



Dr. Isharyanto, S.H.,M.Hum.

# TEORI HUKUM

---

Suatu Pengantar dengan Pendekatan Tematik

---



# **BAB I**

## **PENDAHULUAN**

### **A. Catatan Awal**

Ilmu hukum merupakan realitas kodrati yang eksis dan tertanamkan di setiap hati nurani manusia dan a priori terhadap segala bentuk perilaku manusia. Dalam posisinya sebagai norma kehidupan seperti itu, maka ilmu hukum merupakan ilmu amaliah. Artinya, tidak ada ilmu hukum tanpa diamalkan, dan tidak ada sesuatu amalan digolongkan bermoral kecuali atas dasar ilmu hukum. Akan tetapi dalam perjalanan sejarah yang panjang, moral dan moralitas itu sedikit demi sedikit tereduksi, sehingga dewasa ini kandungan moral dan moralitas dalam ilmu hukum sangat menipis. Perkembangan ilmu hukum menjadi semakin memprihatinkan, ketika moral dan moralitas yang masih tersisa dalam batas minimal tersebut cenderung diputar-balikkan melalui rekayasa atau permainan, sehingga garis batas antara adil atau dzalim, benar atau salah, baik atau buruk, jujur atau bohong dan sebagainya menjadi kabur, simpang-siur, kacau dan membingungkan.

Bahkan pada tataran teoretis maupun praktis, seakan tidak ada lagi garis batas, garis pemisah, garis demarkasi dalam moral dan moralitas tersebut, sehingga siapapun yang terlibat dalam masalah-masalah hukum, menjadi bingung dan terjebak ke dalam ketidak-berdayaan, ketidak-pastian,

ketidak-teraturan, karena memang tidak ada pedoman, tidak ada referensi ataupun kategori-kategori yang pasti mengenai moral dan moralitas itu. Ironisnya, tidak adanya garis pembatas dan pemisah antara moral dan moralitas dengan ilmu hukum tersebut dalam banyak hal justru disengaja oleh pihak-pihak yang berposisi sebagai pengendali, pelaksana maupun pengontrol pengamalan ilmu hukum di dalam kehidupan berbangsa dan bermasyarakat. Garis batas moral dan moralitas yang dalam otentifikasinya jelas dan pasti, justru dengan sengaja dibongkar, didekonstruksi, diambangkan, dijungkir-balikan sehingga manakah ilmu hukum yang bermoral dan mana pula ilmu hukum yang amoral menjadi nisbi, relatif bahkan nihil. Berhadapan dengan kecenderungan adanya pemisahan antara moral dan moralitas dengan ilmu hukum, menjadi relevan untuk dikaji, diungkap dan diangkat kembali urgensi reintegrasi moral ke dalam ilmu hukum. Bagaimanapun kita berkepentingan agar perkembangan ilmu hukum dapat berjalan secara wajar, sehat dan mampu menjadi pendorong terwujudnya kehidupan yang lebih adil, bahagia dan sejahtera. Dalam konteks pemikiran demikian, maka keutuhan moral dengan ilmu hukum harus tetap dijaga, baik pada tataran teoretis maupun praktis.

Hukum pada dirinya sendiri tidak pernah merupakan suatu tujuan, melainkan suatu sarana untuk mencapai suatu tujuan non-yuridikal. Finalitas dari hukum itu tidak yuridikal dan hukum karena itu memperoleh dorongan pertumbuhannya (*groei stimulus*) dari luar hukum. Faktor-faktor ekstra-yuridika; memelihara proses pertumbuhan

dinamikal berlangsung terus (Jan Gijssels, Mark Van Hoecke, 2001: 13). Oleh sebab itu, pendekatan interdisipliner akan membantu menemukan dan menjelaskan keterkaitan hukum dan masyarakat. Dengan demikian akan lahir para sarjana hukum profesional yang tidak hanya paham tentang ilmu hukum, tetapi juga insan hukum yang dapat berfungsi maksimal karena paham tentang sendi-sendi keadilan masyarakatnya sendiri. Dalam konteks ini relevan papara Bambang Poernomo (1993: 13) mengenai hukum sebagai sistem aksi yang bersifat dinamis dengan memperhatikan pertimbangan-pertimbangan faktor-faktor nonyuridis dari fungsi asas kemasyarakatan, asas sosial politik ekonomi, dan berbagai fenomemena yang hidup dalam masyarakat.

Lagipula, hukum ada karena kekuasaan yang sah. Kekuasaah inilah yang menciptakan hukum. Ketentuan-ketentuan yang tidak berdasarkan kekuasaan yang sah pada dasarnya bukan hukum (Sudikono Mertokusumo, 2004: 20). Sebaliknya, hukum itu sendiri pada hakekatnya adalah kekuasaan. Hukum itu mengatur, mengusahakan ketertiban, dan membatasi ruang gerak individu. Tidak mungkin hukum menjalankan fungsinya kalau tidak merupakan kekuasaan. Hukum adalah kekuasaan, kekuasaan yang mengusahakan ketertiban (Sudikno Mertokusumo, 2004: 20). Kalau dikatakan bahwa hukum itu kekuasaan tidak berarti bahwa kekuasaan itu hukum. Sebagai contoh misalnya seorang pencuri menguasai barang curian. Ia tidak mempunyai kekuasaan atas barang curian tersebut. Ini tidak berarti bahwa hubungannya dengan barang curian itu dilindungi hukum sebab ia tidak

mempunyai hak atas barang curian tersebut (Sudikno Mertokusumo, 2004: 21).

Pertumbuhan dinamikal itu telah menarik kalangan pengemban hukum, termasuk di Indonesia. Apresiasi kalangan ahli hukum terhadap Teori Hukum kemudian menjadi meningkat dari waktu ke waktu. Bahkan, pemerintah menetapkan matakuliah Teori Hukum sebagai salah satu matakuliah wajib di lingkungan pendidikan tinggi hukum jenjang magister dan doktor. Namun demikian, pemahaman di kalangan intelektual masih sangat beragam, sehingga ruang lingkup dan materi yang diajarkan menjadi berbeda antar satu program pascasarjana yang satu dengan yang lain (Muchyar Yara, 1998: 1).

Mata kuliah Filsafat Hukum pada umumnya berada di Jurusan Hukum Dasar dan menjadi mata kuliah wajib di fakultas hukum di seluruh Indonesia, sama dengan di Belanda. Namun, posisi mata kuliah Sosiologi Hukum bervariasi di berbagai fakultas hukum. Demikian pula kondisi mata kuliah yang kurang populer dibandingkan Sosiologi Hukum, yaitu Antropologi Hukum. Misalnya di fakultas hukum Universitas Brawijaya Malang dan fakultas hukum Universitas Diponegoro Semarang, baik Sosiologi Hukum maupun Antropologi Hukum menjadi kuliah wajib di fakultas hukum dan diasuh di jurusan Hukum dan Masyarakat. Di fakultas hukum Universitas Indonesia sendiri mata kuliah Sosiologi Hukum ditempatkan di bagian Hukum dan Masyarakat/Pembangunan, dan menjadi mata kuliah pilihan.

Para dosen di fakultas hukum di seluruh Indonesia yang mengajar mata kuliah Sosiologi Hukum, Antropologi Hukum,

dan Hukum Adat sebenarnya memiliki jaringan melalui berbagai kesempatan pertemuan. Misalnya, pernah ada program kerja sama dengan Universitas Leiden untuk mengirim tiga rombongan dosen-dosen dari beberapa Universitas di Indonesia untuk belajar antropologi hukum dan mendapatkan program magister, pada tahun 1986, 1987, dan 1990. Kemudian berdasarkan permintaan yang didapat dari hasil survei yang dilakukan oleh Prof. T.O. Ihromi, pada tahun 1989 diadakan kursus-kursus untuk para dosen selama kurang lebih lima tahun, yaitu dari tahun 1991-1995 di UI.

Sebagian kalangan memaklumi kondisi itu, mengingat sebagai sebuah kajian yang bersifat mandiri, Teori Hukum baru dikenal tatkala memasuki kurun waktu tahun 1980an. Pada masa-masa sebelumnya, Teori Hukum acapkali dipandang sebagai bagian dari disiplin Filsafat Hukum, atau sekadar kelanjutan saja dari teori-teori dalam lapangan ilmu hukum seperti teori-teori hukum tata negara, teori hukum pidana, dan sebagainya. Akibatnya, penyajian materi teori hukum tumpang tindih dengan kajian Filsafat Hukum, atau sekadar mengulang apa yang sudah diajarkan di tingkat sarjana.

Teori hukum tidaklah sama dengan ilmu hukum, maka untuk memahami apa itu teori hukum, kita harus mengetahui terlebih dahulu pengertian ilmu hukum. Secara sederhana, dapat dikatakan bahwa ilmu hukum yang semula dikenal dengan ajaran hukum (*rechtsleer*), sering disebut juga dengan dogmatik hukum, mempelajari hukum positif (*ius constitutum*). Hukum positif disini adalah hukum yang berlaku di suatu tempat, dimana hukum positif ini mengatur

manusia sebagai makhluk sosial (tertulis, tidak tertulis, dan yurisprudensi).

Teori hukum adalah teorinya ilmu hukum. Dengan perkataan lain, ilmu hukum adalah objek teori hukum. Teori hukum berhubungan dengan hukum pada umumnya, bukan mengenai hukum di suatu tempat dan di suatu waktu seperti halnya ilmu hukum.

## **B. Makna Hukum**

Hukum sebagai sebuah nama bukan sekadar menunjukkan istilah tanpa makna. Hukum merupakan istilah bagi sebuah lembaga atau pranata dalam kehidupan manusia (Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang, 2008: 34). Kita dapat menarik beberapa garis pemandu bagi kita, bila kita ingin mendefinisikan hukum. Harus disadari bahwa definisi hukum tidak terlepas dari aspek ideologis. Ideologi merupakan sebuah pandangan yang bersifat seharusnya terhadap dunia. Maka "hukum" yang diucapkan oleh orang yang bersangkutan akan dipengaurhi oleh ideologi orang tersebut (Kathryn Abrams, 1991: 971; Pierre Schlag, 1991: 801).

Dalam kasus ini dapat dipahami jika sebagian kalangan intelektual berpendapat bahwa konsep hukum modern yang telah digagas oleh para ahli terdahulu seperti Max Weber, Galenter dan Charles Samprod yang mengilhami konsep negara hukum di negara-negara Barat pada umumnya, tidak sepenuhnya dapat ditegakkan di Indonesia yang memiliki karakteristik ketimuran dan perdaban yang berbeda dengan negara Barat pada umumnya. Di antaranya dalam perbedaan

dalam meletakkan hubungan hukum agama dan hukum negara.

Dengan demikian, sifat seharusnya dalam ideologi menjadi batasan dan patokan pada hukum yang dikemukakannya. Padahal pembicaraan mengenai hukum merupakan pembicaraan yang bersifat normatif, karena hukum adalah norma. Normatif artinya bersifat mematuhi atau memdomani. Suatu sistem hukum yang modern harus juga merupakan hukum yang baik, dalam arti hukum tersebut harus mencerminkan rasa keadilan bagi para pihak yang terlibat atau diatur oleh hukum tersebut. hukum tersebut harus sesuai dengan kondisi masyarakat yang diaturnya. Hukum tersebut harus dibuat sesuai dengan prosedur yang ditentukan. Juga suatu hukum yang baik harus dapat dimengerti atau dipahami oleh para pihak yang diaturnya

Hukum selalu mengikutsertakan validitas. Kriteria dari sebuah validitas sebuah norma tergantung kepada sistem hukum yang bersangkutan. Validitas itu sendiri kemudian berurusan dengan substansi. Bagaimanapun, hukum memiliki sumber materiil yang tergantung kepada konteks masyarakatnya. Kriteria selanjutnya adalah sesuatu yang bersifat general dan universal. Kriteria di sini bersifat formal. Hans Kelsen misalnya, sangat berjasa memformulasikan kriteria validitas norma dalam tataran ini. Oleh sebab itu tidak pada tempatnya kita segera mencap sebuah undang-undang dalam kategori adil atau memihak kepada sesuatu golongan. Perundang-undangan khusus yang melayani kepentingan golongan agama tidak dimaksudkan sebagai suatu pengaturan materi yang diskriminatif dan sewenang-wenang.



Adanya ciri-ciri dan karakteristik pada golongan agama menimbulkan *legal distinction* bukan suatu diskriminasi yang sewenang-wenang sehingga tidak dapat dipandang sebagai suatu *inequality before the law*. Menurut pemerintah, hukum nasional harus diartikan satu sistem hukum nasional yang di dalamnya terdapat subsistem hukum nasional sehingga kalimat “satu kesatuan hukum” tidak boleh diartikan terlalu sempit. Di sinilah titik penting validitas hukum tersebut.

Hukum sebagai sebuah norma bersifat menghendaki adanya keteraturan dan kepastian. Hal ini terkonfirmasi dalam pandangan kontemporer mengenai perkembangan eksistensi hukum dalam ruang dan waktu. Hukum adalah norma sistematis, aturan-aturannya, prinsip-prinsipnya, konsep-konsepnya dan doktrin-doktrinnya yang berbeda-beda. Serta bagian hukum prosedural dan hukum material yang bermacam-macam, berhubungan satu sama lain sedemikian rupa sehingga merupakan suatu sistem pemikiran normatif yang logis, rasional, atas dasar di mana semua problem praktis yang bersifat hukum, pada prinsipnya dapat dipecahkan menurut hukum.

Sisi penting berikutnya dalam kebermankanaan hukum adalah keterkaitan dengan moral. Namun di dalam praktik, keterkaitan itu bervariasi ke dalam 3 (tiga) bentuk, yaitu (i) Hukum dan moral harus berdampingan karena moral merupakan pokok hukum; (ii) Masing-masing hukum dan moral ada bidangnya, tetapi moral lebih tinggi dari hukum; dan (iii) Masing-masing hukum dan moral ada bidangnya sendiri yang tiada hubungannya satu sama lain. Namun,

diantara keterkaitan itu ciri sanksi yang bersifat sosial menjadi pembeda yang sangat signifikan.

Konfigurasi makna di atas terlihat jelas dalam pandangan Immanuel Kant. Legalitas, menurut Kant, merupakan kesesuaian atau ketidaksesuaian semata-mata sebuah tindakan dengan hukum atau norma lahiriah belaka. Bagi Kant, kesesuaian atau ketidaksesuaian ini tidak mempunyai nilai moral, karena dorongan batin sama sekali tidak diperhatikan. Orang bisa saja terlihat sopan, akan tetapi hatinya tidak. Kant memahami bahwa moral baru diperoleh sesudah adanya moralitas. Dalam hal ini, moralitas adalah kesesuaian sikap dan perbuatan kita dengan norma atau hukum batiniah kita (S.P. Lili Tjahjadi, 1991: 47). Dalam konteks ini, Hukum hanya mungkin berlaku efektif dalam masyarakat, apabila hukum itu mencerminkan moralitas yang secara filosofi diyakini kebenarannya oleh masyarakat tempat hukum itu diberlakukan. Apabila ada produk hukum yang tidak sejalan atau bertentangan dengan nilai-nilai moralitas yang diyakini kebenarannya oleh bangsa Indonesia (terutama yang jumlahnya mayoritas), maka konsekuensinya, hukum itu pasti tidak akan bisa dilaksanakan, sebagai mana seharusnya hukum itu berlaku. Bahkan mungkin hal itu akan menjadi pemicu pertentangan antara rakyat dengan penguasa telah menyimpang dari nilai-nilai kebenaran yang diyakini. Sebaliknya apabila hukum itu mencerminkan nilai-nilai kebenaran dan keadilan yang hidup di dalam masyarakat, maka hukum itu akan mudah diterima dan dilaksanakan oleh mereka.

Yang terakhir hukum akan selalu terwujud dalam sebuah keputusan. Keputusan-keputusan berisi sekian banyak

pertimbangan seperti moral, kondisi sosial, kemasyarakatan, kultural, dan sebagainya. Semua itu menjadi elemen yang menyusun penilaian. Dengan demikian, elemen penyusun keputusan hukum akan menjadi lentur. Dalam konteks ini, usaha Kelsen untuk menyingkirkan elemen-elemen non hukum untuk “memurnikan” kandas sebatas utopia belaka. Kelsen ingin memurnikan hukum dari unsur-unsur pikiran yang filosofis-metafisis, dan ingin memusatkan perhatiannya pada teori hukum yang abstrak dengan maksud untuk memperoleh Ilmu pengetahuan hukum yang murni. Ia tidak sependapat dengan definisi hukum yang diartikan sebagai perintah. Karena itu ajarannya dianggap reaksi terhadap mazhab-mazhab lain. Menurut Kelsen, hukum tidak menggambarkan apa yang sebenarnya terjadi, tetapi menentukan peraturan-peraturan tertentu yaitu meletakkan norma-norma bagi tindakan yang harus dilakukan orang.

### **C. Bingkai Buku**

Buku ini mencoba menempatkan diri sebagai karya yang “mengantar.” Corak ensiklopedis digunakan dalam paparannya. Karya ini diharapkan dapat memberikan orientasi atau dapat menjadi “peta” yang memungkinkan mahasiswa nantinya dapat merefleksikan fenomena hukum.

Dalam mengenal teori hukum, buku ini menggunakan pendekatan tematik walaupun tidak meninggalkan konteks historis dari pemikiran-pemikiran yang dipaparkan. Tema atau topik tertentu ditelaah dan dibahas tanpa memperhatikan urutan waktu dari munculnya pemikiran yang merefleksikan pemikiran tertentu tersebut.

