksanakan titipan kewenangan itu. Rakyat yang berdaulat kemudian menitipkan kedaulatannya kepada negara melalui proses representasi dan kontestasi kepemiluan, dan karenanya aktor negara yang terpilih kemudian harusnya melaksanakan keinginan rakyat yang menitipkan kedaulatan tersebut.

Prinsip demokrasi menyebutkan pembentuk UU, Presiden dan Parlemen –dalam sistem Presidensial-, merupakan perpanjangan tangan dari kedaulatan rakyat. Hanya menjadi pelaksana dari keinginan rakyat. Dalam perspektif **Bryan Thompson**, konstitusionalitas atas kerja-kerja negara itu harus bersumber dari hukum dasar hanya mengikat jika didasarkan atas kekuasaan tertinggi (kedaulatan) dalam suatu negara. Dan ketika kekuasaan itu telah diberikan ia berkewajiban **untuk taat dan patuh atas konsep pembatasan kekuasaan yang disematkan pada negara dan memperhatikan secara sungguh-sungguh keinginan rakyat**, sebagai sumber kedaulatan yang dimiliki oleh negara dalam menjalankan kewenangannya.

Artinya, secara filosofi konstitusionalitas pembentukan UU tak lain dan tak bukan harus memperhatikan kedua hal tersebut di atas dalam menjalankan kewenangan yang disematkan padanya. Sedangkan UU itu sendiri memiliki pengertian yang beragam seiring dengan persepektif para ahli melihat dan mendefinisikan UU. Namun pada dasarnya, pengertian itu bisa dilihat dan tersarikan pada pengertian peraturan perundang-undangan yang ada dalam Pasal 1 angka 2 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU P3) yaitu *“peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga Negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan”*.

Jika diuraikan pengertian peraturan perundang-undangan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, maka peraturan perundang-

undangan adalah : (1) Berbentuk tertulis. (2) Memuat norma hukum yang mengikat umum. (3) Dibentuk/ditetapkan oleh Lembaga/Pejabat yang berwenang. **(4) Melalui Prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.**

Artinya, aspek formil adalah sesuatu yang amat penting. Sesungguhnya agak khawatir dengan pandangan yang mengecilkan makna formalitas pembentukan UU. Karena formal pembentukan UU sebenarnya menjadi syarat penting bagi legitimasi hukum. Kekuasaan itu pada dasarnya harus dibatasi. Dalam melaksanakan kekuasaan itu, harus ada pembatasan-pembatasan dalam konteks formal agar kekuasaan tersebut dibuat secara serampangan. Formalitas itu menjadi kontrol terhadap keserampangan dan kesewenangan itu. Artinya, hukum harus dijaga agar tidak dibuat dengan seenaknya, tetapi harus melalui konsep dan mekanisme yang disepakati. Dalam hal ini, tentu saja UU juga harus melalui konsep itu.

Formalitas kaku itu juga sebagai potret penghargaan atas kedaulatan rakyat. Peran dalam bentuk partisipasi, aspirasi dan transparansi menjadi kewajiban yang melekat dengan hak-hak warga negara yang akan diatur dalam suatu UU. Itulah sebabnya, dalam konsep teoritik pembentukan UU, dapat dikatakan bahwa *procedural* ini adalah jantung dalam proses administrasi legislasi. *"Without procedures, law and legal institutions would fail in their purposes"* (D.J Galligan, 1996).

Dalam pembahasan ketika UUD 1945 dibentuk, terlihat keinginan besar untuk membahas pembentukan UU ini, setidaknya dalam tiga level. **Pertama**, pergeseran kekuasaan pembentuk UU. **Kedua**, proses dan mekanisme pembentukan UU. **Ketiga**, pengawasan atas kekuasaan pembentukan UU melalui mekanisme *review*.

Dalam dua level yang pertama, seperti kita ketahui, terjadi pergeseran kuasa pembentuk UU dari Presiden menjadi Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Sudah dijelaskan secara terang benderang dalam disertasi Saldi Isra (2009), bahwa pergeseran ini tak serta merta berarti

menguatkan kewenangan DPR, tetapi malah memberikan posisi yang kuat kepada Presiden dalam wilayah legislasi. Meskipun kuasa berada di DPR tapi pemilik veto yang tak bisa terbantahkan adalah Presiden dalam kewajiban pembahasan dan persetujuan bersama.

Hanya saja pada level yang ketiga yakni ketika berbicara tentang pengujian UU sebagai sarana kontrol untuk menjamin UU tidak digunakan secara serampangan oleh pembentuknya, terjadi pembahasan tak berimbang antara pengujian formil dan pengujian materiil. Meskipun kita semua paham bahwa konsep pengujian UU menganut model materiil dan formil, tetapi ketika pembahasan UUD 1945 khususnya pada perubahan kedua dan ketiga, pembahasan lebih banyak berfokus pada pengujian materiil.

Akan tetapi kemudian, ketika UUD disepakati dan ditindaklanjuti dengan menyusun UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, konsep pengujian formil ini mendapatkan tempat pembahasan. Pada titik itulah, pengujian formil mengalami tarik menarik yuridis. Jika tetap dengan paradigma bahwa pengujian formil harus berdasarkan Pasal 51 Ayat 3 huruf a UU No. 24/2003 yang mengatur bahwa bahwa Pemohon tatkala mengajukan pengujian formil harus menjelaskan secara terperinci bahwa *“pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”*. Padahal ketentuan di dalam UUD 1945 hanya amat sederhana dalam kaitan dengan pembentukan UU.

Itu sebabnya, ketika pertama kali menyusun peraturan perihal hukum acara di Mahkamah Konstitusi, terjadi pelebaran makna di Peraturan Mahkamah Kontitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang yaitu “Pengujian formil adalah pengujian undang-undang yang berkenaan dengan proses pembentukan undang-undang dan hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil”. (Pasal 4 ayat (3)).

Bahkan ketika UU Mahkamah Konstitusi mengalami perubahan di tahun 2011 terdapat Pasal yang dimasukkan dalam Pasal 51A Ayat 3 UU No. 8 Tahun 2011 yang berbunyi bahwa *“Dalam hal permohonan pengujian berupa permohonan pengujian formil, pemeriksaan dan putusan yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang mengatur tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan”*. Hal ini berarti, makin melebarkan konsep pengujian formil yang bisa dilakukan karena tidak lagi hanya sebatas berdasarkan UUD 1945, tetapi didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang mengatur tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan.

Dengan konsep demikian maka konsep pengujian formalitas pembentukan undang-undang tidak saja hanya dapat dimaknai menyangkut prosedural dalam bentuk proses dan tahapan pembentukan UU sebagaimana diatur di dalam konstitusi, namun berkaitan juga dengan penggunaan hal-hal lainnya di luar pengujian materiil yang telah digariskan di dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan.

Tentu dalam hal ini, tak ada itikad untuk menggurui MK tentang wilayah yang dapat dijadikan rujukan untuk pengujian formil, akan tetapi konsep konstitusionalnya tersebar dan melebar berdasarkan teori dan peraturan perundang-undangan. Apakah tetap mau dalam konsep konstitusional saja atautkah mau merambah hingga ke konsep dan teknis sebagaimana yang diatur di dalam perundang-undangan. Tidak hanya teknis semata, tetapi juga masuk ke esensi konstitusionalitas yang dapat dimaknai dalam bangunan partisipasi, politik hukum yang baik, paradigma yang sesuai dengan konstitusi, bahkan *political will* dalam pembentukan UU yang disesuaikan dengan tujuan esensial; bernegara.

Dalam konsep konstitusionalitas saja, masih ada ruang terbuka untuk menilai semisal menggunakan persepektif **Alec Stone Sweet** (2000) yang melakukan penelusuran terhadap konstitusi-konstitusi yang

terdapat di negara-negara Eropa Kontinental, umumnya memuat beberapa persoalan penting termasuk salah satunya berkaitan bagaimana *constitutional adjudication* berhadapan dengan prosedural pembentukan undang-undang, yaitu :

Menetapkan kewenangan lembaga-lembaga negara serta menyerahkan kewenangan kepada lembaga-lembaga itu untuk membuat dan menerapkan hukum.

Menetapkan peraturan prosedural yang akan menentukan produksi norma hukum, seperti undang-undang dan memberi batasan-batasan apa saja yang harus dipatuhi dalam pembentukan produk legislasi tersebut.

Menentukan tata cara dalam melaksanakan perubahan konstitusi, sekaligus membedakan aturan ini dari ketentuan yang mengatur produktivitas norma hukum intrakonstitusional, seperti undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya.

Memberi kekuasaan kepada MK untuk mempertahankan superioritas normatif konstitusi *vis-vis* peraturan perundang-undangan lainnya.

Bahkan jika melebar dengan berbagai konsep berkaitan dengan asas pembentukan perundang-undangan, apa yang disitir **Jeremy Bentham** paling tidak menjadi menarik ketika berbicara tentang ketidaksempurnaan (*imperfections*) yang dapat mempengaruhi undang-undang (*statute law*). **Jeremy Bentham** selanjutnya membagi ketidaksempurnaan tersebut dalam dua derajat/tingkatan. Ketidaksempurnaan derajat pertama disebabkan hal-hal yang meliputi : (1) Arti ganda (*ambiguity*); (2) Kekaburan (*obscurity*); (3) Terlalu luas (*overbulkiness*). Sedangkan ketidaksempurnaan derajat kedua, disebabkan hal-hal yang meliputi : (1) Tidak tepatnya ungkapan (*unsteadiness in respect of ezpression*); (2) Ketidaktepatan tentang pentingnya sesuatu (*unsteadiness in respect of import*); (3) Berlebihan (*redundancy*); (4) Terlalu panjang lebar (*longwindedness*); (5)

Membingungkan (*entanglement*); (6) Tanpa tanda yang memudahkan pemahaman (*nakedness in respect of helps to intellection*); (7) Ketidakteraturan (*disorderliness*). Meskipun yang disampaikan **Jeremy Bentham** ini adalah bagian dari konsep materiil, tetapi bukan berarti tidak lahir kekaburan materiil akibat kekurangan yang terjadi secara formil, misalnya karena ketergesa-gesaan legislasi dan ketiadaan partisipasi.

MK sendiri telah berulang-ulang melakukan pengujian formil. Hingga 2020, telah 44 kali MK memutus dengan komnsep permohonan formil (Nurul Fazrie dan Bivitri Susanti, 2020). Hasilnya memang tidak satupun dari keseluruhan permohonan tersebut yang dikabulkan. Karenanya, jika digabungkan dengan pengujian UU KPK (perkara No. 79/PUU-XVII/2019), maka sudah 45 perkara dan hasilnya tetap saja sama yakni tidak pernah ada yang dikabulkan. Padahal kita semua tahu betapa buruknya sebenarnya cara pembentuk UU melaksanakan fungsi legislasi. Oleh karena itu, tentu saja dibutuhkan tanggungjawab konstitusional MK yang lebih tinggi. Jika dilihat dari berbagai perkara yang telah dilakukan pengujian formil, terlihat bahwa MK belum punya parameter yang kuat dan konstitusional untuk mengukur sejauh mana konstitusionalitas formal pembentukan UU. MK belum mengeluarkan suatu putusan monumental yang merupakan penjelmaan dari penjagaan hak-hak konstitusional warga negara dari suatu legislasi yang buruk.

Dalam kasus terakhir Putusan formil atas UU KPK, MK memperlihatkan sesuatu yang tidak terlalu menarik, terlihat dangkal dalam alasan hukum, bahkan hanya meilihat formalitas semata terpenuhinya suatu proses legislasi tanpa melihat esensi. Padahal di situlah bahayanya suatu konstitusionalitas pembentukan UU, karena seringkali yang dilanggar adalah esensi dari suatu proses formal dan bukan formalitas formal. Semisal, salah satu esensi dari suatu legislasi adalah partisipasi, tentu saja yang harus dilihat adalah esensi dari partisipasi itu, dan bukan hanya formalitas dari suatu partisipasi. Mengapa ? Karena seringkali, seperti yang dituliskan oleh **Sherry R. Arnstein** (2016)

meminjam istilah **Burns** (2014) dengan kata-kata level partisipasi “*tokenism*” yang mana level partisipasinya adalah partisipasi publik hanya dipakai sekedar untuk memenuhi persyaratan pembentukan peraturan. Bahayanya adalah ia tetap kehilangan esensi partisipasi.

Pelanggaran Terhadap Pembentukan Undang-Undang

Dalam logika filosofi dan konstitusionalitas di atas, menjadi menarik untuk melihat terhadap pelanggaran yang dilakukan dalam tahapan pembentukan UU Cipta Kerja. Siapapun paham, UU memang merupakan *resultante* kepentingan politik. Tetapi disitulah fungsi konstitusi dan peraturan perundang-undangan memberikan ruang agar tidak sekedar memenuhi kaidah politik. Oleh sebab itu dibuka ruang yang namanya partisipasi, aspirasi dan berbagai tindakan penyesuaian serta masukan lainnya. Pasal 96 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan misalnya jelas mengatakan bahwa partisipasi masyarakat adalah amat penting.

Dalam perkara formil UU Cipta Kerja, maka ada begitu banyak pertanyaan substantif yang bisa disampaikan. **Pertama**, berkaitan dengan aturan main dalam Menyusun UU Cipta Kerja. Seperti kita pahami bahwa disusun dengan menggunakan metode omnibus. Ide penggunaan UU ini sudah ada jauh hari sebelum dibuatnya UU Cipta Kerja. Bahkan ide UU Cipta Kerja sendiri sudah ada dalam berbagai pembahasan sehingga setidaknya di bulan Oktober 2019, ide ini sudah ada. Herannya, Ketika mengubah UU 12/2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan di Oktober 2019, tidak ada pembicaraan sama sekali perihal penggunaan metode omnibus dalam pembuatan peraturan perundang-undangan. Oleh sebab itu sebabnya dalam revisi UU 12/2011, menjadi UU 15/2019, sama sekali tidak dicantumkan tentang metode omnibus. Hal ini tentunya menjadi perkara yang tidak kecil oleh karena ketiadaan aturan main yang jelas membuat UU ini diperlakukan secara serampangan dan tanpa aturan yang memadai. Penting menjadi pertanyaan bagi pembentuk UU, mengapa sama sekali tidak mengatur perihal metode UU secara omnibus padahal ide itu sudah ada.

Kedua, tentang metode omnibus itu sendiri. Metode pilihan menggunakan Omnibus ini memang menarik. “Metode satu untuk semua” ini memang memiliki beberapa keunggulan untuk dapat dengan cepat merapihkan dan mengharmonisasikan UU yang tumpang tindih dan tidak beraturan. Memang tidak ada keseragaman istilah dan praktik penggunaannya. Tetapi paling sederhana, Omnibus Law adalah *“A draft law before a legislature which contains more than one substantive matter or several minor matters which have been combined into one bill, ostensibly for the sake of convenience”* (Duhaime Legal Dictionary).

Problem pertama adalah seberapa luas satu-dua hal substantif atau beberapa yang minor tersebut. Praktik pada umumnya menjelaskan bahwa Omnibus dipakai untuk beberapa kluster yang lebih mirip, semisal berkaitan dengan *Budget implementation* (Praktik di Kanada dan Amerika Serikat). Walau memang ada praktik yang terlalu luas dan besar (Irlandia). Praktik meluas selalu mendapatkan kritik yang kuat. Apalagi dengan RUU Cipta Kerja yang menggabungkan 11 kluster yang memiliki corak dan paradigma hukum yang tak seragam. Ketika digabungkan dalam satu konsep seragam, sangat mungkin menjadi problem. **Louis Massicotte** (2013) mengutip kritikan akan berbahayanya Omnibus Law dalam *Commonwealth vs Barnett 199 Pa.161*, *“Bills, popularly called omnibus law, became crying evil, not only form the confusion and distraction of the legislative mind by the jumbling together of incongruous subject, but still more by facility they afforded to corrupt combinations of minorities with different interest to force the passage of bills with provisions which could never succeed if they stood on their separate merits”*.

Secara teknis penyusunan pun menjadi tidak sederhana. RUU ini berjumlah 174 Pasal, tetapi secara substansi memuat perubahan dan pembatalan norma 79 UU multi sektor. Teknis penyusunan ini menjadi tidak sederhana karena cenderung membingungkan. Membingungkannya terlihat dari pilihan ketika akhirnya menamakan RUU ini menjadi Cipta Kerja. Oleh karena luasan kluster yang terlalu luas, pilihan itu pun melanggar ketentuan dalam lampiran UU No. 12

Tahun 2011 yang merupakan hal yang tak dapat dipisahkan dengan ketentuan UU-nya secara keseluruhan. Sebenarnya jika UU adalah pencabutan maka harus di bagian judul memberikan hal itu, akan tetapi karena UU No. 12 Tahun 2011 sendiri belum berparadigma memungkinkan adanya model omnibus, makanya banyak ketentuan dalam hal ini yang terlanggar.