Isi buku ini tidak lengkap, karena tidak menyajikan seluruh materi secara tuntas. Memang tidak mudah menulis buku tentang teori hukum yang sistematis dan paripurna. Sebagai pengantar, maka uraian tentang teori hukum harus memberi gambaran yang menyeluruh dan umum, sehingga sifatnya abstrak. Tetapi seringkali tidak dapat dihindarkan dalam menjelaskan dan memberi contoh, terpaksa memasuki bidang hukum positif yang lebih konkrit sifatnya.

Maksud buku ini adalah untuk mempertajam pengetahuan dasar dan pengertian dalam mensistematisasi ilmu pengetahuan hukum. Dalam buku ini tidak akan dijumpai uraian-uraian yang mendasar dan terperinci misalnya tentang cara mengadakan berbagai perjanjian atau cara mengajukan gugatan di pengadilan.

Prasyarat mempelajari teori hukum, khususnya kalangan pengemban hukum teoritis, adalah memiliki kemampuan merumuskan atau menuangkan fikiran secara sistematis yuridis dalam kalimat yang logis. Ia harus dapat merumuskan masalah hukum, memecahkan, dan kemudian memberi analisis secara memadai. Untuk mencapai semua itu diperlukan latihan dan untuk itu perlu banyak membaca. Dengan banyak membaca buku diharapkan pengemban hukum belajar dan terlatih berfikir sistematis yuridis, kritis, dan kreatif.

Sudah sejak memasuki pelajaran Pengantar Ilmu Hukum diingatkan bahwa mempelajari hukum dengan hanya menghafalkan pasal-pasal atau peraturan-peraturan hukum saja tidaklah cukup. Arti penting peraturan hukum terletak dalam hubungan yang sistematis dengan peraturan-peraturan lain, sehingga dengan demikian harus dipelajari pula sistem hukum. Pada titik inilah, pemahaman mengenai teori hukum akan memiliki relevansi untuk dipelajari dan dipahami secara lebih mendalam.

## BAB II

# PEMAHAMAN TEORI HUKUM

### A. Peristilahan

Memberi definisi tentang teori hukum yang singkat, sederhana, definitif, tetapi komprehensif bukan hal yang mudah (Sudikno Mertokusumo, 2014: 1). Definisi teori hukum yang dapat diterima umum tidak mudah diberikan. Lagipula, “teori hukum sebagai ilmu pengetahuan baru pada umumnya menunjukkan profil yang tidak jelas” (Sudikno Mertokusumo, 2014: 1).

Istilah yang digunakan untuk menyebut teori hukum dalam literatur bermacam-macam. Kata teori hukum adalah terjemahan “*legal theory*”, “*rechtstheorie*”, sebagaimana digunakan oleh Friedmann, Finch, dan Gijssles. Ada yang menyebutnya sebagai *jurisprudence* (Paton, 1951), bahkan ada yang menyebutnya sebagai *Legal Philosophy* (Kelsen, 1971) dan *theory of justice* versi John Rawls (1972). Dalam bacaan, kata-kata *legal theory*, *jurisprudence*, dan *legal philosophy* digunakan secara silih berganti dan bercampur-campur. Hal itu memungkinkan, seperti diuraikan dalam Bab I, ketiganya memang berkaitan satu sama lain walaupun dapat dibedakan (McLeod, 2005: 11).

Teori Hukum tidak sama dengan Ilmu Hukum, sebaliknya Ilmu Hukum bukanlah Teori Hukum. Dalam tradisi Anglo Saxon, *jurisprudence* acapkali dijumbuhkan

sebagai teori hukum (McLeod, 2005: 4). Perbedaan dapat digambarkan sebagai berikut: teori hukum adalah penjelasan teoritis mengenai aspek-aspek tertentu dalam sebuah lapangan hukum, sedangkan *jurisprudence* dimaksudkan sebagai menjelaskan semua aspek yang berhubungan dengan hukum.

Ilmu hukum, yang pada awalnya dikenal sebagai ajaran hukum (*rechtsleer*), sering disebut sebagai dogmatik hukum yang mempelajari hukum positif. Yang dimaksud dengan hukum positif meliputi yurisprudensi, hukum tertulis, dan hukum tidak tertulis. Dengan demikian, ilmu hukum adalah teori hukum positif atau teori praktik hukum. Pertanyaan-pertanyaan dalam ilmu hukum dijawab dengan hukum positif.

Ilmu hukum tergolong kepada kelompok ilmu praktikal (Bernard Arif Sidharta, 2007: 81). Dikatakan demikian karena ilmu hukum terarah untuk menawarkan suatu alternatif penyelesaian masalah secara konkrit dan dengan sifat otoritatif yang diembannya, ilmu hukum tergolong ke dalam ilmu praktis normologis atau disebut juga ilmu normatif karena berusaha menemukan hubungan 2 (dua) hal atau lebih untuk menetapkan apa yang seharusnya menjadi kewajiban subyek tertentu dalam situasi konkrit tertentu karena terjadinya suatu perbuatan atau peristiwa tertentu.

Oleh sebab itu, kegiatan dalam ilmu hukum adalah kegiatan menawarkan penyelesaian masalah hukum konkrit yang timbul atau mungkin timbul, dan harus dihadapi dalam masyarakat berdasarkan kerangka tatanan hukum yang ada. Artinya, pengembangan ilmu hukum memiliki fungsi praktis,

yaitu menyelesaikan masalah hukum tertentu berdasarkan hukum positif yang berlaku (Bernard Arif Sidharta, 2007: 81).

Sudarto (1983: 26) berpendapat bahwa perkembangan ilmu hukum dari pandangan yang abstrak dogmatis telah sampai kepada pandangan fungsional dengan sendirinya mempunyai pengaruh dalam politik hukum. Dan ilmu-ilmu sosial sangat penting bukan sekedar sebagai ilmu bantu melainkan politik hukum tanpa memperhitungkan perkembangan ilmu hukum akan sangat berbahaya atau sedikitnya sangat merugikan perkembangan masyarakat yang diharapkan berlangsung secara tertib dan teratur.

Pada sisi lain, teori hukum adalah teorinya ilmu hukum. Dengan lain perkataan, ilmu hukum adalah obyek teori hukum. Dengan kedudukan ini, teori hukum dikenal sebagai *metateori* ilmu hukum. Teori hukum berhubungan dengan hukum pada umumnya, bukan mengenai hukum di suatu tempat dan di suatu waktu seperti halnya ilmu hukum. Teori hukum digunakan untuk menyelesaikan masalah-masalah hukum positif tertentu seperti terjadinya kata sepakat dan pertanggung jawaban risiko dalam perjanjian, dan sebagainya. Itu semua berkaitan dengan masalah-masalah hukum positif, tetapi jawabannya tidak dicari atau ditemukan dalam hukum positif.

## **B. Teori Hukum sebagai Ilmu Pengetahuan**

Kata teori berasal dari kata *theoria* yang artinya pandangan atau wawasan. Kata teori mempunyai berbagai arti. Pada umumnya, teori diartikan sebagai pengetahuan

yang hanya ada dalam alam pikiran tanpa dihubungkan dengan kegiatan-kegiatan praktis untuk melakukan sesuatu (Sudikno Mertokusumo, 2014: 4). Teori sering dilawankan dengan praktik. Dalam perkembangan ilmu pengetahuan dewasa ini, teori menunjuk kepada suatu kompleks hipotesis untuk menjelaskan kompleks hipotesis seperti teori kasualitas, sehingga teori dapat pula dimaksudkan sebagai kegiatan kreatif.

Selain itu, kata Sudikno Mertokusumo (2014: 4), teori berarti pendapat yang dikemukakan sebagai keterangan mengenai peristiwa atau kejadian. Seorang penyidik mempunyai teori tentang motivasi seseorang dalam melakukan pembunuhan, teori tentang terjadinya gempa bumi, dan sebagainya.

Teori' berasal dari kata *theoria* dalam bahasa Latin yang berarti "perenungan", yang pada gilirannya berasal dari kata *thea* dalam bahasa Yunani yang berarti 'cara atau hasil pandang adalah suatu konstruksi di alam ide imajinatif manusia tentang realitas-realitas yang ia jumpai dalam pengalaman hidupnya. Adapun yang disebut pengalaman ini tidaklah hanya pengalaman-pengalaman yang diperoleh manusia dari alam kehidupannya yang indrawi, tetapi juga diperoleh dari alam kontemplatif-imajinatifnya, khususnya dalam ilmu pengetahuan yang berobjek manusia dalam kehidupan bermasyarakatnya. Apapun sumbernya, apakah pengalamannya yang indrawi atautkah pengalamannya yang kontemplatif imajinatif murni, teori adalah suatu himpunan konstruksi yang dibangun oleh konsep-konsep yang berada di alam ide imajinatif manusia.



Berada di alam imajinatif, teori adalah gambaran atau hasil penggambaran secara reflektif fenomena yang dijumpai dalam alam pengalaman indrawi manusia, dibangun dengan bahan-bahan rangkaian yang sebagaimana kita disebut konsep. Maka tepat apa yang dikatakan secara ringkas dalam kepustakaan berbahasa Inggris, bahwa *concepts is the building blocks of theories*.

Berbicara tentang “teori”, tak pelak lagi orang niscaya akan diperhadapkan dengan dua macam realitas. Di dalam bahasa falsafati yang pertama adalah realitas in abstracto yang berada di alam idea yang imajinatif, dan yang kedua adalah padanannya yang berupa realitas in concreto yang berada di alam pengalaman yang indrawi, sementara orang mengatakan bahwa realitas pertama disebut “realitas nomenon” (atau “nomena” apabila jamak), sedangkan yang tersebut kedua disebut “realitas fenomenon” (atau “fenomena” apabila jamak).

Berhakikat sebagai realitas yang berada di alam nomena yang imajinatif itu, teori hanya bisa dijembatani dengan padanannya yang berada di alam realitas fenomena, bersaranakan simbol-simbol yang dalam ilmu bahasa disebut ‘kata-kata’ atau rangkaiannya yang disebut “kalimat.” Dengan demikian, teori itu terdiri dari sehimpunan konsep berikut rangkaian-rangkaiannya yang disebut “hukum” (dalam artinya yang umum dan luas). Adapun yang disebut hukum dalam artian hukum kalimat-kalimat pernyataan tentang adanya keniscayaan dalam dua bentuk. Yang pertama ialah keniscayaan faktual yang berasal dari hasil amatan indrawi di alam fenomena (disebut *nomos* atau keteraturan empirikal

yang objektif); sedangkan yang kedua ialah keniscayaan moralitas yang berasal dari segugus ajaran yang diyakini kebenarannya sebagaimana yang bermaqom di alam nomena (disebut norma, atau pula aturan yang secara subjektif membedakan mana yang baik, yang karena itu wajib dijalani, dan mana pula yang buruk, yang karena itu wajib dijauhi).

Keniscayaan tersebut pertama, apabila telah teruji dan terverifikasi berdasarkan data ialah “informasi yang dihimpun secara terukur dari alam empirik berdasarkan metode sains” akan disebut hukum alam atau hukum kodrat, atau yang didalam bahasa Inggris disebut the *scientific laws of nature*. Hukum kodrat adalah suatu rangkaian kata yang secara afirmatif menyatakan adanya teori tentang ada-tidaknya hubungan kausal atau korelatif antara fenomenon yang telah dikonsepsikan. Misalnya tentang adanya hubungan antara ‘permintaan atas suatu komoditas’ dan “harga komoditas itu”; “kian tinggi jumlah ‘permintaan” akan kian tinggi pula “harga”; demikian sebaliknya, kian rendah jumlah “permintaan” akan kian rendah pula “harga yang ditawarkan.” Teori akan tervalidasi secara ilmiah manakala konstruksi rasionalnya seperti yang disebutkan di muka itu konform dengan data empirik yang bisa dan telah diperoleh lewat observasi, untuk selanjutnya diabstrakkan sebagai asas atau dalil yang akan menjelaskan sejumlah amatan yang serupa, di manapun dan kapanpun, yang terjadi di alam fenomena.

Berbeda dengan keniscayaan tersebut pertama, keniscayaan tersebut kedua tidaklah memerlukan verifikasi membenaran dari konsep-konsep yang diperoleh sebagai hasil

observasi. Alih-alih, kebenaran keniscayaan tersebut kedua ini berpangkal pada konsep-konsep abstrak yang disebut bahan-bahan ajaran, yang hadirnya sebagai realitas tidaklah dibenarkan atas otoritas data empirik melainkan, melainkan atas dasar asas-asas yang diyakini sebagai “yang telah benar dengan sendirinya (*self-evident*).”

Sedangkan menurut Soentandyo Wignjosoebroto *teori* berasal dari kata *theoria* dalam bahasa Latin yang berarti “perenungan”, yang pada gilirannya dari kata *thea* dalam bahasa Yunani yang berarti “cara atau hasil pandang”, adalah suatu konstruksi di dalam cita atau ide manusia, yang dibangun untuk menggambarkan secara reflektif fenomena yang dijumpai didalam pengalaman. Dari kata dasar *thea* ini pulalah datang kata modern “tater” yang berarti pertunjukan atau “tontonan”. Didefinisikan dari rumusan yang demikian, berbicara tentang “teori” tak pelak lagi orang akan menemukan dua macam realitas. Yang pertama adalah realitas *in abstracto* yang ada dalam ide yang imajinatif, dan yang kedua adalah padanannya yang berupa realitas *in concreto* yang berada dalam alam pengalaman yang indrawi.

Dalam kata teori hukum, makna teori sebagai suatu kesatuan pandang, pendapat, dan pengertian yang berhubungan dengan kenyataan yang dirumuskan sedemikian rupa sehingga memungkinkan menjabarkan hipotesis-hipotesis yang dikaji (Gijssles, dalam Sudikno Mertokusumo, 2014: 4).

Dalam dunia ilmu, teori menempati kedudukan yang penting. Teori memberikan sarana kepada kita untuk bisa merangkum serta memahami masalah yang kita bicarakan

secara lebih baik. Teori memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakan (Satjipto Rahardjo, 2000: 35).

Ibarat seekor gajah yang diteliti oleh orang-orang buta, hukum memberikan banyak pengertian bagi para pemerhatinya. Orang buta yang berada di depan gajah akan memberikan pengertian atau definisi bahwa gajah itu berbentuk panjang dan bulat. Hal ini dimengerti karena orang buta pertama meraba belalainya. Pemahaman seperti ini berbeda dengan orang buta kedua yang memberikan pengertian gajah dengan merabanya dari samping. Pengertian ini berlainan pula dengan orang buta ketiga yang meraba gajah dari belakang. Demikian halnya dengan teori dalam ilmu hukum yang seluas dengan pengertian hukum itu sendiri. Pengertiannya akan berbeda jika dilihat dari sudut yang berbeda.

Berdasarkan hasil tingkat analisis (*level of analysis*), Meuwissen membedakan disiplin hukum menjadi 3 (tiga) jenis, yaitu pada tataran ilmu-ilmu positif yang paling rendah tingkat abstraksinya disebut ilmu hukum, pada tataran yang lebih abstrak disebut teori hukum, dan pada tataran filsafat yang tingkat abstraksinya paling tinggi disebut filsafat hukum (D.H.M. Meuwissen, 1994: 25). Berdasarkan tujuan dan fungsi, disiplin hukum tersebut dipecah menjadi 2 (dua) yaitu ilmu hukum normatif (yang sering disebut ilmu hukum praktis atau ilmu hukum dogmatis) dan ilmu hukum empiris. Kategori ilmu hukum empiris meliputi sosiologi hukum, sejarah hukum, perbandingan hukum, antropologi hukum, dan psikologi hukum (Nyana Wangsa dan Kristian, 2015: 44).

Dalam perspektif pokok pengkajian ini yakni teori hukum, maka harus diakui bahwa sesungguhnya tidak ada satu konsep semata wayang tentang apa yang disebut hukum itu. Karena ditentukan oleh konsep apa yang digunakan dalam mem bahasanya. Diketahui bahwa apa yang disebut konsep itu sesungguhnya merupakan penentu suatu bangunan teori seperti yang dikatakan dalam kepustakaan Inggris di atas bahwa *"concepts is the building blocks of theories"*, haruslah disimpulkan di sini bahwa *"tiadanya kesamaan konsep akan berkonsekuensi pada akan tiadanya satu teori semata tentang apa yang disebut hukum itu"*. Hukum yang dikonsepsikan sebagai *"aturan-aturan undang-undang"* tentulah akan diteorikan lain dari hukum yang dikonsepsikan sebagai *"seluruh hasil proses yudisial yang berujung pada putusan hakim"*, dan akan lain pula apabila hukum dikonsepsikan dalam ujud realitas atau realisasinya yang tertampak sebagai *"keteraturan perilaku manusia dalam kehidupan bermasyarakatnya."*

Dalam hal *"ilmu hukum"* yang dipelajari pada pendidikan tinggi hukum di Indonesia, menunjuk kepada kegiatan ilmiah yang melakukan inventarisasi, intepretasi, sistematisasi, dan evaluasi terhadap teks hukum (sumber hukum formal) yang bermuatan aturan-aturan hukum yang terdiri atas (i) produk peraturan perundang-undangan; (ii) putusan-putusan hakim (yurisprudensi); (iii) hukum tidak tertulis, dan (iv) doktrin-doktrin ilmuwan hukum. Pada konteks ini, ilmu hukum adalah salah satu ilmu yang mengelola dan mempelajari kaidah hukum atau norma hukum yang berlaku dalam masyarakat (Bernard Arif

Sidharta, 1999: 15). Sedangkan obyek ilmu hukum menurut Satjipto Rahardjo (2000: 5) adalah hukum sebagai fenomena kehidupan manusia di manapun dan kapanpun. Hukum sebagai obyek di sini dilihat sebagai fenomena universal, bukan lokal atau regional. Dengan demikian wajar apabila yang menjadi tuntutan terhadap ilmu hukum adalah untuk menemukan dan menawarkan penyelesaian atas kasus hukum yang terjadi di masyarakat (Bernard Arif Sidharta, 1999: 15).