Dikaitkan dengan kewajiban membangun partisipasi yang baik, maka alangkah baiknya jika pembagian partisipasi juga dilakukan secara kluster, atau kemudian UU ini dibuat secara menjadi 11 UU yang disesuaikan dengan kluster. Memaksakan menjadi satu buah UU, membuat ada begitu banyak kluster yang tidak mengalami pengayaan diskursus dan partisipasi yang memadai. Hal inilah yang menyumbangkan begitu banyak perdabatan dan kesalahan substantif di dalamnya. Walau pun tentu saja karena ini pengujian formil maka pelanggaran itu tidak akan dibahas secara mendetail. Melalui pembahasan yang dipaksakan dalam waktu singkat dan dengan begitu banyak kluster, akhirnya ada begitu banyak pihak yang seharusnya diminta partisipasi dan analisis atas UU ini menjadi sama sekali tidak dilibatkan. Sehingga dapat dikatakan, dalam banyak hal tidak ada partisipasi yang memadai.

Ketiga, pelanggaran secara langsung atas proses. Pelanggaran pada proses juga terjadi setidaknya pada tiga hal lainnya, yakni pembahasan yang dilakukan secara terburu-buru, tidak transparan dan tanpa partisipasi. Pasal 18 UU No. 12 Tahun 2011 mewajibkan penyusunan UU memperhatikan aspirasi dan kebutuhan hukum masyarakat.

Begitu pun Pasal 96 UU No. 12 Tahun 2011 yang mengatur bahwa masyarakat berhak memberikan masukan secara lisan dan tulisan, melalui RDPU, Kunjungan Kerja, Sosialisasi maupun seminar, lokakarya dan atau diskusi yang mana masyarakat itu adalah semua orang yang punya kepentingan dan karenanya RUU harus dimudahkan untuk dapat diakses. Pada penyusunan RUU Cipta Kerja hampir kesemua hal tersebut dilanggar.

Lebih khusus dengan proses pembahasannya. Di pembahasan antara DPR dan Pemerintah dan DPD dapat ikut dalam posisi tertentu, menjadi menarik melihat teknis pembahasannya akan seperti apa. Jumlah Komisi di DPR sebenarnya mencerminkan berapa jumlah urusan Pemerintah yang dibagi habis dalam kluster komisi. Tapi dengan UU yang sangat luas dan lebar, maka akan berkaitan lintas komisi. Seberapa keterlibatan partai-partai di situ. Seberapa representatif pembahasan itu pun akan menjadi hal yang menarik untuk dipertanyakan lebih lanjut. Lagi-lagi, ini disebabkan tidak fitnya konsep pembahasan RUU yang amat lebar ini dengan konsep pengaturan tentang pembentukan peraturan perundang-undangan yang ada, baik di UU No. 12 Tahun 2011, maupun UU 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD, maupun peraturan teknis lainnya yang tersebar di Tatib, sehingga yang terjadi kemudian adalah kesemuanya diterabas tanpa proses yang memadai.

Keempat, UUD 1945 memberikan lima tahapan UU; pengajuan, pembahasan, persetujuan, pengesahan dan pengundangan. Pada pengajuan, tidak ada partisipasi masyarakat, dilanjutkan di tahapan persetujuan dan pengesahan. Hal ini dilakukan bersama-sama dengan Presiden. Kelima tahapan ini sangat erat dengan politik hukum negara dalam membuat suatu UU.

Konsepsi politik hukum, yang dalam bahasan **Mahfud MD** (2004), setidaknya bisa dibahasakan menjadi tiga hal. **Pertama**, “cetak biru” dari kebijakan dan peraturan yang dicita-citakan. **Kedua**, tarik menarik politik pada proses di dalam ruangan pembahasan dan persetujuan legislasi. **Ketiga**, implementasi yang diharapkan dan dapat terkawal oleh kebijakan tersebut.

Cetak biru sebenarnya adalah konsep perundang-undangan yang berkaitan dengan keseluruhan UU dan sistem yang diharapkan akan dibangun ke depan dalam kebijakan yang akan dibuat. Makanya, ia berisi pandangan menyeluruh baik secara filosofis, yuridis maupun sosiologis. Sekurang-kurangnya, hal itu hadir dalam naskah akademik.

Dari 2278 halaman naskah akademik yang dibuat, tak banyak bicara tentang bangunan apa yang diharapkan dalam membuat konsep hukum ke depan. Dari 11 kluster terimbas dalam RUU ini, tak jelas apa yang mau dibangun ke depan dari tema pada kluster tersebut. Semisal perizinan, ke depan apa konsep perizinan yang mau dicapai? Apalagi di kluster tersebut, terdapat begitu banyak hal yang berkaitan Kehutanan, Lingkungan Hidup, Pertanahan dll. Artinya, bukan hanya soal bangunan cetak biru di wilayah perizinannya yang harus didetailkan, tetapi juga bagaimana cara pandang negara terhadap sektor terimbas tersebut? Karena UU tidaklah bersifat *einmaleigh* (sekali pakai), tetapi dia harus dapat memotret secara *forward looking* tentang apa yang diharapkan ke depan. Begitu pun dengan kluster lainnya selain soal perizinan.

Pada cetak biru, kemungkinan tarik menarik kepentingan politiknya pun harus diwaspadai. Siapapun paham, UU memang merupakan *resultante* kepentingan politik. Tetapi disitulah fungsi konstitusi dan peraturan perundang-undangan memberikan ruang agar tidak sekedar memenuhi kaidah politik tetapi juga memenuhi keinginan publik. Makanya dibuka ruang yang namanya partisipasi, aspirasi dan berbagai tindakan penyesuaian serta masukan lainnya. Pada penyusunan RUU Cipta Kerja kesemua hal tersebut dilanggar. Nyaris tak ada partisipasi, transparansi dan terkesan terburu-buru. Tak ada pengayaan wacana sebagai bentuk partisipasi yang diperintahkan dalam UUP3.

Bahayanya adalah konsep pembuatan UU di Indonesia memang menyimpan kemungkinan tinggi untuk mengalami politisasi dan tukar menukar kepentingan. Ikut sertanya Presiden dalam membahas dan menyetujui UU, berakibat kedudukan Presiden sangat kuat dalam penyusunan UU. Dengan posisi kuat ini, - meski pada saat yang sama UUD memberikan kewenangan legislasi kepada DPR- membuat Presiden sangat mungkin bertukar kepentingan dalam pembuatan UU. Demikian pula di tengah besarnya kepentingan politik di DPR, maka tukaran kepentingan itu akan mudah terjadi. Hal ini misalnya sudah

terlihat di berbagai UU, semisal tukar menukar prolegnas antara UU *Tax Amnesty* dan UU KPK.

Keempat, kudeta redaksional. Pelanggaran ini sangat fatal yakni terjadinya perubahan UU meskipun telah dilewatinya tahapan persetujuan. Jika pertanyaan sederhananya apakah diperbolehkan melakukan perubahan setelah tahapan persetujuan, maka pada hakikatnya itu menjadi haram dilakukan. Sesungguhnya, segala urusan soal substansi dan format UU, harusnya selesai tatkala paripurna persetujuan bersama dilakukan. UU telah jadi dalam konteks “bersih” pada saat akan diketuk. Karena itulah titik paling utama dalam proses legislasi seperti yang telah dituliskan di atas.

Jika menggunakan alasan mengubah-ubah pasal dengan adanya aturan Pasal 72 Ayat 1 dan 2 UU No. 12 Tahun 2011 yang mengatakan bahwa RUU yang telah disetujui bersama Pemerintah dan DPR disampaikan kepada Presiden untuk disahkan menjadi UU dalam waktu 7 hari, tentu hal itu tidak bisa dibenarkan. Oleh karena penjelasan Pasal itu sudah limitatif dalam UU No. 15 Tahun 2019 yang mengubah UU No. 12 Tahun 2011, bahwa penggunaan waktu 7 hari kerja adalah waktu yang layak untuk mempersiapkan hal-hal yang berkaitan dengan teknis penulisan RUU ke lembaran resmi Presiden sampai dengan penandatanganan, pengesahan dan pengundangan. Artinya, hanya teknis administrasi serta persiapan semata yang kemudian tak boleh masuk ke dalam tindakan-tindakan menghapus, menambahkan atau bahkan mengubah makna. Jangankan di kata-kata, bahkan titik dan koma pun sebenarnya sudah tidak dapat dilakukan, karena itu juga berpotensi mengubah makna.