Teori Hukum merupakan hasil karya pemikiran para pakar hukum yang bersifat abstrak yang dicapai ilmu hukum itu sendiri sehingga sifatnya masih teoritis yang dapat menjawab permasalahan hukum yang sama, di masa yang akan datang, sedangkan filsafat hukum tingkat abstraksinya sudah begitu tinggi dan diciptakan oleh para filsuf, yang tidak dapat secara langsung digunakan secara teoritis untuk pemecahan permasalahan hukum., sehingga oleh karena begitu tinggi tingkat abstraksinya, maka filsafat hukum itu merupakan teori payung (*Grand Theory*).

Terdapat keragu-raguan dari para akademisi tentang tempat dari disiplin teori hukum dengan filsafat hukum, ilmu hukum, hukum normatif dan hukum positif. Ada yang menyamakan antara filsafat hukum dengan teori hukum (Munir Fuadi, 2010: 1). Menurut Imre Lakatos, teori adalah hasil pemikiran yang tidak akan musnah dan hilang begitu saja ketika teori lainnya pada dasarnya merupakan keanekaragaman dalam sebuah penelitian (Eddy O.S. Hiariej, 2010).

Menurut Roeslan Saleh teori hukum adalah cabang ilmu pengetahuan hukum yang mempelajari berbagai aspek teoritis

maupun praktis dari hukum positif tertentu secara tersendiri dan dalam keseluruhannya secara interdisipliner untuk memperoleh pengetahuan yang lebih baik, lebih jelas, dan lebih mendasar mengenai hukum positif yang bersangkutan.

Teori hukum adalah ilmu yang bersifat menerangkan atau menjelaskan tentang hukum. Dalam konteks ini, Friendman (1990: 1) menyebut teori hukum sebagai ilmu pengetahuan yang mempelajari esensi hukum yang berkaitan antara filsafat hukum di satu sisi dan teori politik di sisi lain. disiplin teori hukum tidak mendapatkan tempat sebagai ilmu yang mandiri, maka disiplin teori hukum harus mendapatkan tempat di dalam disiplin ilmu hukum secara mandiri.

Teori hukum merupakan disiplin mandiri yang perkembangannya dipengaruhi dan sangat terkait dengan ajaran hukum umum (Otje Salman S dan Anthon F. Sutanto, 2004: 54-55). Menurut Bruggink, teori hukum merupakan seluruh pernyataan yang saling berkaitan dengan system konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum dan sistem tersebut untuk sebagian yang penting dipoitifkan (Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, dan Markus Y. Hage, 2010: 7). Pengertian ini mempunyai makna ganda, yakni definisi teori sebagai produk dan proses. Ada lagi yang mengatakan bahwa teori hukum itu adalah teori tentang tertib manusia, karena ia memberi jawab tentang apa itu hukum secara berbeda yang steategik bagi tertib dirinya, yang mewarnai teori hukum (Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, dan Markus Y. Hage, 2010: 7).

Lili Rasjidi dan Ira Thania Rashidi (2004: 11) mencoba membedakan antara teori hukum dengan filsafat hukum.

Teori hukum adalah ilmu yang mempelajari pengetahuan-pengertian pokok dan sistem dari hukum. Pengetahuan-pengertian pokok seperti itu misalnya subjek hukum, perbuatan hukum, dan lain-lain yang memiliki pengertian yang bersifat umum dan teknis. Pengetahuan-pengertian pokok ini sangat penting supaya dapat memahami sistem hukum pada umumnya maupun pada sistem hukum positif.

Filsafat hukum berusaha untuk mendalami sifat khas hukum dalam pelbagai bentuknya, mencari hakikat dari hukum untuk memahami hukum sebagai manifestasi suatu prinsip yang ada didalamnya. Dengan perkataan lain filsafat hukum menanyakan tentang hakikat hukum berdasarkan atas refleksi yang tidak dapat diuji secara empiris, tetapi harus persyaratan rasional tertentu dan tersusun secara logis.

Filsafat hukum tidak bertujuan menguraikan, menafsirkan atau menjelaskan hukum positif, tetapi untuk memahami dan menyelami hukum dengan segala sifat sifatnya yang umum. Filsafat hukum mempermasalahkan hal hal yang tidak dapat dijawab oleh dogmatik hukum. Filsafat hukum mengharapkan yang lebih hakiki mengenai hukum.

Dengan demikian semua permasalahan hukum yang memerlukan pemecahan pada dasarnya dapat menjadi obyek filsafat hukum, misalnya apa hakikat hukum itu, apa yang menjadi tujuan hukum serta apa yang membuat hukum mempunyai kekuatan mengikat. Sedangkan perbedaan antara filsafat hukum dengan dogmatik hukum. Dogmatik hukum obyeknya adalah hukum positif, yaitu peraturan perundang undangan dan yurisprudensi. Dogmatik hukum adalah teorinya hukum positif, mempelajari hukum positif dan



yurisprudensi , dengan demikian sifatnya adalah praktis dan konkrit. Pertanyaan dogmatik hukum hanya dapat dijawab dengan menunjuk pada peraturan perundang undangan, sedangkan pertanyaan filsafat hukum hanya dijawab secara teoritis abstraksi, obyeknya adalah segala sesuatu yang berhubungan hukum dan gejala hukum.

Menurut M. Van Hoecke dalam B. Arief Sidharta (2011) mengurai bahwa ilmu hukum dalam arti luas terdiri atas filsafat hukum, dogmatika hukum dan teori hukum. Dalam penjelasannya dengan menggunakan meta teori bahwa filsafat hukum adalah teori dari teori hukum dan meta teori dari dogmatika hukum dan juga teori tentang hukum. Filsafat hukum sendiri tidak mempunyai meta teori karena sebagai filsafat ia merefleksi dirinya sendiri untuk mempertanggungjawabkan keberadaannya dan menjelaskan makna dan karakternya.

Dengan demikian bahwa obyek kajian ilmu hukum adalah tatanan hukum normatif yang berlaku positif maupun ilmu-ilmu hukum dalam tataran dogmatik hukum yang meliputi pula interpretasi, dan konstruksi serta teori-teori tentang argumentasi hukum; sedangkan kajian ilmu-ilmu hukum empirik, meliputi perbandingan hukum, sosiologi hukum, sejarah hukum, antropologi hukum dan psikologi hukum. Kajian teori hukum adalah juga tatanan hukum positif yang meliputi analisis tentang pengertian hukum, asas-asas dan kaidah-kaidah hukum, analisis konsep yuridis, hubungan antara hukum dan logika, teori argumentasi dan metode penemuan hukum yang meliputi metode interpretasi dan metode konstruksi. Sementara kajian filsafat hukum adalah

bagian dari dan dipengaruhi oleh filsafat umum dan teori ilmu hukum yang bersifat ekstra yuridis dan kritis yang inti persoalannya meliputi landasan daya ikat dari hukum serta landasan penilaian keadilannya.

Hubungan antara teori hukum dan filsafat hukum adalah suatu hubungan dari disiplin meta (filsafat hukum) dengan disiplin objek (teori hukum) dimana filsafat hukum memperhatikan secara esensial pemikiran yang bersifat spekulatif, sedangkan teori hukum berusaha kearah pendekatan gejala hukum secara positif keilmuan.

Selanjutnya Lili Rasjidi dan Ira Thania (2004: 36) menjelaskan bahwa teori hukum merefleksikan objek dan metode dari berbagai bentuk ilmu hukum Terdapat dua pandangan besar mengenai teori hukum yang bertolak belakang namun ada dalam satu realitas, seperti ungkapan gambaran sebuah mata uang yang memiliki dua belah bagian yang berbeda. *Pertama*, pandangan yang didukung oleh tiga argumen yaitu pandangna bahwa hukum sebagai suatu sistem yang pada prinsipnya dapat diprediksi dari pengetahuan yang akurat tentang kondis sistem itu sekarang, perilaku sistem ditentukan oleh bagian-bagian yang terkecil dari sistem itu dan teori hukum mampu menjelaskan persoalannya sebagaimana adanya tanpa berkaitan dengan orang (pengamat). Hal ini membawa kita kepada pandangan bahwa teori hukum itu deterministik, reduksionis, dan realistik.

*Kedua*, pandangan yang menyatakan bahwa hukum bukanlah sebagai suatu sistem yang teratur tetap merupakan sebagai sesuatu yang berkaitan dengan ketidakberaturan, tidak dapat diramalkan, dan bahwa hukum sangat dipengaruhi oleh

persepsi orang (pengamat) dalam memaknai hukum tersebut. Pandangan ini banyak dikemukakan oleh mereka yang beraliran sosiologis dan post-modernis, dimana mereka memandang bahwa pada setiap waktu mengalami perubahan, baik kecil maupun yang besar, evolutif maupun revolusioner (Otje Salman dan Anthon F. Susanto, 2004: 46-47).

Teori hukum tidak hanya menjelaskan apa itu hukum sampai kepada hal-hal yang konkret, tetapi juga pada persoalan yang mendasar dri hukum itu. Seperti yang dikatakan Radbruch, yang dikutip Satjipto Rahardjo (2000: 254), tugas teori hukum adalah membuat jelas nilai-nilai oleh postulat-postulat hukum sampai kepada penjelasan filosofis yang tertinggi. Teori hukum akan mempertanyakan hal-hal seperti: mengapa hukum berlaku, apa dasar kekuatan yang mengikatnya, apa yang menjadi tujuan hukum, bagaimana hukum dipahami, apa hubungannya dengan individu dengan masyarakat, apa yang seharusnya dilakukan oleh hukum, apakah keadilan itu, dan bagaimana hukum yang adil.

Kebenaran teoritik dan kebenaran hukum berkaitan dengan banyaknya teori-teori hukum dengan berbagai alirannya. Makna dari kebenaran teori dengan kebenaran hukum tidaklah sama. Kebenaran teori merupakan dari hasil ujian dalam sintesa-sintesa yang sudah dibuat dalam teori tersebut. Sedangkan teoretik atau teoretis yang sering kita sebut dengan teoritik/teoritis, adalah berdasarkan pada teori, mengenai atau menurut teori. Arti dari kebenaran menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah keadaan yang sesungguhnya. Kebenaran teoritik adalah kebenaran yang sesungguhnya atau sesuatu yang dianggap benar yang

dilihat dari sudut pandang pendapat para ahli, sedangkan kebenaran hukum adalah sesuatu yang dianggap benar oleh para teoritis tentang hukum berdasarkan aliran-aliran ilmu hukum yang mereka anut tentang hukum itu sendiri.

Menurut pandangan aliran positivisme hukum, konsep hukum yang hendak diketengahkan adalah hukum sebagai perintah manusia yang dibuat oleh badan yang berwenang. Ada dua bentuk positivisme hukum, yakni *Pertama* positivisme yuridis, yang berarti hukum dipandang sebagai suatu gejala tersendiri yang perlu diolah secara ilmiah. Tujuannya adalah pembentukan struktur rasional sistem yuridis yang berlaku. Dalam positivisme yuridis, berlaku *closed logical system*, yang berarti bahwa peraturan direduksikan dari undang-undang yang berlaku tanpa perlu meminta bimbingan dari norma sosial, politik dan moral, dengan tokoh von Jhering dan Austin. *Kedua*, positivisme sosiologis, hukum ditanggapi terbuka bagi kehidupan masyarakat, yang harus diselidiki melalui metode-metode alamiah (Otte Salman dan Anthon F. Susanto, 2004: 80-81).

Setiap teori sebagai produk ilmu tujuannya adalah untuk memecahkan masalah dan membentuk system. Demikian pula dengan teori hukum tujuannya untuk menyelesaikan masalah hukum. Menurut Sudikno Mertokusumo bahwa dalam teori hukum dalam memecahkan masalah ditingkatkan paling bawah ditanyakan tentang "apa itu?", "Apa yang terjadi?", yang mengharapkan jawabannya bersifat deskriptif, menguarai atau melukiskan peristiwa semata. Di bidang hukum, di tingkat berikutnya kemudian ada pertanyaan "bagaimana seyogyanya"?. Pertanyaan ini

bersifat perspektif yang memerlukan tentang berlakunya atau keberlakuan dan keabsahan peraturan hukum. Pada tingkatan yang lebih tinggi ditanyakan tentang “bagaimana”? dan “mengapa”? yang bersifat problematik aplikatif dan memerlukan penjelasan. Dengan kerangka teori pemecahan masalah yang demikian maka sebuah permasalahan hukum akan mudah dikonstruksikan dalam pengertian, konsep dan sejumlah proposisi lalu kemudian sintesakan secara teoritik.

Dengan demikian dapat juga dijelaskan bahwa pertanyaan-pertanyaan dan obyek teori hukum lebih luas dan teoritik sifatnya dari pada ilmu hukum yang hanya mencari jawaban permasalahan dalam hukum positif. Teori hukum tidak puas dengan jawaban yang ada dalam hukum positif, karenanya harus mengungkap berbagai konsep dan proposisi baru. Oleh karena itu, teori hukum adalah teorinya ilmu hukum. Dengan perkataan lain bahwa ilmu hukum adalah obyek teori hukum. Oleh sebab itu sebagai teorinya teori ilmu hukum, maka teori hukum disebut dengan meta teorinya. Satjipto Raharjo (1986) menyatakan bahwa teori hukum boleh disebut sebagai kelanjutan dari usaha mempelajari hukum positif, setidak-tidaknya dalam urutan yang demikian itulah kita mengkonstruksikan kehadiran teori hukum secara jelas.

Bruggink dalam bukunya *“Refleksi Tentang Hukum”* membedakan teori hukum dalam 2 (dua) aliran, yakni teori hukum empiris dan teori hukum kontemplatif. Teori hukum empiris bertujuan untuk bekerja dari perspektif eksternal, artinya dari titik berdiri pengamat yang mengobservasi sehingga diharapkan menghasilkan perodik penelitian yang murni dan obyektif. Aliran ini mengacu pada teori kebenaran

korespondensi. Teori hukum kontemplatif bertolak dari titik berdasar internal terbatas. Artinya titik berdiri partisipan yang obyektivitasnya intersubyektivitas. Aliran ini mengacu pada teori kebenaran pragmatik.

Berdasarkan uraian di atas, dapat disarikan bahwa teori hukum merupakan suatu pandangan sistematis mengenai pernyataan hukum (*legal statment*), yang dibentuk dari hubungan antara variabel hukum yang dapat menjelaskan hakikat dan gejala hukum yang ada serta dapat diverifikasi dengan tujuan untuk memberikan justifikasi dan mengestimasi suatu peristiwa hukum tertentu.

Sampai abad ke-19, teori hukum dipandang sebagai bagian dari Filsafat Hukum. Hal ini disebabkan karena pengaburan pandangan bahwa kedua disiplin ini mencari pengertian yang bersifat fundamental dalam hukum. Hanya saja apabila filsafat hukum mengkaji pengertian-pengertian asasi hukum yang universal, maka teori hukum mengkaji pengertian-pengertian asasi dalam suatu hukum positif.

Pada sisi lain, terdapat kerancuan jangkauan antara teori hukum dengan filsafat hukum, yang merupakan ilmu pengetahuan yang menguraikan, mensistemkan, serta dalam batas-batas tertentu menjelaskan pula suatu hukum positif tertentu. Oleh sebab itu, kadang-kadang kedua disiplin itu tidak dapat dibedakan karena memiliki obyek kajian yang sama, yaitu hukum positif tertentu. Hanya saja berbeda dengan dogmatik hukum, maka yang dikaji oleh teori hukum adalah pengertian-pengertian asas pada hukum positif yang bersangkutan guna memperoleh pengetahuan yang lebih mendasar lagi tentang hukum positif tersebut (Muchtar Yara,

1998: 3). Jika sejak awal metode pokok dogmatik hukum adalah pendekatan yuridis dengan bantuan ilmu pengetahuan lain, maka metode pokok teori hukum adalah multidisipliner.

Memasuki abad ke-20, teori hukum diterima sebagai ilmu pengetahuan yang mandiri dengan 3 (tiga) ciri sebagai berikut. *Pertama*, sudut pandang teori hukum dalam menyoroti hukum positif adalah sudut pandang para ahli hukum, baik yang bergerak di bidang pembentukan hukum maupun dalam praktik hukum. *Kedua*, teori hukum bertujuan memperoleh pengetahuan mendasar tentang hukum yang berlaku, untuk kepentingan hukum positif itu sendiri. *Ketiga*, teori hukum menggunakan metode pendekatan interdisipliner dengan menggunakan faktor-faktor nonyuridis yang terdapat di dalam masyarakat.

Dibandingkan dengan teori hukum, maka ilmu hukum dapat dikatakan tingkatannya “lebih rendah.” Hal ini karena ilmu hukum menanyakan tentang keberlakuan atau keabsahan saja, sedangkan teori hukum menanyakan “mengapa” dan “bagaimana” yang sifatnya lebih mendalam karena memerlukan penjelasan. Walaupun pada ilmu hukum terdapat pertanyaan “bagaimana” atau “mengapa” maka jawabannya terdapat dalam hukum positif. Perbedaan selanjutnya adalah teori hukum “*is painted on larger canvas*” (McLeod, 2005: 2) yang berarti bahwa pertanyaan-pertanyaan dan obyek disiplin ini lebih luas dan teoritis sifatnya dibandingkan dengan ilmu hukum.

Sebagai ilustrasi ikhwal perbedaan ilmu hukum dan teori hukum dapat digambarkan sebagai berikut. Apabila ada pertanyaan, “Apakah pencurian itu?” Pertanyaan ini dijawab

oleh dan di dalam hukum positif sebagaimana diatur dalam Pasal 362 KUHP yaitu “mengambil barang orang lain dengan jalan melawan hukum.” Sementara itu, dari sudut pandang teori hukum, rumusan pertanyaan menjadi, “Apakah yang membuat larangan mencuri merupakan masalah hukum, sementara banyak bentuk-bentuk ketidakjujuran atau perbuatan yang bersifat melawan hukum lainnya ada di bidang moral?” Jawabannya tidak akan diperoleh dalam rumusan hukum positif.

Contoh yang lain dalam bidang hukum perdata. Kalau ada pertanyaan, “Apakah yang dimaksud dengan hak milik?” Maka jawabannya merujuk kepada Pasal 570 BW yang mengatakan, “hak milik adalah hak untuk menikmati kegunaan sesuatu benda dengan leluasa dan untuk berbuat bebas terhadap benda itu dengan kedaulatan sepenuhnya.” Dikaitkan dengan hukum agraria, maka sesuai ketentuan Pasal 20 UU No. 5/1960, hak milik adalah hak turun temurun, terkuat, dan terpenyuh yang dapat dimiliki orang atas tanah dan dapat beralih dan dialihkan kepada pihak lain.” Sementara, teori hukum akan mempertanyakan, “Apakah hak itu”, yang jawabannya lebih luas dan tidak dijumpai dalam hukum positif.

Roeslan Saleh (1996: 22) mengemukakan mengenai 2 (dua) disiplin ilmu yang termasuk ke dalam ilmu pengetahuan hukum murni, yaitu teori hukum dan dogmatik hukum. Dogmatik Hukum atau ajaran hukum dalam arti sempit merupakan ilmu pengetahuan yang memperhatikan hukum positif dengan menguraikannya, mensistemkan serta dalam batas-batas tertentu menjelaskannya. Suatu ilmu



tentang kenyataan hukum. Dogmatik hukum bukan merupakan suatu ilmu pengetahuan yang netral atau bebas nilai. Dogmatik hukum dapat dirumuskan sebagai cabang dari ilmu pengetahuan hukum yang mengemukakan dan atau menuliskan serta mengsystematisasikan hukum positif yang berlaku dalam suatu kehidupan masyarakat tertentu dan pada saat tertentu, dilihat dari sudut pandangan normatif.

Teori Hukum dilihat dari hubungannya dengan dogmatik hukum adalah sebagai suatu teori meta dari dogmatik hukum. Suatu teori meta adalah suatu disiplin yang objek studinya adalah ilmu pengetahuan lain. Jika dogmatik hukum mengkaji aturan-aturan hukum dengan bertolak dari sudut teknis, maka teori hukum terutama adalah suatu refleksi terhadap teknik hukum itu. Dogmatik hukum memperhatikan perumusan yang dikemukakannya mengenai hukum positif yang berlaku, dan mensystematisasikannya, sedangkan teori hukum memperhatikan suatu refleksi terhadap perumusan dan systematisasi ini.

Secara singkat dan sederhana dapat dikatakan bahwa ilmu hukum adalah ilmu praktis hukum, sementara teori hukum adalah disiplin hukum dalam tataran yang abstrak, sedangkan pada tingkatan yang abstraksinya paling tinggi yakni tataran abstraksi kefilsafatan, disiplin kajiannya dinamakan filsafat hukum.

Tujuan mempelajari teori hukum adalah pengendapan atau pendalaman metodologis pada dasar dan latar belakang dalam mempelajari huku dalam arti yang luas, agar memperoleh pengetahuan yang lebih baik dan uraian yang lebih jelas tentang bahan-bahan yuridis (Gijssels, dalam

Sudikno Mertokusumo, 2014: 9). Jabaran lebih lanjut dari pembelajaran teori hukum adalah pengendapan secara metodologis dalam mempelajari hukum.

Tujuan tersebut berlainan dibandingkan dengan mempelajari ilmu hukum yang mencakup kegiatan hukum, praktik hukum, peradilan, dan pembentukan undang-undang. Hasil akhir dari mempelajari ilmu hukum adalah memiliki keterampilan untuk memecahkan masalah-masalah hukum yang meliputi kemampuan untuk membuktikan peristiwa konkrit, merumuskan masalah hukum, dan mengambil keputusan.

Teori hukum merupakan bagian penting dari ilmu hukum karena melalui teori-teori dapat mencerminkan perkembangan hukum dalam masyarakat. Pendapat atau pandangan tentang sesuatu hal sebagai pembahasan dengan cara tertentu dapat diartikan sebagai teori, sehingga teori acapkali disebut pula sebagai seni berhubung kegiatannya mirip berupa pengumpulan sejumlah pertimbangan dan menemukan sesuatu untuk sampai kepada pendapat yang diyakini (Bambang Poernomo, 1993: 22).

Teori hukum dapat disamakan dengan seni di bidang hukum. Dengan demikian, teori hukum dapat dirumuskan sebagai seni memikirkan tentang hukum sampai jauh ke latar belakang dari nilai-nilai dan postulat hukum untuk menjabarkan/mengembangkan pengertian dan konsepsi dasar mengenai hukum berhubungan dengan masalah-masalah hukum (Bambang Poernomo, 1993: 23-24). Pada umumnya, teori hukum dilawankan dengan praktik hukum karena ada anggapan bahwa teori hukum sama

dengan ilmu hukum dan berperan menguraikan dalam suatu pendapat mengenai norma-norma hukum yang berlaku sebagai usaha kelanjutan mempelajari hukum positif (Bambang Poernomo, 1993: 24).

Secara sederhana dapat dikatakan bahwa ilmu hukum, yang semula dikenal dengan ajaran hukum (*rechtsleer*) atau sering disebut *dogmatic hukum*, mempelajari hukum positif (*ius constitutum*). Jadi ilmu hukum dapat dikatakan sebagai teorinya hukum positif dan bukan teori hukum. Pertanyaan-pertanyaan ilmu hukum dapat dijawab dengan hukum positif karena bersifat normatif dan mengandung nilai praktisi konkrit. Sementara teori hukum adalah disiplin hukum dalam tataran yang abstrak, sedangkan pada tingkatan yang abstraksinya paling tinggi yakni tataran abstraksi kefilosofatan, disiplin kajiannya dinamakan filsafat hukum.

### **C. Perkembangan Teori Hukum**

Teori hukum fokus kepada kajian-kajian mengenai lembaga-lembaga hukum yang bersifat memaksa dalam masyarakat. Berbagai karya berbicara mengenai rupa-rupa tradisi hukum dan melakukan klasifikasi terhadapnya. Namun dalam saat yang bersamaan teori hukum juga mempertanyakan secara terus menerus hasil dan dampak hukum bagi perkembangan masyarakat itu sendiri. Dalam mengkaji hal terakhir, teori hukum nampaknya *“more than a sophisticated synthesis of relevant insights from these friendly neighbors because of its pointed attention to the classic jurisprudential questions regarding the nature of law, notably the*

*relationship between law's normativity and its coerciveness and the implications of its institutional and structural characteristics"* (Hanoch Dagan & Roy Kreitner, 2011: 672).

Pengembangan teori hukum sempat tersendat-sendat ketika berhadapan dengan gelombang perdebatan gerakan studi hukum kritis memasuki tahun-tahun 1970-an dan 1980-an. Walaupun banyak publikasi dan aktivitas sistematis untuk memajukan teori hukum, namun orientasi utama ilmu pengetahuan ini masih saja diperdebatkan. Penyebab utama situasi ini adalah penyingkiran teori hukum secara besar-besaran oleh gerakan studi hukum kritis (Mark Thusnet, 2005: 107). Pandangan-pandangan yang muncul bukan saja bersifat kekiri-kirian, akan tetapi membentuk konfigurasi pemikiran tersendiri (Peter Gabel, 2008: 528). Bahkan Sarat, seorang intelektual terkemuka studi hukum dan masyarakat, menyebutkan bahwa penyingkiran teori hukum berarti kematian terbesar pemikiran-pemikiran hukum yang bersifat mendasar (Austin Sarat, 2005). Sarat dengan pongah mengatakan, "*you can generalize beyond the legal academy. It's the death of meta-theory. It's the exhaustion of meta-theory. There are no more Foucaults and Derridas, who everybody's reading, everybody's thinking about.*"

Duncan Kennedy meratapi penyingkiran teori hukum dari perdebatan maupun kesadaran hukum secara massif memasuki dasawarsa tahun 1950-an hingga 1990-an. Tuduhan terbesar dituduhkan kepada pemikiran-pemikiran "kiri" yang digerakkan oleh 3 (tiga) kelompok pemikiran utama. *Pertama*, Gerakan Studi Hukum Kritis (*Critical Legal Studies*, CLS), yang disokong oleh intelektual muda didikan Harvard dan Yale

pada dekade 1960-an. Gerakan ini disokong oleh Duncan Kennedy, David Trubek, Mark Tushnet, Mark Kelman, Karl Klare, Morton Horowitz, Peter Gabel, dan Roberto Unger. Kedua, *Critical Race Theory* (CRT) dan ketiga, *feminist legal theory*, yang kedua-duanya muncul pada tahun 1980-an, untuk mengimbangi kemunculan bias gender dan ras dalam perdebatan arus utama pemikiran hukum, termasuk yang diungkapkan oleh CLS. Para intelektual penyokong CRT antara lain Richard Delgado, Jean Stefancic, Derrick Bell, Angela Harris, Cheryl Harris, Patricia Williams, serta Kimberle Williams Krenshaw. Sementara pengusung *feminist legal theory* adalah Janet Halley, Catharine MacKinnon, Katharine Bartlett, Mari Matsuda, dan Martha Fineman.

Gerakan-gerakan pemikiran tersebut menentang prinsip netralitas hukum dan cara pengajaran pendidikan hukum. Kata-kata kunci dalam pemikiran mereka adalah hak asasi, kesetaraan, dan kekuatan pengadilan sebagai agen perubahan sosial. Duncan Kennedy ketika itu bahkan menolak jika gerakan pemikiran itu untuk mengancam kekuasaan Presiden Richard Nixon (berkuasa sejak 1969 hingga 1973), tetapi menyerang mereka yang memiliki pemikiran dan kebudayaan akademisi liberal, yang kebanyakan berada di sisi kekuasaan (Duncan Kennedy, 1991: 327). Orang bisa saja mempersoalkan keberhasilan gerakan-gerakan tersebut, akan tetapi apa yang diserang telah menusuk jantung liberalisme itu sendiri.

Namun pada masa-masa belakangan, cara-cara kritis tersebut nampak sudah mulai kehilangan tenaga (Peter Goodrich, 1990: 392-390). Joanne Conaghan (2007: 455) menggambarkan kondisi gerakan pemikiran kiri itu dengan

kata-kata, *“It is popular nowadays to view the left as a hangover from a bygone era, a politics that collapsed along with the Berlin wall and that, like Humpty Dumpty, can never be put together again.”*

Dengan kata-kata yang pedas, Goodrich mencap kalangan pemikir kiri itu sebagai *“the fashionable pedagogy of an institutional elite or high clergy, concerned not so much with a culture of the Left as with the preservation and reproduction of its own institutional place and status.”*

Pemikiran neoliberalisme, bukan liberal, yang nampak semakin kokoh menjadi arus utama. Kekuatan pemikiran kiri nampaknya terlalu lelah untuk menentang dominasi baru ini. Di bawah paradigma neoliberalisme, kekuatan pasar menjadi indek keberhasilan negara dan kesejahteraan individu. Walaupun secara umum disepakati pembentukan negara harus berdasarkan prinsip perwakilan dan negara harus campur tangan dalam aktivitas perekonomian, paradigma baru ini justru berusaha meminimalisasi gerakan negara untuk mencapai kondisi tersebut. Dalam hubungan ini, demokrasi dalam bentuk kehendak rakyat tak serta merta berurusan dengan ekonomi, dan semakin sulit digerakkan untuk menyokong kesejahteraan sosial. Margareth Thatcher, perdana menteri Inggris 1979-1990 yang menjadi pelopor utama gerakan neoliberal, dengan sarkastis memandang sinis campur tangan negara dalam bidang sosial ekonomi (David Harvey, 2007: 610). Prinsip-prinsip pemujaan kekuatan pasar itu kemudian dirumuskan sebagai *“Washington Consensus.”*

Rezim baru ini memprioritaskan kepada deregulasi, perlindungan kepemilikan individu, dan membongkar doktrin negara kesejahteraan, untuk selanjutnya mengurangi

peran pemerintah dan memberikan tempat lebih luas kepada kalangan swasta. Sebenarnya, rezim baru tersebut merupakan hasil kesepakatan Kongres, Gedung Putih, dan para teknokrat di lembaga-lembaga keuangan internasional yang disokong oleh lembaga-lembaga pemikir yang berafiliasi.

Seiring dengan perkembangan jaman yang kian modern dan disertai oleh lintas batas berlakunya hukum-hukumnya, posisi dan peran negara menjadi terdegradasi pula. Mau tidak mau, suka tidak suka, alam globalisasi menawarkan tekanan pasar bebas yang kian merangsek ke seluruh dimensi kehidupan manusia, politik, ekonomi, budaya, dan tak terkecuali di dunia hukum kita. Arah perubahan dan kekuatan yang bekerja di balik perubahan tersebut, tidak lagi melulu ditentukan oleh berhasil atau tidaknya representasi politik demokrasi elektoral, atau juga bahkan berkembangnya kemampuan masyarakat sipil melibatkan diri dari proses-proses partisipasi politik dan pemenuhan kebebasan-kebebasan dasar. Di sinilah sesungguhnya bahwa pengambil kebijakan hari ini, termasuk pula mereka yang duduk sebagai hakim, kaum pendidik hukum, dan pemerhati lainnya, haruslah mulai menyadari betapa dunia hukum yang sedang Indonesia hadapi ini memperlihatkan berlapis-lapis kekuatan lain yang menjadi arus dominan bekerjanya pembaruan hukum di dunia, terutama di negara-negara selatan atau dunia ketiga.

Seperti yang sudah tepat dikritik selama ini, neoliberalisme adalah sebuah ajaran filosofis yang menekankan pada individualisme ekstrim. Menurut paham ini, percuma kita memperjuangkan kebebasan jika itu tidak

berujung pada kebebasan individu. Individu adalah awal dan akhir. Dalam bidang kebijakan ekonomi, neoliberalisme menekankan pada aspek kebebasan bergerak modal dan barang ke seantero pelosok dunia. Pokok-pokok kebijakan tersebut meliputi deregulasi, liberalisasi perdagangan dan investasi, serta privatisasi, serta hubungan kerja yang fleksibel. Menurut kebijakan ini, negara yang baik adalah yang tidak turut campur dalam aktivitas mekanisme pasar, kecuali dalam rangka memfasilitasi bekerjanya mekanisme pasar tersebut.

Secara historis, neoliberalisme muncul sebagai kritik terhadap kebijakan ekonomi Keynesian, sosial-demokrasi, dan juga sosialisme-komunisme, yang marak pasca Perang Dunia II. Seluruh kebijakan sebelumnya ini, dengan derajat yang berbeda-beda, berusaha mengontrol pergerakan kapital, mengakomodasi kepentingan kelas pekerja, dan membolehkan negara terlibat dalam mekanisme pasar.

Dengan wataknya seperti itu, maka solusi yang ditawarkan oleh para kritikus neoliberalisme, mengambil bentuk: tolak privatisasi, tolak liberalisme, dan mengembalikan peran negara sebagai agen redistribusi kemakmuran. Dengan kritik seperti ini, secara paradigmatis solusi yang dikemukakan dekat-dekat dengan solusi neokeynesianisme, negara-kesejahteraan, atau kapitalisme-negara ala Korea Selatan atau bahkan Tiongkok.

Secara politik, solusi terhadap neoliberalisme tampak dalam program pendalaman demokrasi dan promosi keterlibatan kelompok berbasis identitas dan lingkungan yang luas dalam percaturan politik. Melalui ini, mereka tidak



terlalu tertarik dengan pengambilalihan kekuasaan negara, dan pada adanya satu kelompok yang memiliki privilese dalam memperjuangkan kepentingan mayoritas.

Sebagai akibatnya, ibarat virus, liberalisasi bergerak secara perlahan-lahan dalam tingkat yang tadinya kecil untuk kemudian bertransmutasi ke tingkat yang lebih besar, mulai dari sisi ekonomi, sosial, hukum, politik hingga menysasar entitas budaya sejalan dengan pemikiran Talcot Parson dengan teori *cybernetikanya*. Pakar hukum Satjipto Rahardjo lantas mengatakan bahwa perubahan ini bahkan melebar kepada proses berpikir manusia dengan menyeret pula ilmu hukum. Fenomena yang kemudian dikatakan sebagai *law of full disorder* oleh Charles Stamford yang terbingkai dalam potret kompleksitas, kekalutan, ketidakteraturan, ketidakbecusan, dan sederet anomali lainnya.