Padahal itulah yang nyata terjadi, penambahan-penambahan pasca paripurna DPR di RUU Cipta Kerja. Dalam hal itu, sangat mungkin terjadi “kudeta redaksional”. Istilah itu dikenalkan oleh **Saldi Isra** dalam tulisan Kompas, 19 Oktober 2009, tepat 11 tahun yang lalu ketika terjadi kudeta redaksional “Ayat Tembakau” serta berbagai kejadian yang sama mewarnai saat itu. Ia menuliskan bahwa

setidaknya ada tiga kondisi kemungkinan kudeta redaksional terjadi. **Pertama**, terjadi pada naskah hasil panitia khusus atau komisi sebelum dibawa ke paripurna DPR. Dalam hal ini, paripurna harusnya menjadi alat saring dari kemungkinan kudeta redaksional. Itulah yang menyebabkan adanya keharusan untuk membagi naskah UU untuk dibaca dan diketahui oleh semua anggota DPR dan Pemerintah dalam tahapan persetujuan. **Kedua**, terjadi sesuai paripurna DPR. Pada tahap ini, anggota DPR sulit mengetahui. Apalagi, selama ini mayoritas anggota DPR cenderung malas membaca ulang hal yang telah disepakati. Bukan sekedar itu, apalagi jika memang draf RUU tersebut tak dibagikan, dan memang secara formal kesempatan untuk membaca nyaris tak tersedia. **Ketiga**, jika kudeta redaksional dilakukan pemerintah sebelum disahkan presiden, lalu diundangkan di Lembaran Negara. Pada tahap ini, saat RUU di tangan pemerintah, DPR sulit mengecek. Mengingat merupakan tahap akhir, kemungkinan ada kudeta redaksional baru terlacak setelah diberlakukan.

Terhadap ketiga hal tersebut, khususnya yang kedua, maka pendapat **Saldi** ada benarnya dan menemukan relevansinya dalam kasus RUU Cipta Kerja. Dalam perkara RUU Cipta Kerja, kondisi itu menjadi sangat mungkin terjadi oleh karena memang tidak ada pembagian draf RUU bagi para anggota DPR, juga tak ada mekanisme formal untuk tersedianya waktu membaca dan mengontrol substansi RUU, serta ketidakjelasan naskah RUU yang disahkan di paripurna. Tak ada yang bisa menjamin bahwa tidak ada kudeta redaksional atau pun “utak-atik” bunyi pasal yang sesungguhnya sudah diharamkan terkhusus setelah diadakannya paripurna persetujuan DPR dan Presiden.

Implikasi Mbingungkan Undang-Undang

Catatan **Mahfud MD** yang telah dikutipkan di atas, harus juga dilihat paling tidak pada politik hukum yang dikaitkan dengan implementasi UU. Adakalanya, implementasi UU menjadi terkendala oleh karena memang tidak dibayangkan, sekaligus dibuat secara terburu-buru dan serampangan sehingga tidak menghitung secara baik UU itu dapat terimplementasi atau tidak.

Oleh karena itu, sesuatu yang tak kalah *urgen*-nya adalah soal memastikan implementasi. Sudah terlihat cara pandang pemerintah memastikan implementasi dengan membuang segala hal yang teknis ke Peraturan Pemerintah. Dari RUU yang ada, ada sekitar 500 norma delegasi ke tingkat Peraturan Pemerintah. Dan dengan cita-cita melakukan perampingan regulasi, bayangkan betapa ide ini adalah jauh panggang dari api. Bahaya mendelegasikan ke PP ini adalah menyingkakan kemungkinan diskresi Presiden dalam pengaturan.

Bukan sekedar itu, tapi dapat dibayangkan bengkaknya kewenangan Presiden dengan adanya Pasal 170 Ayat (1), (2) dan (3) di RUU ini yang menegaskan bahwa demi pelaksanaan kebijakan UU Cipta Kerja maka Pemerintah Pusat berwenang untuk melakukan perubahan ketentuan dengan PP yang akan dikonsultasikan ke DPR. Pemerintah seakan mengangkangi ketentuan UUD bahkan perundang-undangan lainnya dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Dengan kemungkinan adanya 500-an PP, pembengkakan dan monopoli kewenangan Pemerintah akan sangat mudah terjadi. Terjadi kerja-kerja yang terburu-buru pada pembuatan berbagai PP. Implikasinya adalah substansi yang berantakan dan tidak dapat dibuat dengan baik. Tulisan-tulisan **Maria SW Sumarjono** di wilayah pertanahan, **Hariadi Kartodihardjo** di wilayah Pengelolaan Sumber Daya Alam, maupun terbitan FH UGM Yogyakarta “Kertas Kebijakan: Analisis Kritis UU Cipta Kerja, November 2020) berbagai catatan di bidang lain, menunjukkan tentang substansi yang berantakan sebenarnya memperlihatkan betapa buruknya pembuatan UU Cipta Kerja ini.

Penutup

Pada dasarnya, telah dipertontonkan kepada kita semua suatu pembuatan UU yang mengangkangi begitu banyak hal. Fungsi representasi yang tak representatif. Publik dibelakangi. Begitu pun juga pelanggaran begitu banyak hal yang serius atau tidaknya amat bergantung pada Mahkamah Konstitusi untuk menegaskannya.

Ada harapan besar agar MK mau menghentikan gejala “*autocratic legalism*” (Kim Lane Scheppele, 2018) yakni ketika semua keinginan negara dibuatkan aturan legal hanya sekedar memenuhi dan seakan-akan telah memenuhi mandat demokrasi, akan tetapi isinya hanya merupakan keinginan negara secara sepihak tanpa adanya penghargaan atas prinsip-prinsip demokrasi itu sendiri.

Keterangan ini hanya memberikan perseptif, semoga dapat menjadi bahan yang membantu persidangan ini agar mengembalikan pembuatan UU yang lebih baik, rakyat yang lebih berdaulat dan masa depan pembentukan UU di Indonesia.

REFERENSI

Aburaera, Sukarno, (*et.al*), 2013, *Filsafat Hukum: Teori dan Praktik*, Kencana, Jakarta.

Adian, Donny Gahral, 2001, *Arus Pemikiran Kontemporer*, Jalasutra, Yogyakarta.

Adian, Donny Gahral & **Lubis**, Akhyar Yusuf, 2016, *Pengantar Filsafat Ilmu Pengetahuan: Dari David Hume sampai Thomas Kuhn*, Kencana, Jakarta.

Ali, Achmad, 2009, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence): Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence) Vol. 1 Pemahaman Awal*, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta.

Ali, Achmad Dan **Heryani**, Wiwie, 2012, *Asas-Asas Hukum Pembuktian Perdata*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.

Ali, Achmad 2015, *Menguak Tabir Hukum*, Kencana, Jakarta.

Andreae, Fockema, 1983, *Kamus Istilah Hukum Belanda-Indonesia*, Bina Cipta, Bandung.

Anshori, Abdul Ghofur, *Filsafat Hukum Hibah dan Wasiat di Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.

Anshori, Arif Lutvi, 2008, *Rezim HKI Sebagai Konsep Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual Atas Pengetahuan Tradisional (traditional knowledge) di Indonesia*, FH UII, Yogyakarta.

Anshoruddin, H., 2004, *Hukum Pembuktian Menurut Hukum Acara Islam Dan Hukum Positif*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

Ashri, Muhammad, 2018, *Hak Asasi Manusia: Filosofi, Teori & Instrumen Dasar*, CV. Politic Genius, Makassar.

Atmadja, I Dewa Gede & **Budiarta**, I Nyoman Putu, 2018, *Teori-Teori Hukum*, Setara Press, Malang.

Atmasasmita, Romli & **Wibowo**, Kodrat, 2016, *Analisis Ekonomi Mikro tentang Hukum Pidana di Indonesia*, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta.

Aust, Anthony, 2005, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press.

Awad, Elias M., 1979, *System Analysis and Design*, Richard D. Irwin, Homewood, Illinois.

Bantekas, Illias and **Nash**, Susan, 2007, *International Criminal Law*, Third Edition, Routledge – Cavendish, London And New York.

Bakry, H. Oemar, 1983, *Tafsir Rahman*, Mutiara, Jakarta.

Barnett, Randy A., 1997, "A Law Professor's Guide to Natural Law and Natural Rights", Harvard Journal of Law and Public Policy.

Barnet, Hillaire, 2004, *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish Publishing, 5th editions, London.

Bartens, K., 1975, *Ringkasan Sejarah Filsafat*, Kanisius, Yogyakarta.

Bassiouni, M. Cherif, 2003, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publisher, Inc. Ardsley, New York.

Bell, William R., 2002, *Practical Criminal Investigations in Correctional Facilities*, Boca Raton – New York : CRC Press.

Bentham, Jeremy, 2006, *Teori Perundang-Undangan : Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata Dan Hukum Pidana*, Penerjemah Nurhadi, Nuansa, Bandung.

Bix, Brian, 1996, *Jurisprudence Theory and Context*, Westview, USA.

Bjarup, Jes, 2003, *The Philosophy os Scandinavian Legal Realism*, Ratio Jurist, Vol. 18, March.

Black, Donald, 1976, *The Behaviour of Law*, New York: Academic Press.

Black, Henry Campbell, 1990, (*et.al*), *Black;s Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American Law and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6th Edition, (St. Paul: West Publishing.

Black Jr, Charles L., 1974, *Capital Punishment: The Inevitability Of Caprice And Mistake*, Second Edition, Augmented, W.W. Norton & Company Inc, New York.

Bodenheimer, Edgar, 1962, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge: Harvard University Press.

Bodenheimer, Edward 1978, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge: Harvard University Press.

Bogdan, Michael, 2010, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Nusa Media, Jakarta

Boot, Machteld, 2001, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court : Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York.

Brand , Jeffrey, 2013, *Philosophy Of Law : Introducing Jurisprudence*, Bloomsbury, London. New Delhi. New York, Sydney.

Broers, A., 1933, *Engels Wordenboek, Tweede Deel Nederlands – Engels*, J.B. Wolters' Uitgeversmaatschappij, Groningen – Batavia.

Bruggink, J.J.H., 1999, *Refleksi Tentang Hukum*, diterjemahkan oleh Arief Sidharta dari Rechtsreflecties, grondbegrippen uit de rechtstheorie, Citra Aditya.

Butler, Tom – Bowdon, 2014, *50 Philosophy Classics : Thinking, Being, Acting, Seeing*, Nicholas Brealey Publishing, London – Boston.

Carpentier, Jean & Lebrun, Francois, 2017, *Sejarah Perancis : Dari Zaman Prasejarah Hingga Akhir Abad Ke-20*, Kepustakaan Populer Gramedia.

Cassese, Antonio, 2003, *International Criminal Law*, Oxford University Press.

Costa, Pietro and Zolo, Danilo, 2007, *The Rule Of Law : History, Theory and Criticism*, Springer.

Crowe, Jonathan, 2014, *Legal Theory*, Second Edition, Nutshell Series Lawbook Co.

Curzon, L.B., 1979, *Jurisprudence*, MacDonald & Evans, London.

Dakkak, M.Shokry El –, 2000, *State's Crimes Against Humanity: Genocide, Deportation And Torture : From The Perspectives Of International And Islamic Laws*, A.S. Noordeen.

Darmodiahrho, Darji & Shidarta, 1999, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.

David, Rene & Brierley, John E.C., 1985, *Major Legal Systems In The World Today*, Third Edition, Stevens & Sons, London.

Davidson, Scott, 2008, *Hak Asasi Manusia: Sejarah, Teori, dan Praktek dalam Pergaulan Internasional*, diterjemahkan oleh A. Hadyana Pudjaatmaka, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta.

Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, 1990, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka.

Diantha, I Made Pasek, 2016, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum*, Kencana, Jakarta.

Dworkin, Ronald, 1978, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, R.M, (ed), 1982, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press.

Echols, John M. Dan **Shadily**, Hassan, 2005, *Kamus Inggris Indonesia: An English – Indonesian Dictionary*, Penerbit PT Gramedia Jakarta.

Efendi, Jonaedi & **Ibrahim**, Johnny, 2016, *Metode Penelitian Hukum: Normatif dan Empiris*, Kencana, Jakarta.

Ehrlich, Eugen, 1962, *Fudamental Principles of Sociology of Law*, Russel and Russel Inc., New York.

Elex Media Komputindo, 2019, *Why ? Machiavelli The Prince*, Kompas Gramedia, Jakarta.

ELSAM, 2000, *Statuta Roma: Mahkamah Pidana Internasional*, ELSAM, Jakarta.

Engelbrecht, 1989, *De Wetboeken, Wetten En Verordeningen*, Benevens, De Grondwet van De Republiek Indonesie, PT. Ictiar Baru – van Hoeve, Jakarta.

Enshede, Ch. J., 2002, *Beginnselen van Strafrecht*, Kluwer, Deventer.

Erwin, Muhamad, 2012, *Filsafat Hukum : Refleksi Kritis Terhadap Hukum*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta.

Faisal, Sanapiah, 2005, *Format-Format Penelitian Sosial*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.

Faiz, Pan Mohammad, "Teori Keadilan John Rawls", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 6, No. 1.

Finch, John, 1979, *Introdution To Legal Theory*, Third Edition, London, Sweet & Maxwell.

Finnis, John, 2011, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York.

Fitzpatrick, Peter and **Hunt**, Alan, 1987, *Critical Legal Studies*, Oxford, Blackwell

Fletcher, George P., 2000, *Rethinking Of Criminal Law*, Oxford University Press.

Franken, H., 1987, *In Leiden tot de Rechtswetenschap*, Netherland: Gouda, Quaint, Arnhem.

Friedmann, W., 1970, *Legal Theory*, New York: Columbia University Press.

Friedmann, W., *Teori dan Filsafat Hukum, Telaah kritis atas teori-teori hukum (Susunan II)*, Penerjemah Arifin, M., (Jakarta: Rajawali Pers, 1990).

Friedrich, Carl Joachim, 2010, *Filsafat Hukum : Perpektif Historis*, Nusa Media, Jakarta.

Fuady, Munir, 2005, *Filsafat dan Teori Hukum Postmodern*, Cetakan Ke-1, PT. Citra Adhitya Bhakti, Bandung.

Fuady, Munir, 2013, *Teori-Teori Besar dalam Hukum (Grand Theory)*, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta.

Garner, Bryan A., 1999, *Black's Law Dictionary, Seventh Edition*, West Group, St. Paul, Minn.

Gijssels, Jan, 1982, *Wat is Rechtsteorie*, Kluwer Rechtswetenschappen, Atwerpen.

Gilissen, John dan **Gorle**, Frits, 2009, *Sejarah Hukum ; Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung.

Gunarto, Marcus Priyo, 2014, *Alasan Penghapusan Pidana, Alasan Penghapusan Penuntutan Dan Gugurnya Menjalani Pidana*, Makalah Pada Pelatihan Hukum Pidana Dan Kriminologi yang diselenggarakan atas kerjasama Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dengan Masyarakat Hukum Pidana Dan Kriminologi Indonesia, Yogyakarta, 23 – 27 Februari 2014.

Gunayo, Achmad, 2007, "Beberapa Catatan Tentang Konsep Hukum HLA Hart Dalam Buku *The Concept of Law*", *Jurnal Hukum Progresif*, Vol. 3, No. 1.

Habermas, Jurgen, 1996, *Between Facts And Norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press.

Hakiem, Lukman, 2018, *Jejak Perjuangan Tokoh Muslim Mengawal NKRI*, Pustaka Al-Kautsar, Jakarta.

Hall, Jerome, 1958, *General Principles Of Criminal Law*, Second Edition, The Bobbs-Merrill. Inc. A Subsidiary Of Howard W. Sams & Co., Inc. Publishers. Indianapolis. New York.

Hampstead, Lord Lloyd of, 1972, *Introduction to Jurisprudence*, 3th Edition, London : Stevens & Sons.

Hamzah, Andi, 1986, *Kamus Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta.

Hamzah, Andi, 1995, *Perbandingan Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta.

Hamzah, Andi dalam Pembangunan Hukum Pidana Indonesia, Asosiasi Pengajar Hukum Pidana Dan Kriminologi Indonesia, 2008, *Perkembangan Hukum Pidana Dalam Era Globalisasi*, Perum Percetakan Negara RI, Jakarta.

Hardiman, F. Budi, 2003, *Melampaui Positivisme dan Modernitas: Diskursus Filosofis tentang Metode Ilmiah dan Problem Modernitas*, Kanisius, Yogyakarta.

Hardiman, F. Budi, 2004, *Filsafat Modern: Dari Machiavelli sampai Nietzsche*, Gramedia Pustaka, Jakarta.

Harkrisnowo, Harkristuti, 2003, *Rekonstruksi Konsep Pidana: Suatu Gugatan Terhadap Proses Legislasi Dan Pidana Di Indonesia*, Orasi Pada Upacara Pengukuhan Guru Besar Tetap Dalam Ilmu Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Hariri, Achmad, "Dialektika Paradigma Pembangunan dari Antroposentrisme Menuju Ekosentrisme-Ekofeminisme dalam Perspektif Pancasila" dalam *Prosiding Konferensi Nasional Hak Asasi Manusia, Kebudayaan dan Tujuan Pembangunan Berkelanjutan Indonesia pada Masa Pandemi Covid-19: Tantangan untuk Keilmuan Hukum dan Sosial*, Vol. 1.

Hart, H.L.A., 1994, *The Concept Of Law*, Clarendon Press, Oxford.

Hart, H.L.A, 1997, Konsep Hukum, diterjemahkan dari *The Concept of Law*, (New York: Clarendon Press-Oxford, 1997), yang diterjemahkan oleh M.Khozim, Nusa Media, Bandung.

Hayek, Friedrich von, 2005, *The Road to Serfdom*, The Institute of Economic Affairs, London.

Hiariej, Eddy O.S, 2009, *Asas Legalitas Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat (Disertasi)*.