Pada tataran praktis, muncul gelagat keterpihakan hukum terhadap proses liberalisasi yang ditunjukkan dengan semakin luasnya daya jangkau dan operasionalisasi liberalisasi, dengan mulai merambah sektor-sektor sensitif yang menjadi tulang punggung ekonomi Indonesia, seperti perbankan dan pariwisata. Dalam era liberalisasi, hukum seolah-olah diabdikan pada paradigma ekonomi liberal dengan menjadi instrumen pasar menuju akumulasi modal dan laba. Pemikiran ini seakan menyegarkan kembali ingatan kita dengan perkataan Karl Marx bahwa ciri-ciri kapitalisme ditandai oleh adanya peraturan yang menyebabkan penimbunan dan konsentrasi modal dengan hasil akhirnya adalah peningkatan kemelaratan. Sebagai contoh dapat ditunjuk di sini menyangkut (i) lisensi paten yang bertutur

akan ketimpangan posisi tawar, manual prosedur, dan pertanggungjawaban proses alih teknologi antara negara maju dan berkembang, (ii) eksistensi bank asing yang justru menguasai peta persaingan perbankan dan menyebabkan babak-belurnya kondisi bank-bank lokal potensial nasional, serta (iii) keberadaan pariwisata sebagai industri terbesar di dunia dan menjadi keunggulan komparatif kita yang tak luput pula dari jamahan liberalisasi.

Karena telah menjadi arus dominan, pembangunan sistem hukum modern tidak dapat dilepaskan dari kemunculan industrialisasi kapitalistik yang oleh sebabnya sistem hukum modern memerlukan tatanan normatif yang dapat mendukung kerangka hukum rasional. Inilah yang kemudian menjadi tekanan Bank Dunia dan IMF, termasuk pula desakan sejumlah negara donor, dalam *legal framework for development* (kerangka hukum untuk pembangunan), yang memperkuat, dan mempertegas disain pembaruan hukum Indonesia ke arah paradigma hukum neo-liberal.

Di Indonesia, model hukum neoliberal diperkenalkan pertengahan 1980-an, lewat sejumlah peraturan meliberalisasikan sektor keuangan, perbankan, perdagangan, pasar modal, dan investasi. Deregulasi, liberalisasi, privatisasi ekonomi adalah pilihan kebijakan yang dijalankan penguasa Orde Baru. Melalui sarana hukum publik, pemerintah mengupayakan perlindungan hak atas kekayaan, termasuk hak kekayaan intelektual, dan pemberantasan pungutan liar – kecuali KKN yang di bawah otoritarianisme Orde Baru bisa hidup berdampingan dengan ekonomi neoliberal (Abdul Hakim Garuda Nusantara, 2013).

Sisi yang paling parah, terutama di negara berkembang seperti Indonesia, serentetan problematika hukum yang acapkali meletupkan polemik, kemelut, dan kerisauan di masyarakat muncul seperti tidak berkesudahan. Seperti apakah interaksi intensif hukum dengan politik? Mengapa kepentingan politik selalu mengintervensi hukum? Bagaimana pengaruhnya terhadap peraturan hukum yang dihasilkan? Mengapa penegakan hukum yang tidak memihak ibarat angan-angan kosong belaka (*wishful thinking*)? Benarkah belenggu kekuasaan berdampak sistemik pada proses penegakan hukum itu? Seperti apa kontribusi konkret hukum dalam pembangunan ekonomi? Mengapa hukum dikatakan telah menjelma sebagai ilmu perumus yang justru menjerumuskan ekonomi Indonesia? Benarkah kontrol kolonial gaya baru telah menancapkan kukunya dalam bentuk liberalisasi? Pada titik itulah, perkembangan teori hukum memperoleh tantangan yang cukup berat, terutama bagi kalangan intelektual dan praktisi.

## BAB III

# TOPOLOGI WACANA HUKUM

### A. Pendekatan Hukum dan Kebijakan

Pendekatan populer hukum dan kebijakan tercermin dari ajaran Oliver Wendell Homes yang menghendaki bahwa sebuah penalaran hukum harus mampu menciptakan tujuan-tujuan sosial hukum, dan dengan demikian *“make and develop the law should have those ends articulately in their minds”* (J.M. Balkin, 1996: 965). Pendapat Holmes ini menggambarkan secara tepat pandangan realis Amerika yang pragmatis. Pendekatan pragmatis tidak percaya pada bekerjanya hukum menurut ketentuan-ketentuan hukum di atas kertas. Hukum bekerja mengikuti peristiwa-peristiwa konkret yang muncul. Oleh karena itu, dalil-dalil hukum yang universal harus diganti dengan logika yang fleksibel dan eksperimental sifatnya. Hukum pun tidak mungkin bekerja menurut disiplinnya sendiri. Perlu ada pendekatan interdisipliner dengan memanfaatkan ilmu-ilmu seperti ekonomi, sosiologi, kriminologi, dan psikologi. Dengan penyelidikan terhadap faktor sosial berdasarkan pendekatan tersebut dapat disinkronkan antara apa yang dikehendaki hukum dan fakta-fakta (realita) kehidupan sosial. Semua itu diarahkan agar hukum dapat bekerja secara lebih efektif (Darji Darmodiharjo dan Sidharta, 1995: 136). Oleh sebab itu, Holmes meyakini bahwa *“the black-letter man may be the man of the present, but the*

*man of the future is the man of statistics and the master of economics*" (J.M. Balkin, 1996: 966).

Sumber hukum utama aliran ini adalah putusan hakim, sebagaimana diungkapkan oleh John Chipman Gray: "*All the law is judge made law*", semua yang dimaksudkan dengan hukum adalah putusan hakim. Hakim lebih sebagai penemu hukum dari pada pembuat hukum yang mengandalkan peraturan perundang-undangan. Pokok-pokok pendekatan kaum realis antar lain : hukum adalah alat untuk mencapai tujuan-tujuan sosial dan hendaknya konsepsi-konsepsi hukum itu menyinggung hukum yang berubah-ubah dan hukum yang diciptakan oleh pengadilan. Neil Duxbury (1997: 155) mengatakan bahwa dasar dari paham realisme adalah staf hukum yang terlatih untuk menggunakan hukum yang membentuk kebijakan.

Keinginan untuk melakukan pendekatan multidisipliner hukum tersebut dipicu oleh fakta saintifikasi hukum modern yang nyata-nyata sangat dipengaruhi oleh kemunculan paradigma positivisme di dalam ilmu pengetahuan modern. Karakter utama hukum modern adalah sifatnya yang rasional. Rasionalitas ini ditandai oleh sifat peraturan hukum yang prosedural. Prosedur, dengan demikian menjadi dasar legalitas yang penting untuk menegakan apa yang disebut keadilan, bahkan prosedur menjadi lebih penting daripada bicara tentang keadilan (*justice*) itu sendiri. Kaum *legal realist* menekankan arti pentingnya *experience* sebagai masukan dalam upaya mengembangkan penalaran hukum, agar dengan demikian pemikiran-pemikiran yuridis bisa lebih realistik. Dalam penanganan dan penyelesaian perkara, amat

diharapkan agar orang tidak hanya berhenti pada putusan tentang akibat hukumnya akan tetapi juga berpikir tentang akibat sosialnya.

Santos menuliskan bahwa munculnya paradigma positivisme di dalam epistemologi ilmu pengetahuan modern terjadi pada abad kedelapan belas. Selanjutnya, dikatakannya, periode akhir abad kesembilan belas ditandai dengan adanya saintifikasi hukum modern. Oleh karena kuatnya pengaruh paradigma positivisme, maka saintifikasi hukum modern ini juga mulai membebaskan diri dari tatanan-tatanan kuno, terutama pengaruh-pengaruh teologi, sehingga hukum menjadi sangat mengedepankan pemikiran yang rasional. Pengaruh positivisme dalam ilmu hukum (*jurisprudence*) kemudian melahirkan *school of jurisprudence* yang disebut: *formalism* atau *conceptualism*.

Hukum modern tidak lagi muncul dari pengaruh Ketuhanan. Pada sistem hukum modern ini, keadilan (*justice*) sudah dianggap diberikan dengan membuat hukum positif (undang-undang). Dengan kata lain, keadilan yang akan ditegakkan ditentukan melalui hukum positif (undang-undang). Dalam konteks sosial-kemasyarakatan, hubungan-hubungan dan tindakan pemerintah kepada warga negaranya didasarkan pada peraturan dan prosedur yang bersifat impersonal dan impartial. Dari sinilah kemudian muncul konsepsi *the rule of law*. Soetandyo Wignyosoebroto (1994) menyatakan bahwa positivisasi norma-norma hukum adalah suatu proses politik, yang amat menentukan bagi perkembangan hukum sebagai suatu *applied art*. Ajaran hukum ini dengan jabaran-jabaran yang dikembangkan

sebagai doktrin (seperti netralitas dan objektivitas hukum) sudah demikian standar sejak awal abad ke-19. Ajaran ini pun kemudian diintroduksikan ke negara-negara jajahan Eropa termasuk Indonesia. Dalam hal ini Soetandyo Wignyosoebroto (1994) menyebutkan di negeri jajahan Hindia Belanda, doktrin-doktrin positivisme yang dikembangkan dari liberal *legal justice* ini telah dicoba dikembangkan lewat proses-proses replikasi.

Selanjutnya, ajaran-ajaran hukum yang dikembangkan dari paradigma positivisme menjadi begitu dominan dalam praktek maupun dalam pendidikan hukum. Doktrin-doktrin hukum yang diilhami oleh paradigma positivisme, seperti hukum bersifat netral, imparsial, impersonal, dan objektif dengan jabaran-jabarannya dalam prinsip *equality before the law* misalnya, menjadi ajaran yang tidak dapat dibantah keabsahannya dan menjadi bagian integral dalam materi pendidikan hukum. Pengajaran hukum dalam konteks ini cenderung berkehendak membangun pelaku-pelaku hukum yang di dalam praktek nanti tidak akan sekali-kali melibatkan keyakinan pribadi, nilai-nilai sosial budaya, atau pertimbangan subjektif lain, manakala yang bersangkutan akan menangani perkara. Penanganan kasus harus didasarkan pada fakta yang sesungguhnya merupakan fenomena yang direduksi sebagai realitas dan kemudian hadir melalui data sensoris. Jadi, dalam konteks ini fakta merupakan hasil dari verifikasi empirik, yang harus dihadirkan tanpa pelibatan perangkat nilai-nilai tertentu. Pengembangan ajaran hukum dalam payung paradigma positivisme ini diharapkan nantinya akan menghasilkan pelaku-pelaku hukum yang

dapat memelihara netralitas, imparialitas, dan objektivitas, sehingga diasumsikan hukum akan bersifat adil.

Dalam konteks ini maka tugas pendidikan hukum tidak ubahnya sekadar memelihara kemurnian ajaran-ajaran hukum tersebut, dan menghasilkan praktisi-praktisi hukum yang mampu menerapkan peraturan-peraturan yang dilandasi doktrin-doktrin netralitas, imparialitas, dan objektivitas hukum. Pendidikan hukum, dengan demikian lebih cenderung akan menghasilkan praktisi profesional, bukan pemikir hukum. Praktisi hukum yang dihasilkan adalah pelaku-pelaku hukum yang diharapkan mampu membuat keputusan pihak mana yang salah dan mana yang benar berdasarkan ketentuan hukum. Sistem pendidikan hukum semacam ini tampaknya tidak memberi ruang yang cukup bagi pengembangan intelektualitas hukum yang bisa jadi akan memberikan penilaian kritis, mempertanyakan, bahkan menentang ajaran-ajaran hukum liberal *legal justice* yang telanjur diterima sebagai kebenaran yang tak terbantahkan.

Pendekatan hukum dan kebijakan memiliki semangat yang sama terhadap pemahaman bahwa peristiwa hukum bukan hanya perilaku yang taat atau melanggar hukum, melainkan juga merupakan perilaku manusia yang secara nurani dikuasai oleh 2 (dua) kekuatan yaitu "*pleasure*" dan "*pain*." Perilaku manusia selalu berusaha mencapai atau memenuhi kesenangannya dan mencegah atau menghindari penderitaan. Intinya, setiap perilaku manusia, termasuk perilaku taat hukum dan melanggar hukum akan selalu mempertimbangkan kalkulasi untuk meraup keuntungan sebesar-besarnya dengan beban kerugian sekecil-kecilnya.



Dengan demikian, kekuatan hukum sejatinya terletak pada apakah ketentuan undang-undang ditaati atau tidak ditaati oleh manusia, kemudian apakah kegunannya dirasakan secara nyata baik oleh korban, masyarakat, pelaku, atau negara.

Pendekatan hukum dan kebijakan mengkonfirmasi tujuan hukum yang tidak hanya kemanfaatan, akan tetapi kepastian dan keadilan. Hukum memiliki banyak aspek dari kehidupan manusia seperti aspek ekonomi, sosial, budaya, dan politik. Dalam tataran praktis, pemahaman ini diterapkan dalam sistem pendidikan tinggi di Amerika Serikat. Setiap mahasiswa diberi kebebasan untuk memperoleh pengetahuan dari berbagai bidang ilmu, seperti memperoleh gelar *BA (Bachelor of Ar)*, setingkat sarjana di Indonesia, dalam ilmu ekonomi, kemudian memperoleh gelar LL.M atau magister hukum atau sebaliknya, dan sepanjang pengetahuan tersebut masih termasuk dalam rumpun ilmu humaniora. Keterhubungan itu bukan sesuatu yang mustahil bahkan telah menjadi kenyataan dalam kehidupan ilmu pengetahuan sejak abad ke-18 dan berkembang sejak abad ke-19 hingga sekarang.

Sekarang akan kita paparkan contoh-contoh arti penting pendekatan hukum dan kebijakan dalam menyelesaikan persoalan-persoalan muncul. Anda ingat kasus peredaran vaksin palsu? Berita peredaran vaksin palsu ikut mengguncang Indonesia yang sedang dalam kondisi darurat ini. Lebih mengerikan lagi, vaksin palsu telah beredar sejak 2003. Peredaran vaksin palsu hanyalah salah satu dari sekian banyak kejahatan yang tersembunyi di bidang kesehatan. Kejahatan lain sudah lama terjadi, tetapi berlangsung terus. Boleh jadi karena hukuman yang dijatuhkan kepada para

penjahat di bidang kesehatan tidak berarti. Di pihak lain, korban mungkin tidak menyadari apa yang dialami merupakan akibat kejahatan itu. Berbeda dengan kejahatan yang dilakukan oleh teroris atau ekstremis, yang dengan jelas langsung membunuh korbannya, tidak demikian kejahatan di bidang kesehatan. Perlahan tetapi pasti, korban berjatuh akibat kejahatan di bidang kesehatan. Korban memang tidak harus langsung mati seperti tertimpa bom teroris atau tercemar racun sianida. Akan tetapi, korban menderita karena penyakit yang muncul sekian lama kemudian. Mereka seperti pembunuh berdarah dingin. Selain itu, obat palsu juga terus beredar di depan mata aparat penegak hukum. Di Jakarta, semua orang tahu di mana tempat penjualan obat palsu atau obat ilegal. Lebih celaka, tidak sedikit apotek juga menjual obat ilegal. Orang yang tidak berkompeten bahkan memberikan pengobatan menggunakan bahan obat keras.

Terus berulangnya kejahatan di bidang kesehatan, bahkan dengan modus baru menggunakan vaksin palsu, semestinya tidak ditoleransi lagi. Hukuman terberat harus dijatuhkan. Di sini perumusan hukum atau penegakan hukum di bidang kesehatan tidak hanya berurusan dengan pemahaman logika-logika hukum belaka, akan tetapi juga menyangkut pengertian yang memadai mengenai manajemen kesehatan. Demikian juga, pengelolaan pasar bahan-bahan kesehatan, yang membutuhkan dukungan disiplin ekonomi untuk bisa memberikan sumbangan penting perumusan hukum yang berkaitan dengan hal tersebut.

Contoh yang kedua adalah masalah otonomi desa. Komisi Pemberantasan Korupsi menduga potensi korupsi

dalam pengelolaan dana desa sangat besar (Kompas, 13/5/2016). Meskipun argumen yang dibangun cacat tautologis, tetapi gagasan untuk menjernihkan aparat pemerintah perlu didukung melalui telisik pola korupsi (di) desa. Sangkaan korupsi kepada aparat desa mudah merembet kepada aparat kecamatan, kabupaten, provinsi, hingga pusat. Modusnya pungutan liar dan korupsi kolektif. Yang lebih rumit diatasi berupa sinyalemen lubang korupsi yang tercipta melalui pasal-pasal peraturan dari pusat hingga kabupaten.

Pemerintah pusat dan kabupaten meresponsnya dengan menambah rinci aturan pelaporan anggaran. Tujuannya kian mempersempit celah kapitalisasi kedudukan, dan mendeteksi secepat mungkin tindakan koruptif melalui butir-butir laporan. Di lapangan, strategi pertama ini melahirkan kelemahan, manakala aturan yang rinci dan seragam berlawanan dari keragaman kebutuhan belanja pemerintah desa atau munculnya kejadian luar biasa (KLB). Dalam setahun terakhir, adanya penghasilan tetap aparat desa menggerakkan kehadiran kerja mereka rutin tiap hari, tetapi pembangunan kantor desa baru tergolong pelanggaran anggaran. Anggaran KLB bencana atau penyakit menular lazim dicadangkan rendah, sehingga tidak pernah cukup kala musibah benar-benar terjadi dalam skala besar.

Strategi kedua menekankan transparansi dan akuntabilitas keuangan. Di Kabupaten Serang, Banten, perencanaan anggaran tiap desa disusun dalam musyawarah desa, ditetapkan dalam peraturan desa, kemudian diumumkan secara lisan dan tertulis. Di akhir tahun, pemerintah desa mempresentasikan laporan keuangan dalam

musyawarah desa kembali. Setelah melalui perdebatan, keputusan akhir penerimaan laporan keuangan dituangkan pula dalam peraturan desa. Pada awal tahun anggaran berikutnya, inspektorat kabupaten mengecek laporan desa sekaligus memberikan bimbingan teknis perbaikan untuk laporan tahun berikutnya.

Masalah otonomi desa ini membutuhkan pemahaman kebijakan yang komprehensif. Otonomi mestinya dipahami sebagai kebebasan yang harus dilakukan untuk mencapai tujuan-tujuan kolektif. Adanya penyimpangan dalam pelaksanaan otonomi desa tidak cukup hanya dengan mengeluarkan pedoman-pedoman detail tetapi harus diikuti strategi teknokratis untuk mencapai tujuan otonomi itu sendiri.

Contoh yang ketiga adalah mengenai Rancangan Undang-Undang Pengampunan Pajak (Tax Amenity). Program pengampunan pajak bukan barang baru di dunia, pula di Indonesia. Sejak Rosetta Stone di Mesir (200 SM) di era Ptolomeus V, setidaknya sudah lebih dari 40 negara menerapkannya, termasuk Turki, Rusia, Thailand, India, Kolombia, Mongolia, dan Brasil pada kurun 2014-2016. Indonesia sendiri pernah menerapkan di era Presiden Soekarno lewat Penetapan Presiden Nomor 5 Tahun 1964 dan Presiden Soeharto melalui Mengiringi dua program pengampunan ini, pemerintah mengimplementasikan sunset policy pada tahun 2008 dan terakhir tahun 2015 dicanangkan sebagai Tahun Pembinaan Wajib Pajak- keduanya kerap disebut sebagai "pengampunan terbatas".

Bertolak dari fakta bahwa kepatuhan wajib pajak masih rendah dan otoritas belum sepenuhnya bekerja optimal, pengampunan pajak berpotensi ditimbang sebagai jalan keluar. Setidaknya ada tiga hal yang patut dicermati. Pertama, kondisi perekonomian yang belum membaik dan sedang berupaya pulih membutuhkan berbagai stimulus dan insentif. Kebijakan pemungutan pajak yang ramah tentu mendorong pemulihan yang lebih cepat. Kedua, stagnasi penerimaan pajak lima tahun terakhir dan ambisi pemerintah melakukan pembangunan infrastruktur memicu penetapan target pajak terlalu optimistik-melampaui kemampuan alamiah-sehingga dalam jangka pendek kontradiktif dengan kondisi ekonomi. Intensifikasi akhirnya menjadi pilihan dan konsekuensinya terjadi pemungutan pajak yang agresif. Ketiga, kenyataan bahwa banyak dana milik WNI yang diparkir di luar negeri merupakan potensi penerimaan pajak dan darah segar bagi perekonomian. Tantangan berikutnya adalah bagaimana di tengah segala keterbatasan-baik kapasitas, regulasi, maupun waktu-kita mampu meracik kebijakan dan strategi yang efektif dan paling mungkin dilakukan. Secara teoretik dan ideal, kita seharusnya melakukan penegakan hukum yang keras dan tegas terhadap para pengemplang pajak. Berdamai dengan mereka melalui pemberian pengampunan dapat dipandang sebagai bentuk kekalahan negara. Namun, kita harus mengukur diri.

*Pertama*, bahkan terhadap gonjang-ganjing *Offshore Leaks* dan *Panama Papers* saja kita tak berkutik dan tak mampu melakukan tindakan yang memadai. Bahkan belum ada tanda-tanda tindak lanjut terhadap "Jokowi Papers" yang

konon lebih akurat dan dahsyat. *Kedua*, kita mengabaikan relasi "*power-property*", bahwa struktur oligarkis melanggengkan pertalian kuasa dan modal yang menyulitkan penegakan hukum. Ingatan kita lantas kembali pada lunglainya penyidikan pajak terhadap beberapa kelompok usaha besar beberapa waktu lalu. *Ketiga*, kita berimajinasi seolah data atas dana ribuan triliun di luar negeri sudah kita kantong dan tinggal dilakukan penegakan hukum dengan hasil fantastik! Bukanlah justru lambannya penegakan hukum atas data ini menunjukkan kita tak memiliki cukup peluru dan nyali? *Keempat*, jika memilih penegakan hukum ketimbang pengampunan, kita dihadapkan pada ketentuan daluwarsa penetapan pajak, yaitu lima tahun. Di samping itu, fakta cakupan audit hanya 2 persen dari total wajib pajak menunjukkan keterbatasan kapasitas Ditjen Pajak melakukan pemeriksaan. Hal ini diperparah dengan potensi sengketa pajak yang bisa memakan waktu bertahun-tahun. *Kelima*, kita terjebak simplifikasi bahwa dana triliunan itu statis dan serba terang. Padahal, saat bersamaan, di belahan lain siasat supercanggih untuk menghemat pajak dan melindungi aset sedang dirancang guna mengelabui era keterbukaan informasi yang akan tiba.

Menyertai pengampunan pajak, komitmen pemerintah dan DPR dalam merevisi UU Perpajakan yang berkeadilan dan berkepastian hukum, memperluas akses ke data perbankan, membentuk Badan Penerimaan Perpajakan, meningkatkan koordinasi penegakan hukum, dan pengembangan administrasi yang mumpuni, harus diikat sebagai prasyarat. Memperlakukan pengampunan pajak

sebagai obat yang serba mujarab atau program yang secara intrinsik jahat sama-sama menyesatkan.

## **B. Pendekatan Sosio Historis terhadap Hukum**

Pendekatan sosiohistoris merupakan wacana untuk memperpendek kesenjangan antara masalah hukum teoritis dengan masalah praktis. Untuk generasi abad ke-21 barangkali wacana itu sudah terbangun, akan tetapi dalam pertumbuhan ilmu pengetahuan pada masa awal, menjalin realitas kedua hal tersebut merupakan pilihan yang sulit. Hukum memiliki karakter sendiri menyangkut bahasa, metode, pengembangan, maupun tujuannya. Hal-hal itu dibahasakan secara akademik dan berkembang dalam tradisi hukum Eropa Kontinental. Tak berlebihan, bahwa tradisi ini acapkali dituduh sebagai "*a law of the professors.*" Seperti dikatakan oleh Paul Scholten yang juga mantan hakim dan pengacara, yang mengatakan bahwa ilmu hukum mencari pengertian tentang hal yang ada (*het bestaande*). Namun pengertian itu tidak mungkin dicapai tanpa menghubungkan hukum dengan bahan-bahan historikal maupun kemasyarakatan. Kemurnian hukum dipertahankan oleh para sarjana hukum, padahal di dalam bahan hukum terkandung bahan-bahan yang tidak murni, sehingga bila itu dipaksakan maka hanya akan menghasilkan *bloodless phantom* (Scholten, 2005: 13) atau kerangka tanpa daging (Hoebel dalam Ihromi 2001: 194). Menurut Scholten, hukum tidak hanya terdiri dari undang-undang dan peraturan, tetapi juga vonis-vonis hakim, perilaku hukum orang-orang yang tunduk pada hukum,

perjanjian-perjanjian, surat wasiat, termasuk perbuatan melawan hukum yang dilakukan warga masyarakat (Scholten 2005: 14).

Hal ini sejalan dengan yang dikatakan Cotterrell ketika menjelaskan kelemahan dari positivisme hukum. Memperlakukan data hukum sebagai peraturan hukum semata, tidak menunjukkan representasi fenomena hukum yang dinamik. Hal itu juga tidak menunjukkan realitas regulasi sebagai hasil perubahan yang terus-menerus, dari interaksi yang kompleks antara individu dan kelompok dalam masyarakat. Positivisme hukum mengidentifikasi data hukum sejauh mungkin melihat ada apa di belakang proses legislasi ketika hukum itu dirumuskan, dan tanpa mempertimbangkan sikap dan nilai di kalangan para pembuat hukum.

Dalam pendekatan hukum dan kebijakan seperti diuraikan di atas, pandangan-pandangan yang tersaji menutup mata terhadap pemisahan antara teori dengan praksis hukum. Pandangan-pandangan tersebut justru mencoba membangun kesatuan pengertian mengenai hukum diantara dua kalangan tersebut dan ini disebut oleh Edward Rubin sebagai "*unity of discourse*" (Edward Rubin, 1988: 1859). Dalam pandangan sosiohistoris, penyatuan semacam itu tidak dilakukan, akan tetapi sebaliknya, justru mempertajam perbedaan antara pengembangan hukum teoritis dengan pengembangan hukum praktis. Mereka menghindari tuntutan akademis dalam pengkajian hukum dan cenderung menganalisis masalah-masalah mendasar dalam isu hukum atau masalah-masalah sosial dengan menggunakan pendekatan hukum.



Kata demi kata, kalimat demi kalimat dalam teks peraturan perundangan dicermati dan dianalisis dengan berbagai pertanyaan kritis. Apakah hukum benar-benar dibuat sebagai formalisasi dari kehendak bersama dan kepentingan masyarakat? Ataukah hukum dirumuskan sebagai sarana untuk mendefinisikan kekuasaan? Kekuasaan siapa? Dengan cara bagaimana kekuasaan dipraktikkan melalui rumusan hukum?

Pendekatan sosiohistoris menitikberatkan kajian terhadap hukum dan kemampuannya untuk menciptakan ketertundukan dan identitas. Pendekatan ini mempercayai bahwa hukum akan membentuk nilai-nilai dan identitas tertentu. Hukum akan melembaga ke dalam sebuah atau beberapa kelompok masyarakat tertentu dan tugas pengemban hukum adalah memahami kelompok-kelompok itu dalam konteks yang lebih luas. Pada intinya, pendekatan ini hendak menawarkan adanya kebutuhan kebutuhan penjelasan akademik hukum dalam konteks kemasyarakatan.

Hukum bukanlah benda terberi. Menurut hemat saya, bahkan peraturan perundang-undangan dan berbagai kebijakan sekalipun, adalah produk dari tawar menawar politik, dan akan sukar untuk dipercaya bahwa hukum bisa diisolasi dari kepentingan politik dan relasi kuasa. Sepanjang hukum dapat ditemukan, tidak dirasa perlu untuk memahami apa yang dianggap sebagai keadilan dan ketidakadilan, kebijaksanaan, efisiensi, moral dan signifikansi politik dari hukum (Cotterrell 1986: 10-11). Belum lagi bila bicara tentang perspektif kebudayaan yang banyak digeluti oleh para antropolog hukum. Hukum sangatlah terkait dengan

kebudayaan, bahkan mengartikan hukum sebatas hukum undang-undang adalah tidak realistis, karena hukum adalah dokumen antropologis yang hidup.

Pendekatan sosiohistoris muncul di tengah-tengah sejarah yang panjang tentang kelahiran dan perkembangan ilmu-ilmu klasik tentang hukum dalam ruang yang tidak steril dari pengaruh masyarakat, seperti *sociological jurisprudence*, sosiologi hukum, antropologi hukum, dan hukum feminis. Studi ini tampil dengan menyediakan berbagai kemungkinan yang luas bagi peneliti hukum. Pendekatan hukum doktriner dan pendekatan hukum empirik dengan berbagai metode 'baru'-nya berada dalam ranah ini.

Menurut pendapat saya, pendekatan sosiohistoris yang berkembang di Amerika ini dekat dengan studi sosiolegal. Mereka melakukan analisis kritis terhadap teks (dokumen) hukum, sambil menunjukkan pengalaman bekerjanya hukum dalam konstelasi yang rumit bersentuhan dengan relasi kekuasaan dalam masyarakat. Mereka melakukan studi doktrinal, dan sekaligus juga studi empiris. Dalam hal melakukan studi empiris itu, mereka bebas lepas meminjam metode ilmu sosial yang luas yang ada dalam ilmu sosiologi dan antropologi modern, sejarah, ilmu politik, studi perempuan, yang metode penelitiannya juga terus berkembang meninggalkan metode penelitiannya yang klasik.

### C. Pendekatan Hukum sebagai Kreasi

Berbeda dengan pendekatan sosiohistoris maupun hukum dan kebijakan, bentuk lain dari wacana hukum adalah hukum sebagai kreasi (*craft*). Penganjur pendekatan ini mempercayai kekuatan teori Aristotelian dan meyakini hukum sebagai hal-hal yang dirumuskan oleh kalangan profesional hukum. Kalangan profesional ini merumuskan norma-norma yang disebut oleh Karl Llewellyn (1960: 466) sebagai “*ways of doing*”, “*working knowhow*”, “*operating technique*”, dan “*craft-conscience*.”

Di Amerika, peran pengacara dianggap sebagai simbol kelembagaan hukum yang penting. Hanya saja keberadaannya bukan tanpa masalah. Pengacara tidak dapat menjamin bahwa keadilan dapat diperoleh dalam kasus yang mereka tangani, tetapi mereka dapat menjamin terwujudnya persamaan akses terhadap keadilan bagi setiap klien karena keahlian dan jaringan yang mereka miliki. Dengan demikian, banyak dari orang-orang yang membutuhkan nasehat atau pendampingan hukum baik dalam kasus pidana maupun perdata tidak dapat mengakses jasa layanan gratis (*prodeo*) seorang pengacara.

Kajian pendekatan ini bersifat *inward looking*, yang berkonsentrasi kepada struktur dan kelembagaan hukum *common law* sebagai lambang kesalehan dan landasan legitimasinya. Legalitas etis menjadi panduan bagi hakim untuk selalu “*open, truly open, to listen, to get informed, to be persuaded, to respond to good reason*” (Karl Llewellyn, 1960: 46-47). Llewellyn (1960: 48) begitu yakin akan “*majestic power*” yang akan menuntun para hakim dalam memberikan

pengabdian secara total. Mereka menggiring hukum ke dalam sebuah arena yang mengandung konflik dengan terus menerus melibat para partisipan dan mempertontonkan realitas empiris. Para hakim adalah orang-orang yang luar biasa dengan kemampuan "*synoptic vision*" yang menjadi penanda penting peradaban liberal. Baru-baru ini, Owen Fiss (2003: 11-12, 14, 54-55) memberikan daftar peringkat penting dalam pendekatan kreasi ini yaitu independensi pengadilan, konsep yuridis nondiskresional, keharusan mendengar semua pihak, pelembagaan penulisan pendapat hukum, dan prinsip netralitas hakim. Pada akhirnya, pendekatan hukum sebagai kreasi, yang diwakili oleh kalangan profesional hukum, akan mendorong "*experts in that necessary but difficult task of forming judgment without single-phase expertness*" (Llewellyn, 1960: 482).

Titik tekan kreasi hukum yang diarahkan kepada pengadilan tidak hanya monopoli sistem *common law*, tetapi juga di negara dengan tradisi hukum sipil. Sebelum tahun 70-an sebagian besar definisi akses terhadap keadilan merujuk kepada model akses terhadap pengadilan-pengadilan negara yang diperoleh melalui bantuan hukum. Sampai saat ini, sebagian besar penelitian dalam isu akses terhadap keadilan juga masih membahas mengenai topik tersebut. Hal ini sekarang sudah berubah. Dengan meningkatnya ragam mekanisme pemulihan di negara-negara modern maka konsep akses terhadap keadilan telah diperluas secara progresif dengan memasukkan bentuk-bentuk "keadilan" yang lain.

Namun, siapapun tidak boleh meremehkan arti penting negara dalam setiap bentuk penyelesaian sengketa atau pertahanan hak. Sebagian besar literatur menunjukka bahwa

kita akan menemukan berbagai bentuk hibrida daripada melakukan pendikotomian aktor negara dan non-negara yang berada secara paralel. Misalnya, pengadilan negara dapat mengakui yurisdiksi pengadilan adat secara efektif, meskipun jika hal ini bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan doktrin hukum. Kondisi yang lebih umum ditemukan adalah aparat pemerintah memiliki peranan yang penting dalam menangani keluhan dari warga negaranya. Misalnya: kepala desa, camat dan bupati, polisi atau aparat dari instansi pemerintah tertentu, mungkin terlibat dalam berbagai bentuk mediasi atau dalam menerima dan memproses keberatan.

Penting untuk diperhatikan bahwa langkah formal untuk mendapatkan keadilan melalui pengadilan tidak selalu diikuti, dan dengan demikian mereka akan menggunakan berbagai bentuk penyelesaian dan (hukum) hibrida. Pada dasarnya, hal ini menjadi alasan yang cukup untuk menggunakan definisi akses terhadap keadilan yang luas, setidaknya jika peneliti memang berniat untuk menangkap keseluruhan mekanisme penanganan keluhan warga negara.

#### **D. Pendekatan Hukum dan Ekonomi**

Pendekatan ilmu ekonomi terhadap hukum (yang selanjutnya akan disebut sebagai Hukum dan Ekonomi) merupakan aliran ilmu hukum yang memanfaatkan analisis ekonomi dalam menjawab tiga pertanyaan besar mengenai: (i) definisi hukum; (ii) asal-muasal hukum dan cara hukum memperoleh keberlakuannya; dan (iii) kriteria hukum yang

baik (Mercurio dan Medema, 2006,. 5). Pendekatan Hukum dan Ekonomi disusun berdasarkan asumsi dasar bahwa manusia adalah makhluk yang rasional dan senantiasa berusaha memaksimalkan manfaat (atau utilitas) yang dapat mereka terima dengan mempertimbangkan kelangkaan sumber daya yang mereka miliki (Posner, 2011: 3).