Hiariej, Eddy O.S, 2010, *Pengadilan atas Beberapa Kejahatan Serius terhadap HAM*, Penerbit Erlangga, Jakarta.

Hiariej, Eddy O.S, 2012, *Teori & Hukum Pembuktian*, Penerbit Erlangga, Jakarta.

Hiariej, Eddy O.S, 2016, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pusataka, Yogyakarta.

Holmes, Oliver Wendell, 1963, *The Common Law* (M.D. Howe ed), Little Brown, Boston.

Horowitz, Morton J., 1982, "History of the Public/Private Distinction", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130.

Human Right Watch, 2004, *Genocide, War Crimes And`Crimes Against Humanity : Topical Digests Of The Case Law Of The International Criminal Tribunal For Rwanda And The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, diterjemahkan oleh ELSAM, 2006.

Hume, David, 2009, *A Treatise of Human Nature*, The Floating Press, 2009.

Irianto, Sulistyowati, 2003, *Perempuan di Antara Berbagai Pilihan Hukum*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta.

Irianto, Sulistyowati & **Shidarta**, (ed),2009, *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, Cetakan Pertama, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta.

Iskandar, Pranoto & **Junadi**, Yudi, 2011, *Memahami Hukum di Indonesia: Sebuah Korelasi antara Politik, Filsafat, dan Globalisasi*, IMR Press, Cianjur.

Iskandar, Pranoto, 2012, *Hukum HAM Internasional: Sebuah Pengantar Kontekstual*, IMR Press, Cianjur.

Ismi, Hayatul, 2012, "Pengakuan dan Perlindungan Hukum Hak Masyarakat Adat atas Tanah Ulayat dalam Upaya Pembaharuan Hukum Nasional", *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 2, 2012.

Istanto, Sugeng, 1998, *Hukum Iternasional*, Penerbitan Universitas Atma Jaya Yogyakarta.

Istanto, F. Sugeng, 2007, *Penelitian Hukum*, CV Ganda, Yogyakarta.

Jenie, Siti Ismijatie, 2007, *Itikad Baik, Perkembangan Dari Asas Hukum Khusus Menjadi Asas Hukum Umum Di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 10 September 2007.

Jonkers, J.E., 1946, *Handboek Van Het Nederlansch-Indische Strafrecht*, E.J. Brill, Leiden.

Kant, Immanuel, 2010, *Critique of Pure Reason*, Cambridge: Cambridge University Press.

Kasim, Ildhal, 2000, "Mempertimbangkan 'Critical Legal Studies' dalam Kajian Hukum di Indonesia", *Wacana: Jurnal Ilmu Sosial Transformatif*.

Kelsen, Hans, 1944, *General Theory Of Law And State*, New York Russell & Russell.

Kelsen, Hans, 1957, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, University of California Press, Barkeley Los Angeles.

Kusumohamidjojo, Budiono, 2016, *Teori Hukum : Dilema Antara Hukum dan Kekuasaan*, Penerbit Yrama Widya, Bandung.

Lafave, Wayne R., 2010, *Principle Of Criminal Law*, West A Thomson Reuters Business.

Lamintang, P.A.F., 1990, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit Sinar Baru Bandun.

Leawoods, Heather, 2000, "Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher", *Journal of Law and Policy*, Vol. 2.

Lebacqz, Karen, *Six Theories of Justice*, (Indianapolis: Augsburg Publishing House, 1986), diterjemahkan oleh Yudi Santoso, 2015, Penerbit Nusa Media, Bandung.

Leiboff, Marett & **Thomas**, Mark, 2009, *Legal Theory: Context and Practices*, (Pymont, New South Wales, Australia : Lawbook.

Lembaga Alkitab Indonesia, 2000, *Alkitab Dan Kidung Jemaat*, cetakan kedua.

Leyh, Gregory, 2008, *Hermeneutika Hukum : Sejarah, Teori Dan Praktik*, Nusamedia, Jakarta.

Likadja, Frans E. & **Bessie**, Daniel Frans, 1988, *Desain Instruksional Dasar Hukum Internasional*, Ghalia Indonesia, Jakarta.

Lloyd, Dennis, 1991, *The Idea Of Law*, Penguin Books.

Loudoe, John Z., 1985, *Menemukan Hukum Melalui Tafsir Dan Fakta*, Bina Aksara, Jakarta.

Manan, Abdul, 2014, *Peranan Hukum dalam Pembangunan Ekonomi*, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta.

Manan, Abdul, 2005, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Kencana, Jakarta.

Mangesti, Yovita A Dan **Tanya**, Bernard L., 2014, *Moralitas Hukum*, Genta Publishing.

Mannheim, Herman, 1955, *Group Problems In Crime And Punishment*, Routledge And Kegan Paul Limited Broadway House.

Manullang, E. Fernando M., 2007, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, Kompas, 2007.

Marzuki, Peter Mahmud, 2008, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta.

Marzuki, Peter Mahmud, 2020, *Teori Hukum*, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta.

McLeod, Ian, 1999, *Legal Theory*, Macmilan, London.

Mertokusumo, Sudikno & **Pitlo**, A., 1993, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung.

Mertokusumo Sudikno, 2010, *Mengenal Hukum : Suatu Pengantar*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta.

Mertokusumo, Sudikno, 2012, *Teori Hukum*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta.

Mertokusumo, Sudikno, 2014, *Penemuan Hukum : Suatu Pengantar*, Cahaya Atma Pusataka, Yogyakarta.

Merry, Sally Engle, 1988, "Legal Pluralism", *Law & Society Review*, Vol. 22, No. 5.

Mill, John Stuart, 1996, *On Liberty*, diterjemahkan oleh Yayasan Obor Indonesia, Jakarta.

Miller, Karen S., 2006, *Wrongful Capital Convictions And The Legitimacy Of The Death Penalty*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York.

Mish, Frederick C., 1991, (*et.al*), *Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*, (Massachusetts: Meriam-Webster Inc.

Mochtar, Zainal Arifin, 2015, *Antinomi dalam Peraturan Perundang-undangan*, Jurnal Hasanuddin Law Review, Vol. 1, Desember 2015.

Moeljatno, 1985, *Hukum Pidana Delik-Delik Percobaan Delik-Delik Penyertaan*, PT. Bina Aksara, Jakarta.

Moeljatno, 2009, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta.

Montesquieu, 1977, *The Spirit of Laws*, University of California Press

Muladi dan **Arief**, Barda Nawawi, 1992, *Teori-Teori Dan Kebijakan Pidana*, Penerbit Alumni Bandung.

Muladi Dan **Priyatno**, Dwidja, 2010, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Cetakan Pertama, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.

Muladi, 2019, *Dilema Doktrinal Dalam Proses Kriminalisasi Tindak Pidana Korupsi (Antara Doktrin Ultimum Remedium Dan Primum Remedium)*, Makalah yang disampaikan dalam Seminar Nasional "Optimalisasi Penanggulangan Tindak Pidana Korupsi", Universitas Semarang, 10 April 2019.

Murphy, Jeffrie G. dan **Coleman**, Jules L., 1990, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press.

Nachrawi, Gunawan & **Agung**, I Gusti Agung Ngurah, *Teori Hukum*, Bandung: CV. Cendekia Press, Bandung.

Norrie, Alan, 2000, From Critical to Socio-Legal Studies: Three Dialectics in Search of a Subject, (*Journal Social & Legal Studies*, Vol. 9)_

Nozick, Robert, 1974, *Anarchy State and Utopia*, New York: Basic Books.

Nur, Abdul Rahman, 2018, *Teori Dasar Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat*, Spasi Media, Jakarta.

Oktorino, Nino, 2018, *Perang Terlama Belanda : Kisah Perang Aceh 1873 – 1913*, Kompas Gramedia.

Packer , Hebert L, 1968, *The Limits of the Criminal Sanction*, Oxford University Press.

Patterson, Dennis dan **White**, Jefferson, 1999, *Introduction to Philosophy of Law; Reading and Cases*, Oxford University Press, New York.

Phillips, O., Hood and **Hudson**, A.H., 1988, *First Book of English Law*, Sweet & Maxwell, London.

PIL-Net, Permohonan Pengujian UU No. 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan, terhadap UUD 1945.

Poernomo, Bambang, 1982, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta.

Poernomo, Bambang, 1989, *Manfaat Telaah Ilmu Hukum Pidana Dalam Membangun Model Penegakkan Hukum Di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 5 Juli 1989.

Pompe, W.P.J., 1959, *Handboek Van Het Nederlandse Strafrecht*, Vijfde Herziene Druk, N.V. Uitgevers-Maatschappij, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle.

Pontier, J.A., 2008, *Penemuan Hukum*, Penerjemah B. Arief Sidharta, Jendela Mas Pustaka, Bandung.