Hukum mengatur hubungan hukum. Hubungan hukum itu terdiri dari ikatan-ikatan antara individu dengan masyarakat dan antara individu itu sendiri. Ikatan-ikatan itu tercermin pada hak dan kewajiban. Dalam mengatur hubungan-hubungan hukum itu caranya beraneka ragam. Kadang-kadang hanya dirumuskan kewajiban-kewajiban seperti dalam hukum pidana, atau sebaliknya, sering juga merumuskan peristiwa-peristiwa tertentu yang merupakan syarat timbulnya hubungan-hubungan hukum (Sudikno Mertokusumo, 2004: 40).

Dalam perkembangan dewasa ini, berbagai hubungan hukum di atas telah mengalami banyak perkembangan. Diantara perkembangan itu adalah hubungan hukum didasarkan tidak hanya kepada kepatuhan atau ketidakpatuhan terhadap perundang-undangan saja, akan tetapi juga secara sadar mempertimbangkan kalkulasi ekonomi untuk memperoleh keuntungan dengan beban kerugian sekecil-kecilnya. Fletcer (1996: 155) menguatkan perkembangan itu dengan mengatakan "*tradisional ideas of justice and morality now face a radical challenges from economist and economically trained lawyer.*"

Dalam ranah teori hukum, perkembangan hukum di atas kemudian memunculkan pendekatan baru berupa

analisis ekonomi terhadap hukum. Jalan ke arah pendekatan baru ini telah dirintis oleh Ronald Coase (1960), Guido Calabresi (1961), dan Gary S. Becker (1968). Akan tetapi Richard Posner ditunjuk sebagai perintis utama karena menjadi orang pertama yang menemukan justifikasi etis dan filosofis mengenai analisis ekonomi terhadap hukum. Posner menggunakan ekonomi sebagai analisis hukum, tidak sekedar perintis sebelumnya yang berbicara hubungan hukum dan ekonomi. Pandangan Posner dirumuskan sebagai *economic analysis of law* atau EAL.

Pendekatan hukum dan ekonomi dipandang sebagai terobosan yang mengubah pandangan tradisional ahli hukum terhadap hukum. Pandangan baru tentang hukum terkait pola perilaku manusia yang hanya dilihat sebagai “benar dan salah terhadap regulasi”, kemudian diubah menjadi “risiko dan manfaat”, dan semua berpijak kepada efisiensi perilaku manusia. Dengan demikian, setiap manusia diasumsikan akan memperhitungkan unsur keuntungan dan kerugian dalam setiap tindakannya. Perhitungan keuntungan dan kerugian itu tidak berarti setiap manusia secara sadar melakukan perhitungan yang rumit dan mendalam untuk setiap tindakannya, melainkan dapat pula diperhitungkan dalam bawah sadarnya (Becker, 1990: 7). Selain itu, tidak pula berarti setiap manusia diharuskan memiliki informasi yang lengkap sebelum mengambil keputusan (Posner, 2011: 4). Fokus pendekatan Hukum dan Ekonomi bukan pada tingkat kesadaran manusia, melainkan konsekuensi yang akan muncul dari sifat dasar manusia di atas dan cara hal itu akan mempengaruhi hukum (Posner, 2011: 3).

Pendekatan baru ini dirasakan penting sebab setiap negara sebagaimana halnya Indonesia memiliki kebijakan perekonomian nasional. Kebijakan ini menjadi tulang punggung kesejahteraan rakyat dan tidak akan kukuh jika tidak ditopang oleh hukum. Namun sebagaimana dilihat oleh Romli Atmasasmita dan Kodrat Wibowo (2016: 7) kelemahan di Indonesia adalah hanya melihat peristiwa masa kini (*at present*) dengan pendekatan masa lalu (*ex-ante*) dan tidak melihat masa depan. Ekonomi justru melihat masa depan dari suatu kebijakan hukum (*to the future*). Kelemahan hukum dalam cara memandang suatu peristiwa dapat dilengkapi/diisi oleh ekonomi sehingga pembangunan hukum yang cocok adalah pembangunan hukum berbasis analisis ekonomi mikro. Diuraikan lebih lanjut bahwa pembangunan hukum tidak memiliki parameter yang terukur dan pasti tentang keberhasilannya mencapai cita-cita kesejahteraan rakyat. Dengan pertimbangan ini, analisis ekonomi dapat membantu ilmu hukum menemukan jawaban pasti dan terukur mengenai keberhasilan bekerjanya hukum dalam masyarakat untuk kemudian membangun politik hukum di masa yang akan datang.

Dalam pendekatan Hukum dan Ekonomi, ketaatan setiap warga negara terhadap hukum yang berlaku tidak dianggap terjadi secara otomatis. Terdapat perbedaan yang besar antara mengetahui suatu hukum dan menaati hukum itu. Kenyataannya, terdapat sumber daya publik dan privat yang digunakan untuk mencegah pelanggaran terhadap hukum serta menjatuhkan sanksi kepada para pelanggar hukum (Becker, 1968: 169).



Dengan demikian, insentif menjadi sangat penting, karena insentif ini lah yang dapat mempengaruhi perilaku manusia yang rasional. Dalam konteks Hukum dan Ekonomi, insentif tersebut dibentuk dan didayagunakan melalui hukum (Butler dan Drahozal, 2006: 3).

Secara garis besar, terdapat dua macam pendekatan Hukum dan Ekonomi. Pendekatan pertama bersifat normatif dan pembahasannya difokuskan pada kriteria hukum yang baik. Dalam hal ini, ketentuan hukum yang baik harus memenuhi dua kriteria utama, yaitu: (i) efisien, dan (ii) memberikan manfaat/utilitas yang sebesar-besarnya kepada masyarakat (*wealth maximizing*) (Miceli, 1997: 3-4). Adapun pendekatan kedua bersifat positif, dimana pembahasannya difokuskan pada analisis atas dampak dari suatu hukum terhadap perilaku aktual manusia (Katz, 1998: 3). Dalam hal ini, pengguna Pendekatan Hukum dan Ekonomi akan menggunakan ilmu ekonomi untuk memperkirakan bagaimana ketentuan suatu hukum akan mempengaruhi insentif manusia, serta mengukur efektifitas dan efisiensi dari suatu hukum. Hal ini dapat dilakukan baik secara teoretis maupun melalui riset empiris.

Dalam prakteknya, Pendekatan Hukum dan Ekonomi normatif dan positif saling berkesinambungan dan memiliki fungsi yang sangat luas, mulai dari mengidentifikasi keberadaan hukum, menyusun isi hukum, serta melakukan interpretasi terhadap hukum (Cooter dan Ulen, 2012: 3).

Pendekatan Hukum dan Ekonomi mungkin terkesan radikal di kalangan ahli hukum, khususnya yang dogmatis, mengingat pendekatan ini tidak murni hukum (karena

melibatkan ilmu ekonomi). Belum lagi, dalam melakukan interpretasi hukum, Pendekatan Hukum dan Ekonomi juga dapat melampaui teks-teks hukum karena implementasi hukum diukur melalui asas efisiensi dan asas manfaat sebagaimana dikemukakan di atas.

Bayangkan seandainya kriteria keabsahan hukum harus ditentukan berdasarkan isinya seperti misalnya diusung oleh pendekatan Hukum Alam (*Natural Law*). Menurut John Finnis, salah satu pendukung utama Hukum Alam, dalam tradisi Hukum Alam, hukum seharusnya merefleksikan proposisi-proposisi yang benar terkait kebaikan dasar dari manusia dan nilai-nilai moral dan keadilan, serta menolak konsepsi kebenaran agregasi yang didasarkan pada suara terbanyak semacam utilitarianisme, konsekuensialisme, dan maksimalisasi kesejahteraan (*wealth maximizing*) (Finnis, 1986: 492).

Merujuk penjelasan di atas, maka tak sulit untuk menyimpulkan bahwa Pendekatan Hukum dan Ekonomi akan segera tertolak berdasarkan tradisi Hukum Alam, khususnya karena pendekatan ini berhubungan erat dengan kebenaran agregasi. Tidak dapat dipungkiri, begitu kita menentukan keabsahan hukum berdasarkan isinya, maka akan ada pemikiran yang tersingkir semata-mata karena bertentangan dengan pemikiran hukum yang kebenarannya diyakini sebagai penentu keabsahan hukum yang bersangkutan.

Salah satu kekhawatiran penulis terkait tradisi Hukum Alam adalah karena sifatnya yang mengklaim kebenaran absolut dari moralitas. Karena hukum yang sah harus sesuai dengan moral yang diasumsikan bernilai absolut, sulit bagi

kita untuk berharap banyak bahwa sistem hukum yang mengusung Hukum Alam akan toleran terhadap nilai-nilai lainnya yang mungkin ada di masyarakat.

Sebagaimana dinyatakan di atas, manusia merupakan makhluk rasional dan bukan malaikat berhati mulia yang tak akan melakukan kejahatan hanya karena mereka mengetahui hukum yang berlaku. Dengan demikian, setiap pelaku kejahatan akan berusaha memaksimalkan manfaat yang dapat ia terima dari kejahatannya. Ia pun akan memperhitungkan kerugian yang mungkin ia alami sebagai akibat dari pelaksanaan kejahatan, misalnya biaya untuk melakukan kejahatan dan biaya dalam bentuk sanksi terhadap dirinya apabila ia tertangkap dan terbukti bersalah. Dalam pandangan pelaku kejahatan, apabila manfaat yang ia terima melebihi kerugian yang akan ia alami, dapat disimpulkan bahwa kemungkinan besar pelaku kejahatan itu akan melakukan kejahatannya (Winter, 2008: 8).

Hal tersebut berlaku untuk segala jenis tindak pidana, termasuk pemerkosaan. Meskipun demikian, tentunya insentif bagi kejahatan masing-masing berbeda. Misalnya, pendekatan terhadap kejahatan pembunuhan akan berbeda dengan kejahatan korupsi karena manfaat dan kerugian dari setiap pelaku pun berbeda. Oleh karena itu, untuk menanggulangi suatu jenis kejahatan, diperlukan analisis lebih lanjut terhadap faktor-faktor yang mempengaruhi pola perilaku para pelakunya dan tipe insentif yang dapat secara efektif menanggulangi atau mengurangi perilaku egative itu (Winter, 2008: 8).

## **BAB IV**

# **TEORI HUKUM TRANSNASIONAL**

### **A. Hukum yang Bersifat Transnasional**

Dewasa ini banyak dikenal aturan-aturan hukum yang bersifat transnasional. Adanya kesepakatan dalam rangka organisasi regional, arbitrase komersial, rezim standarisasi keselamatan pangan, tata kelola internet, serta perlindungan lingkungan, penanggulangan kejahatan, dan masalah terorisme, adalah contoh-contoh aturan yang melampaui aktivitas individu, organisasi, dan jangkauan pengaturan dalam negeri (F. Snyder, 2004: 624-640; F. D. Ly, 2001: 159-188; P. Dabrowska, 2004: 151-166; J. Goldsmith, 2000: 197-206; J. Brunnée, 2004: 351-367; T. Broude dan D. Teichman, 2009: 795-848; U. Beck, 2006: 329-345; dan K. J. Hopt, 2002: 175-204). Bahkan isu kebangkrutan dan perburuhan, yang lama dipahami sebagai persoalan yang melibatkan politik dan ekonomi, sekarang juga sudah diatur secara transnasional (H. Arthurs dan C. Mummé, 2007: 439-470; J. Gordon, 2007: 503-587).

Fenomena tersebut menimbulkan tumpang tindih yang kompleks dalam pembentukan norma-norma nasional, internasional, serta pengkategorisasi dalam bidang publik dan privat. Sebagai akibatnya, gambaran kedaulatan negara yang memiliki pemisahan kekuasaan, kesatuan hukum, dan tata hukum tersendiri pelan-pelan kabur dan digeser oleh aturan-

aturan yang bersifat transnasional tersebut (F. F. Hoffmann, 2008: 263-288; W. Twining, 2000; O. Perez, 2003: 25-64; T. A. Aleinikoff, 2008: 479-490, A. Stone Sweet, 2009: 621-645; C. M. Scott, 2009: 859-876).

Dalam percaturan teoritis, kemudian memunculkan label, konsep, dan instrumen dalam ruang-ruang regulasi semacam ini, yang terasa asing bagi sarjana hukum, dibandingkan mereka yang menekuni ilmu-ilmu sosial seperti ekonomi, politik, sosiologi, dan geografi (R. Bratspies, 2009: 575-631; E. Balleisen dan D.Moss (eds), 2009). Kolaborasi diantara para ilmuwan sosial merupakan hal yang lumrah, akan tetapi menjadi sesuatu yang baru bagi kalangan penstudi hukum, khususnya yang mendalami teori hukum. Pada kalangan ilmuwan sosial telah lama giat memperkenalkan metode-metode empiris yang memuja realitas fakta-fakta, sementara kalangan ilmuwan hukum telah lama berkuat kepada realitas yang tertutup dan sampai sekarang, aktivitas intelektual mereka tertutup oleh bayang-bayang ilmuwan sosial.

Kelahiran penelitian sosiologis sejak akhir abad ke-19 dan permulaan abad ke-20 merupakan rintisan terkemuka untuk membangun kajian-kajian yang menyentuk aspek-aspek fundamental hukum dengan ditandai oleh runtuhnya sekat-sekat antara hukum domestik dengan institusi-institusi seperti *the rule of law*, *welfare state*, dan konsep-konsep ambigu di sekitarnya (Zumbansen, 2008). Dalam kurun waktu kemudian, muncul fenomena intelektual seperti serangan kalangan realisme hukum terhadap formalisme (N. Duxbury, 1995), perdebatan positivisme pasca perang dunia (L. Paulson,

2006: 17-40), kemunculan aliran kemajemukan hukum seiring melemahnya kolonialisasi (B. d. Sousa Santos, 1987: 279-302; S. E. Merry, 1988: 869-901), kemunculan aliran “hukum dan masyarakat” baik oleh pemikir kiri maupun kanan (M. Galanter, 1974: 95-160), pertanyaan batas-batas kemampuan peradilan (P. Nonet/P. Selznick, 1978), hingga pertanyaan-pertanyaan serius mengenai perkembangan ilmu hukum itu sendiri (Duncan Kennedy, 2006).

Upaya mencari hakekat hukum senantiasa dibarengi dengan asumsi-asumsi mendasar bahwa hukum itu sendiri harus atau dianggap memiliki perbedaan dengan agama, moral, dan ekonomi. Hukum mengalami serangan luar biasa pada pertengahan abad ke-20 (U. Baxi, 2005). Upaya untuk merumuskan definisi hukum dituding tak lebih aktivitas naïf. Apakah hukum lantas dapat dipahami sebagai sarana untuk melakukan penindasan, korupsi, dan dominasi atau sarana dengan janji muluk untuk meraih emansipasi dan kesetaraan? Haruskah kita memahami hukum sebagai sebuah realitas sendiri atau harus dipandang sebagai subsistem kehidupan bermasyarakat? Tentu saja jawaban atas pertanyaan-pertanyaan itu bukan sesuatu yang gampang, seperti halnya kenyataan sistem konstitusi yang rapuh dan diharapkan akan mencegah penyelewengan (N. Luhmann, 1985; G. Teubner, 1989: 727-758; P. Gehring, 2006: 151-169).

Roger Cotterrell (1998: 176) mencatat bahwa kesulitan menjawab pertanyaan-pertanyaan di atas muncul karena betapa kaburnya batas-batas antara “hukum” dan “masyarakat.” Menurut Cotterrell, hukum merupakan faktor pembentuk masyarakat, dan dengan sendirinya, ia adalah

bagian dari masyarakat dan menjadi penentu keberlangsungan masyarakat itu sendiri. Dalam kacamata sosiologis, gagasan hukum yang terbangun adalah untuk melakukan analisis dan membedah kekuatan moral dan intelektual hukum dalam masyarakat tersebut (Cotterrell, 1998: 182). Hukum kemudian dipahami sebagai fenomena sosial (Cotterrell, 1998: 187), sehingga perbedaan masyarakat dan hukum menjadi kabur. Pemahaman-pemahaman yang muncul kemudian digantikan oleh konsep-konsep yang parsial, dipengaruhi oleh subyektifitas partisipan, dan dibayang-bayangi oleh batas-batas yang jauh lebih eksklusif dibandingkan sebagai fenomena sosial (Cotterrell, 1998: 188). Dengan pemahaman hukum sebagai fenomena sosial, jelas ilmu hukum sendiri mengalami ketimpangan metodologis, yang kemudian dalam aktivitas intelektual harus meminjam kepada disiplin lain (J. M. Balkin, 1996: 949-970).

Senyampang dengan itu, maka fokus analisis negara nasional sebagaimana studi-studi hukum di masa lampau lantas ditinggalkan. Pluralisme hukum transnasional kemudian ditawarkan sebagai mengisi kekosongan metodologi seiring lahirnya kajian hukum dan masyarakat untuk menyambut lahirnya tertib normative transnasional tadi. Metode pluralisme hukum menampung isu-isu yang berkembang seperti hukum transnasional, hukum perdagangan transnasional, hukum global, hukum dan globalisasi, *hard versus soft law*, hukum dan norma sosial, yang konsep-konsep di dalamnya bersifat relatif dan masih tercabar untuk masa-masa selanjutnya (C. M. Scott, 2009: 859-876; R. Goode, 1997: 1-47; G. Teubner (ed), 1997; P. S. Berman, 2005:

485-556; J. J. Kirton dan M. J. Trebilcock (eds), 2004; N. Drobak (ed), 2006).