Pound, Roscoe, 2002, *Social Control Through Law*, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2nd Printing.

Purbacaraka, Purnadi dan **Soekanto**, Soerjono, 1986, *Sendi-sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum*, Alumni, Bandung.

Puspa, Yan Pramana, 1977, *Kamus Hukum*, Aneka Ilmu, Semarang.

Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor : 069/PUU-II/2004 tanggal 14 Februari 2005.

Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor : 065/PUU-II/2004 tanggal 3 Maret 2005.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006.

Putusan MK Nomor: 012-016-019/PUU-IV/2006, tanggal 19 Desember 2006.

Putusan MK No. 21-22/PUU-V/2007 tentang Pengujian UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

Putusan Mahkamah Konstitusi, Nomor 42/PUU-VIII/2010, tanggal 24 September 2010.

Qamar, Nurul & **Reza**, Farah Syah, 2017, *Etika Profesi Hukum (Empat Pilar Hukum)*, CV. Politic Genius, Makassar.

Rasjidi, Lili & **Sidharta**, B. Arief, (ed), 1989, *Filsafat Hukum, Mahzab dan Refleksinya*, Remadja Karya, Bandung.

Rasyidi, Lili & **Rasyidi**, Ira Tania, 2002, *Pengantar Filsafat Hukum*, Mandar Maju, Bandung.

Rawls, John, 1971, *A Theory Of Justice*, The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England.

Rawls, John, 1971, *A Theory Of Justice (Revised Edition)*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

Rawls, John, 1999, *The Law of People*, Cambridge: Harvard University Press.

Rawls, John, 1971, *A Theory of Justice*, (London: Oxford University Press, 1971) diterjemahkan oleh Uzair Fauzan & Heru Prasetyo, 2006, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

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

Rahardjo, Satjipto, 2009, *Hukum dan Perilaku: Hidup Baik adalah Dasar Hukum yang Baik*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta.

Rahardjo, Satjipto, 2014, *Ilmu Hukum*, Cetakan Kedelapan, PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung.

Rahmat, Aulia, 2020, *Rasionalisasi Hukum Alam oleh Hugo Grotius: Dari Humanisasi Menuju Sekularisasi*, Undang Jurnal Hukum.

Reinmann, Mathias, 1989, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter and Defeat of The New York Civil Code*, American Journal of Comparative Law, 1Volume 37.

Remmelink, Jan, 2003, *Hukum Pidana : Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda Dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.

Renda, Andrea, 2010, *Law and Economics in the RIA World: Improving The Use of Economic Analysis in Public Policy and Legislation*, Cambridge University Press: Intersentia.

Riggs, Fred W., 1964, *Administration in Developing Countries: The Theory of Prismatic Society*, Boston: Houghton Mifflin Company.

Routledge, 2011, *Criminal Law*, Routledge Taylor & Francis Group, London And New York.

Russel, Bertrand, 1945, *A History of Western Philosophy: And Its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*, New York; Simon & Schuster.

Safa'at, Muchamad Ali, (ed), 2014, *Anotasi Pemikiran Hukum (Dalam Perspektif Filsafat Hukum)*, UB Press.

Sahetapy, J.E., "Teleconference", *KOMPAS*, 14 Juli 2003.

Salam ,Safrin, (et.al), 2020, *Perkembangan Filsafat Hukum Kontemporer*, Zifatama Jawara, Sidoarjo.

Salman, Otje & **Susanto**, Anton F., 2005, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, Refika Aditama, Bandung.

Salle, 2018, *Urgensi Kemandirian Kekuasaan Kehakiman*, CV. Social Politic Genius, Makassar.

Samekto, FX. Adji, 2020, *Pergeseran Pemikiran Hukum dari Era Yunani Menuju Post-Modernisme*, Cetakan Kesatu, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.

Samuel, Geoffrye, 2003, *Epistemology and Method in Law*, (Jurisdische Bibliotheek, Universiteit Utrecht.

Santos, Boaventura De Sousa, 1995, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, London.

Sapardjaja, Komariah Emong, 2002, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materii Dalam Hukum Pidana Indonesia* (Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangan dalam Yurisprudensi), Penerbit Alumni Bandung.

Saphiro, Ian, 2006, *Asas Moral Dalam Politik*, Freedom Institute-Yayasan Obor Indonesia, Jakarta.

Sardjono, Sigit, 2017, *Ekonomi Mikro – Teori dan Aplikasi*, Penerbit ANDI, Yogyakarta.

Savitri, Niken, “Feminist Legal Theory dalam Teori Hukum”, dalam Sulistyowati Irianto, 2006, *Perempuan dan Hukum: Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, (ed), Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta.

Schaffmeister, D., **Keijzer**, N. En **Sutorius**, E.Ph., 1995, *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta.

Schwartz, Richard D. And **Skolnick**, Jerome H., (Editor), 1970, *Society And The Legal Order : Cases And Materials In The Sociology Of Law*, Basic Books, Inc. Publisher.

Scruton, Roger, 2013, Kamus Politik, (Penerjemah Ahmad Lintang Lazuardi), Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

Shaw, Malcolm N., 2004, *Internationla Law*, 5th Edition, Cambridge University Press.

Shidarta, 2013, *Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum: Buku 1 Akar Filosofis*, Genta Publishing, Yogyakarta.

Sekretariat Jendral DPR, 2005, Risalah pembahasan RUU Pengesahan ICESCR dan ICCPR.

Sekretariat Jendral DPR RI, 2007, Risalah pembahasan RUU Penanaman Modal

Setiyono, 2005, *Kejahatan Korporasi : Analisis Viktimologi Dan Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Bayumedia Publishing, Malang.

Shorde, William A. and **Voich**, Dan, 1974, *Organization and Management; Basic System Concepts*, Irwin Book Co., Malaysia.

Simons, D., 1937, *Leerboek Van Het Nederlandsche Strafrecht, Eerste Deel*, Zesde Druk, P. Noordhoof, N.V.- Groningen – Batavia.

Sinha, Surya Prakash, 1993, *Jurisprudence: Legal Philosophy in a Nutshell*, West Publishing: St. Paul.

Soekanto, 1979, *Pengantar Sejarah Hukum*, Rajawali, Jakarta.

Soekanto, Soerjono, 1991, *Ikhtisar Antinomi Aliran Filsafat Sebagai Landasan Filsafat Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta.

Soekanto, Soerjono, 2005, *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta.

Spaak, Torben, 2000, "Meta-Ethic and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch", *Journal Law and Philosophy*, Volume 28, Num 3.

Steiner, Henry J. & **Alston**, Philip, 2000, *International Human Rights In Context : Law, Politics Morals*, Oxford University Press, New York.

Stein, Peter, 2007, *Roman Law In European History*, Cambridge University Press.

Strang ,Johan, 2009, *Two Generations of Scandinavian Legal Realist*, Retfard Argang 32

Streib, Victor, 2008, *Death Penalty In A Nutshell*, Third edition, Thomson West.

Suadi, H. Amran, 2018, *Sosiologi Hukum: Penegakan, Realitas dan Nilai Moralitas Hukum*, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta.

Suadi, H. Amran, 2019, *Filsafat Hukum: Refleksi Filsafat Pancasila, Hak Asasi Manusia, dan Etika*, Edisi Pertama, Kencana, Jakarta.

Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.

Sumardjono, Maria SW, 2014, *Metodologi Penelitian Ilmu Hukum*, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.

Sunggono, Bambang, 1997, *Metodologi Penelitian Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.

Suringa, Hazewinkel, 1953, *Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlandse Strafrecht*, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. - Haarlem.

Suryokusumo, Sumaryo, 1995, *Hukum Diplomatik: Teori Dan Kasus*, Penerbit Alumni, Bandung.

Susanto, Anthon Freddy, 2005, *Semiotika Hukum : Dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*, Refika Aditama, Bandung.

Susanto, Anthon F., 2010, *Dekonstruksi Hukum : Eksplorasi Teks Dan Model Pembacaan*, Genta Publishing, Yogyakarta.

Suseno, Frans Magnis, 1998, *Tigabelas Model Pendekatan Etika*, Kanisius, Yogyakarta.

Swantoro, P., 2019, *1.000 Hari John F. Kennedy*, KPG KOMPAS, Jakarta.

Talcott, 1951, *et.al, Toward A General Theory of Action*, New York: Harper & Row.

Tamanaha, Brian Z., 2008, "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", *Sydney Law Review*, Vol. 30.

Tanya, Bernard L., (*et.al*), 2010, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Cetakan III, Genta Publishing, Yogyakarta.

Tim Narasi, 2006, *The Mass Killers Of The Twentieth Century*, Narasi, Yogyakarta.

Tjahyadi, S.P Lili, 1991, *Hukum Moral; Ajaran Immanuel Kant tentang Etika dan Imperatif Kategoris*, Kanisius, Yogyakarta.

Tonry, Michael, 2000, *The Handbook Of Crime And Punishment*, Oxford University Press.

Ujan, Andre Ata, 2001, *Keadilan dan Demokrasi Telaah Filsafat Politik John Rawls*, Kanisius, Yogyakarta.

Unger, Robert Mangabeira, 1975, *Knowledge and Politics*, New York: Free Press.

Unger, Roberto M., 1976, *Law and Modern Society ; Towards Criticism of Social Theory*, The Free Press.

Unger, Robert Mangabeira, 1986, *The Ciritical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task*, New York: Verso Books.

Usman, Husaini dan **Akbar**, Purnomo Setiady, 2004, *Metodologi Penelitian Sosial*, Bumi Aksara, Jakarta.

Utrecht, E., 1960, *Hukum Pidana I*, Penerbitan Universitas.

van Apeldoorn, L.J., 1990, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta.

van Bemmelen, J.M. En **van Hattum**, W.F.C., 1953, *Hand En Leerbook Van Het Nederlandse Strafrecht*, S. Gouda Quint – D. Brouwer En Zoon, Arnhem.

van Bemmelen, J.M. En **Burgersdijk**, H., 1955, *Arresten Over Strafrecht*, Vijfde Druk, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V.

van Caenegem, R.C., 2007, *European Law In The Past And The Future: Unity and Diversity over Two Millenia*, Cambridge University Press.

van Dam, Cees, 2006, *European Tort Law*, Oxford University Press.

Virgo, Graham, 2016, *The Principles of the Law of Restitution*, Third Edition, Oxford University Press.

van Hamel, G.A., 1913, *Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlansche Strafrecht*, Derde Druk, De Erven F. Bohn Haarlem & Gebr. Belinfante 's-Gravenhage.

Wacks, Raymond, 2008, *Philosophy of Law, A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York.

Warburton, Nigel, 2102, *A Little History of Philosophy*, Yale University Press, New Haven and London.

Wardiono, Kelik & **Rochman**, Saepul, 2019, *Filsafat Hukum: Dialektika Wacana Modernis*, Muhammadiyah University Press, Surakarta.

Warijayati, Sri, 2018, *Memahami Dasar Ilmu Hukum: Konsep Dasar Ilmu Hukum*, Kencana. Jakarta.

Wasserman, Rhonda, 2004, *Procedural Due Process : A Refernce Guide to the United States Constitution*, Greenwood Publishing Group.

Weinrib, Ernest J., 2016, *Corrective Justice : Oxford Legal Philosophy*, Oxford University Press.

Biodata

Zainal Arifin Mochtar, dilahirkan di Makassar (*dulu Ujung Pandang*), 8 Desember 1978. Pernah menjadi Peneliti di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (2003-2005), dan sejak Tahun 2005 hingga sekarang sebagai Pengajar di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta. Ia menyelesaikan studi strata satu ilmu hukum di almamaternya Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada pada Tahun 2003. Lalu ia melanjutkan studi strata dua dengan beasiswa *Fullbright* di *Northwestern University*, Chicago USA dan tamat di Tahun 2006. Di situ ia menyelesaikan dengan mendapatkan gelar *LLM with Honour*. Pendidikan strata tiga ia selesaikan di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada. Juga pernah mengikuti *short course* di beberapa negara, semisal Amerika, Belanda dan Jepang. Pernah pula mengikuti program *visiting* di Nagoya University dan Gakshuin University. Ia menulis dan amat sering menghiias opini hukum di berbagai media, seperti Kompas, Majalah Tempo, Media Indonesia, Koran Tempo, Seputar Indonesia dll. Isyu yang ia bahas seputar hukum tata negara, administrasi negara maupun hukum antikorupsi.



Telah menuliskan beberapa buku; diantaranya “**Lembaga Negara Independen (*Dinamika Perkembangan dan Urgensi Penataan Kembali Pasca Amandemen*)**” (Penerbit Rajawali Press), “**Menegakkan Konstitusi Melawan Korupsi**” (Penerbit Genta Publishing), “**Menjerat Korupsi Partai Politik**” (ditulis bersama Eddy O.S.Hiariej dan diterbitkan Genta Publishing) dan “**Parlemen Dua Kamar, Analisis Perbandingan Menuju Sistem Bikameral Efektif**” (ditulis Bersama Saldi Isra dan diterbitkan Genta Publishing).

Atas dedikasinya, ia dianugerahi Anugerah Konstitusi Muhammad Yamin (AKMY) kategori Pemikir Muda Hukum Tata Negara Tahun 2016, serta menjadi salah seorang yang mendapatkan Anugerah Penulis Opini Konstitusi Terbaik oleh Mahkamah Konstitusi 2018. Ia menggawangi Pusat Kajian Anti Korupsi FH UGM Yogyakarta 2008-2018 dan sering dipercaya menjadi tim seleksi lembaga-lembaga negara. Penyuka baca dan sepakbola sekaligus khususnya AC Milan.

Eddy O.S. Hiariej (Edward Omar Sharif Hiariej), lahir di Ambon, 10 April 1973. Menempuh pendidikan pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada (sarjana hukum 1998, magister humaniora 2004 dan doktor 2009 FHUGM). Sejak 1 September 2010 diangkat sebagai Guru Besar / Profesor Hukum Pidana pada FH UGM. Mengikuti 32 *Study Session Human Rights Short Course* dan 29 *Study Session Human Rights Teaching* di Strasbourg, Perancis 2001. *Foreign Observer General Election* di Philipina 2001, *Dialog East Asia Common Space* di South Korea 2004.



Sampai dengan saat lebih dari 100 karya tulis ilmiah, artikel dan buku yang ditulis. Beberapa diantaranya, *Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana* 2009. *Pengantar Hukum Pidana Internasional* 2009. *Pengadilan atas Beberapa Kejahatan Serius terhadap HAM* 2010. *Teori Dan Hukum Pembuktian* 2012. *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana* 2016.

Pernah menjabat sebagai Asisten Wakil Rektor Kemahasiswaan UGM 2002-2007. Ketua Program Studi Magister Hukum Litigasi FH UGM 2008-2012. Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum FH UGM 2012-2020. Sekretaris Program Studi Ilmu Doktor 2012-2016. Sekretaris Dewan Guru Besar UGM 2014-2016. Dipercaya sebagai Panitia Seleksi lembaga-lembaga negara (Komisi Kepolisian Nasional 2020, Komisi Yudisial 2020) dan Calon Hakim Mahkamah Konstitusi 2019. Sejak 1 Februari 2020 diangkat sebagai Penasehat Senior Kepala Staf Presiden, kemudian pada tanggal 13 Maret 2020 diangkat sebagai Ketua Dewan Pengawas Gelora Bung Karno.

Saat ini menjabat sebagai Wakil Menteri Hukum Dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia yang diangkat pada tanggal 23 Desember 2020. Selain membaca, kegemaran lainnya adalah tenis, renang dan *bridge*.

Lex dura, sed tamen scripta.

Hukum (undang-undang) itu kejam, tetapi seperti itulah yang tertulis. Namun perlu diingat bahwa hukum itu didasari dengan nilai moral-etika karena tujuan hukum adalah untuk memelihara kepentingan orang banyak, bukan hanya sekelompok orang, dalam rangka menegakkan hak-haknya. Penggambaran sekilas wajah hukum tersebut di atas, membawa pada arti pentingnya untuk selalu “menengok kembali”, menyegarkan pengetahuan akan hal-hal yang fundamental tentang hukum. Hanya dengan cara inilah, pengetahuan tentang hukum itu terus diasah agar seorang sarjana hukum membekali dirinya secara bertanggung jawab dalam berbagai bidang pengabdian.

Dengan alur pikir inilah, buku ini pantas dijadikan referensi dalam tataran teoritikal maupun praktikal. Pendalaman tentang berbagai isu penting tentang hukum, terbuka kemungkinannya untuk dipelajari melalui berbagai literatur klasik maupun kontemporer tentang hukum yang dapat dijumpai sumbernya dalam buku ini.

Semoga dengan membaca buku ini, terbuka cakrawala pemikiran siapa saja yang berminat mendalami tentang ilmu hukum, sekaligus mendorong minat para akademisi maupun praktisi untuk mendalami ilmu hukum secara lebih intens. Bagi kalangan penulis, semoga kehadiran buku ini mendorong lebih banyak karya-karya tentang ilmu hukum, yang selalu dibutuhkan dan takkan pernah lekang oleh waktu.

Yogyakarta, 31 Juli 2021

Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., M.CL., M.PA.

ISBN 978-602-6202-55-0



9

786026

202550