Gelombang evolutif teori hukum kemudian menampilkan isu "*transnationalisation*." Walaupun fokus awal adalah tertib hukum domestik, akan tetapi kajian sosiologi hukum, antropologi hukum, dan filsafat hukum, akan dipengaruhi oleh faktor perubahan lingkungan sistem hukum. Semua itu akan menghasilkan erosi tapal batas; batas antara formalitas dengan substantif, batas antara publik dan privat, batas antara negara dan pasar, yang kesemuanya menampakkan ciri yang serupa yaitu melakukan revitalisasi batas-batas antara gejala hukum dengan nonhukum (Duncan Kennedy, 2000: 94-175; C. Harlow, 1980: 241-265; F. E. Olsen, 1983: 1497-1578; dan B. d. Sousa Santos, 2002).

Dengan kemunculan fenomena globalisasi, maka pengaturan yang berfokus kepada kekuasaan negara dan yurisdiksi, demikian pula dalam konteks *law is a tool of social engineering*, dewasa ini sudah terasa ketinggalan (O. Lobel, 2004: 342-469). Kemudian, teori hukum nampaknya harus memposisikan hukum sebagai realitas sosial, sebuah pendekatan konseptual untuk mempelajari realitas masyarakat modern (P. Zumbansen, 2009: 417-438).

Pada sisi lain, dengan absennya satu pemerintahan berdaulat dunia, sistem hukum yang mengandung muatan "*post-national constellation*" (J. Habermas, 2008: 312-352), muncul kebingungan yang menghasilkan ketimpangan kesatuan, koherensi, dan hierarki normatif dan kelembagaan (W. Twining, 2000). Pertumbuhan norma-norma prosedural dan substantif rezim hukum transnasional yang demikian



cepat telah menimbulkan pertanyaan dalam lingkungan teori hukum dan persoalan yang menyangkut eksistensi kedaulatan negara (P.H. Verdier, 2009: 113-247; S. Bell/A. Hindmoor, 2000). Diantara persoalan yang muncul adalah gejala "*politics of private law-making*" (D. Caruso, 2006: 1-74), yang memunculkan gugatan sehubungan dengan akuntabilitas, legitimasi, dan kontrol demokratis (K. W. Abbott/D. Snidal, 2009: 501-578).

## **B. Hukum dalam Globalisasi**

Mayoritas perdebatan yang muncul pada tahun 1990-an adalah mengenai posisi negara: apakah negara menurun perannya atau tidak. Pada satu sisi peran negara cenderung merosot menyusul makin menonjolnya peran perusahaan multinasional, lembaga swadaya masyarakat, munculnya aturan-aturan transnasional yang kompetitif, dan terbatasnya diskresi negara. Namun pada sisi lain, ada pula pemikiran justru dengan globalisais peranan negara semakin penting kalau tidak dikatakan semakin kuat (David Held, 2000: 3-7). Jawaban peran negara semakin pudar atau menguat tersebut sama-sama tidak memuaskan. *Pertama*, melihat negara sebagai abstraksi riil dari kedaulatan nasional kabur sifatnya, utamanya dilihat dari hukum internasional. Jabaran lebih rinci soal ini adalah pembahasan mengenai efek globalisasi. Jika melihat globalisasi sebagai saranan, maka tentu ada perbedaan respon antara Tiongkok dan Amerika Serikat pada satu sisi, dengan Somalia dan Andora di sisi yang lain.

*Kedua*, efek globalisasi bagi kedaulatan negara lebih dipandang sebagai faktor eksternal. Problematika selanjutnya adalah seberapa kuat negara memberikan respon (terutama melalui pembentukan hukum) berhadapan dengan institusi yang ada (S. Sassen, 2008). Diskusi selanjutnya akan membelah terhadap keberadaan hukum: pada satu sisi hukum dianggap resipien globalisasi, pada sisi lainnya hukum dianggap sebagai faktor penajam globalisasi. Sebagai contoh, aturan dagang internasional tak akan mempan tanpa dukungan regulasi negara, dibandingkan kemungkinan pengaturan liberalisasi oleh WTO yang mungkin terjadi sebaliknya. Contoh lain, internet tak akan pernah dianggap sebagai faktor eksternal negara, sebab keberadaannya disokong penuh oleh pemerintah Amerika Serikat, akan tetapi sekarang diatur dengan sekian macam aturan oleh negara nasional.

*Ketiga*, dikotomi bahwa globalisasi memperkuat atau memperlemah negara nampaknya terlalu menyederhanakan masalah. Wacana ini nampaknya akan mendorong diskusi mengenai transformasi negara yang kemudian memunculkan analisis parsial mengenai transformasi itu sendiri (David Held, et.al., 1999: 7-9). Tentu saja sekarang isu transformasi ini dianggap baru, karena pada kenyataannya negara terus menerus melakukan transformasi. Namun yang menjadi baru adalah jalur yang ditempuh untuk melakukan transformasi itu karena negara sekarang tidaklah dapat menjadi aktor yang bertindak sepihak, akan tetapi berhadapan dengan aktor-aktor lain di samping terjadinya skema internasionalisasi (A. Slaughter, 2005). Faktor yang lain adalah bertambahnya

jaringan-jaringan informal negara yang mempengaruhi timbulnya aturan hukum. Negara dituntut untuk menciptakan aturan hukum yang kompetitif, sebagai usaha untuk memupuk pendapatan guna mempertahankan program-program *welfare state* (N. Gilbert, 2002).

Sekarang kita akan mempertajam pembahasan mengenai contoh-contoh yang berhubungan dengan wacana hukum dan globalisasi. Isu yang utama adalah territorial. Sering muncul anggapan bahwa undang-undang berlaku sepanjang yurisdiksi sebuah negara. Hal ini tidak menimbulkan permasalahan sepanjang yang dilakukan adalah hubungan hukum dalam bentuk transaksi-transaksi perdata. Namun dari sisi hukum publik internasional, yurisdiksi eksklusif dan integritas territorial tetap memperoleh kedudukan yang penting. Sebagai contoh, sebuah negara secara umum dibenarkan memberlakukan undang-undang antimonopoli dengan dalih untuk mengatur perekonomian, walaupun kegiatan persaingan dapat berlangsung di manapun. Penegakan hukum masih menjadi wilayah sacral kedaulatan sebuah negara.

Masalah territorial masih menjadi persoalan penting dalam penentuan hubungan hukum perdata internasional. Dalam hal ini, hukum perdata internasional adalah keseluruhan aturan-aturan yang mengatur hubungan-hubungan hukum perdata yang mengandung elemen-elemen internasional dan hubungan-hubungan hukum yang memiliki kaitan dengan negara-negara asing sehingga dapat menimbulkan pertanyaan apakah penundukan langsung ke arah hukum asing itu tanpa harus menundukkan diri pada

hukum intern Contoh yang pertama adalah seorang WNI menikah dengan WN Malaysia. Pernikahan dilangsungkan di Malaysia, dan karena salah satu pihak melakukan kekerasan dalam rumah tangga (KDRT), pihak lain melakukan gugatan perceraian yang diajukan ke Pengadilan Indonesia di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Contoh yang kedua adalah ketika sebuah kontrak jual beli antara PT X di Jakarta dengan PT Y di Singapura di mana perjanjian di buat di Jakarta. Namun ketika barang siap dikirimkan oleh PT X, pihak lain PT Y melakukan penundaan pembayaran. PT X kemudian mengajukan gugatan wanprestasi dan menuntut ganti rugi melalui Pengadilan di kota Singapura. Contoh-contoh tersebut memberikan gambaran bahwa sistem hukum atau aturan-aturan hukum dari suatu negara berdaulat seringkali dihadapkan pada masalah-masalah hukum yang tidak sepenuhnya bersifat intern-domestik tetapi menunjukkan kaitan dengan unsur-unsur asing (*foreign elements*).

Prinsip territorial juga dianut dalam hukum pidana Indonesia. Prinsip ini memberlakukan KUHP bagi semua orang yang melakukan pidana di dalam lingkungan wilayah Indonesia. Asas ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 2 dan 3 KUHP. Tetapi KUHP tidak berlaku bagi mereka yang memiliki hak kebebasan diplomatik berdasarkan asas "ekstrateritorial". Asas teritorial ini diatur dalam pasal 2 yang berbunyi "*aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia berlaku terhadap setiap orang yang melakukan tindak pidana di dalam wilayah Indonesia*" Di sini siapapun yang melakukan tindak pidana di wilayah Indonesia dapat dipidana sesuai

hukum pidana yang berlaku di Indonesia baik didarat, laut maupun udara.

Kompetensi pengadilan juga bersandar kepada territorial seperti tempat kedudukan tergugat atau tempat terjadinya perbuatan melawan hukum. Penerapan hukum juga memandang penting segi territorial. Misalnya dalam melakukan gugatan perbuatan melawan hukum, tetapi kadang-kadang tidak menyangkut substansi perbuatan, melainkan kepada kebangsaan diantara para pihak.

Kesatuan territorial dan kedaulatan adalah atribut penting negara. Dalam masa globalisasi keduanya lantas memperoleh cabaran. Pertama, globalisasi mengakibatkan isu geografis bukan isu utama. Bukan saja karena akses mobilitas yang semakin terbuka, akan tetapi juga perkembangan teknologi, dalam hal internet, telah meringkas komunikasi antarpihak. Penerimaan dan pemeriksaan dokumen sekarang dapat berlangsung dalam tempat yang berlainan. Rantai produksi global semakin terbuka (F. Snyder, 2011: 1). Interaksi sosial juga sudah berkembang menjadi jauh lebih berkualitas.

Kedua, dengan sejumlah alasan, peran negara menjadi tidak penting dan tidak efektif. Zaman dulu barangkali gampang menutup arus informasi dengan menutup wilayah dan melakukan sensor pers. Tetapi sekarang dengan pentrasi internet dan berkembangnya aneka media sosial, langkah semacam itu sulit dilakukan.

Dalam masalah territorial ini hukum memberikan reaksi dengan bermacam-macam cara (R. Michaels, 2004: 105). Langkah *pertama* adalah mengurangi basis territorial dalam memberlakukan ketentuan-ketentuan hukum. Kedaulatan dan

yurisdiksi digantikan oleh asas kepentingan (*interest*). Suatu negara dengan demikian, bisa saja merumuskan aturan-aturan hukum yang sesuai dengan kepentingannya, sekalipun tidak diterapkan dalam lingkup yurisdiksinya. Misalnya Amerika Serikat, acapkali menerapkan ketentuan hukum yang bersifat ekstrateritorial, atau dengan gampang memberlakukan hukum yang dirumuskan sesuai kepentingan politiknya dalam upah minimum, kebebasan pers, dan tindakan-tindakan terhadap kelompok agama tertentu.

Langkah yang *kedua* adalah menggalang persekutuan transnasional untuk menghasilkan aturan-aturan yang melampaui yurisdiksi konvensional sebuah negara. Dalam persekutuan ini, hak-hak setiap negara akan dijamin oleh negara lain, yang tentu menghasilkan stabilitas yang amat penting untuk menunjang perdagangan. Tetapi tidak ada jaminan bahwa persekutuan itu akan langgeng. Kasus Inggris yang akhirnya keluar dari Uni Eropa mengkonfirmasi hal tersebut. Uni Eropa adalah kemitraan ekonomi dan politik dengan anggota 28 negara. Organisasi ini dimulai setelah Perang Dunia II untuk meningkatkan kerjasama ekonomi, dengan harapan negara-negara yang menjadi mitra dagang akan menghindari perang satu sama lain. Uni Eropa berkembang menjadi "pasar tunggal" sehingga barang dan orang dapat berpindah secara bebas. Organisasi ini juga memiliki mata uang tunggal, euro, yang digunakan oleh 19 negara anggota, parlemen sendiri dengan sejumlah peraturan termasuk lingkungan, transportasi, hak konsumen sampai biaya ponsel. Inggris memilih untuk keluar dari Uni Eropa menyusul referendum dengan hasil 52% untuk berpisah dan

48% tetap bergabung. Belum pernah ada negara anggota yang keluar sebelumnya. Namun *Greenland*, salah satu kawasan Denmark di luar negeri, mengadakan referendum tahun 1982 setelah mendapatkan otonomi yang lebih besar dan memilih keluar dengan hasil 52% dan 48% tetap bergabung.

Reaksi yang *ketiga* adalah justru berkebalikan, yaitu kembali menekankan pentingnya territorial dalam menguji hubungan hukum. Banyak terjadi di mana para hakim memihak hukum nasional untuk menguji hubungan hukum lintas batas negara.

Masalah territorial memang tidak lagi menjadi isu sentral, namun menyingkirkannya secara total dalam menilai hubungan hukum tetap tidak rasional. Manajemen sumber daya air misalnya, masih perlu memandang territorial, akan tetapi tidak demikian halnya dengan internet. Penerbangan yang dianggap melanggar wilayah udara masih tetap menjadi persoalan. Penentuan batas-batas wilayah menjadi perkara penting seperti dalam kasus Palestina dan Israel, akan tetapi sifatnya berubah ketika digunakan untuk penentuan kepemilikan Kepulauan Senkaku Tiaoyutai, yang disengketakan Jepang dan Tiongkok.

## **BAB V**

# **PENERAPAN ASAS HUKUM DAN KEPENTINGAN POLITIK**

### **A. Asas Hukum**

Hukum sebagai perangkat kaidah sosial yang salah satu tugasnya menciptakan pergaulan hidup damai, dalam penegakannya kerap kali juga mesti memperhatikan pertimbangan-pertimbangan etis yang dapat dijadikan sebagai patokan agar tidak terjadi konflik ketika terjadi benturan-benturan penerapan beberapa perangkat hukum (aturan).

Pada hakekatnya, apa yang dinamakan kaidah adalah nilai, karena berisi apa yang “seyogyanya” harus dilakukan, sehingga harus dibedakan dari peraturan konkrit yang dapat dilihat dalam bentuk kalimat-kalimat. Kaidah-kaidah dapat berubah, sementara undang-undang atau peraturan konkritnya tetap (Sudikno Mertokusumo, 2004: 33).

Kaidah hukum perlu dibedakan dengan asas hukum. Menurut Notohamidjojo, asas hukum umum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Asas hukum umum itu merupakan pengendapan hukum positif dalam suatu masyarakat (Sudikno Mertokusumo, 2004: 34).

Lebih lanjut Rusli Effendi. dkk (1997:28) juga mengemukakan bahwa asas hukum merupakan sesuatu yang



melahirkan peraturan-peraturan hukum, merupakan ratio logis dari aturan ataupun peraturan hukum, pada sisi lain, Sajipto Raharjo, terkutib dalam Rusdi Effendi, dkk. (1991: 28) menuliskan bahwa asas hukum merupakan jantungnya hukum, sehingga sebagai jantungnya hukum, maka tidak ada hukum yang dapat dipahami tanpa mengetahui asas-asas hukum yang ada didalammua, asas hukum berperan sebagai pemberi etis bagi aturan-aturan hukum , sistem hukum dan tata hukum.

Suatu asas hukum bukanlah suatu ketentuan hukum, asas bukanlah hukum namun hukum tidak dapat dimengerti tanpa asas, asas adalah gejala yang mengarah penentuan moral kita pada hukum, asas adalah hal-hal yang umum dengan segala sesuatu yang relatif yang mendampinginya yang tidak lolos dari kebutuhan (John, Z. Loudoe, 1985:127)

Untuk memperjelas pemahaman manyangkut asas hukum, pandangan tentang asas hukum itu tidak boleh dianggap sebagai norma-norma hukum yang kongret, akan tetapi perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku. Meskipun setiap produk asas hukum memuat kehendak serta keputusan penguasa atau penentu kebijakan politik, tidaklah kemudian berarti kaidah asas hukum tersebut merugikan kepentingan masyarakat banyak serta menyimpang dari kaidah-kaidah hukum pada umumnya.

Memang pada umumnya asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan konkrit atau pasal-pasal seperti misalnya asas bahwa *setiap orang dianggap tahu akan undang-undang*, asas *in dubio pro reo*, asas *res judicata pro veritate*

*habetur*, asas *lex posteriori derogate legi priori*, dan sebagainya. Akan tetapi tidak jarang asas hukum dituangkan dalam peraturan konkrit seperti misalnya asas *the presumption of innocence* yang terdapat dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman dan asas *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* seperti tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Kalau peraturan hukum konkrit itu dapat diterapkan secara langsung pada peristiwa, maka asas hukum diterapkan secara tidak langsung.

Untuk menemukan asas hukum dicarilah sifat-sifat umum dalam kaidah atau peraturan yang konkrit. Ini berarti menunjuk kepada kesamaan-kesamaan yang terdapat dalam ketentuan-ketentuan konkrit (Sudikno Mertokusumo, 2004: 35). Fungsi ilmu hukum adalah mencari asas hukum ini dalam hukum positif.

Asas hukum itu merupakan sebagian dari hidup kejiwaan kita. Dalam setiap asas hukum, manusia melihat suatu cita-cita yang hendak diraih. Sebaliknya, kaidah hukum itu sifatnya historis. Dalam hubungan antara asas hukum dan kaidah hukum yang konkrit itulah terdapat sifat hukum. Pada umumnya asas hukum itu berubah mengikuti kaidah hukumnya. Sedangkan kaidah hukum akan berubah mengikuti perkembangan masyarakat, jadi terpengaruh waktu dan tempat.

Namun demikian, ada kaidah yang berkembang, sedangkan peraturan konkritnya tidak berubah. Sebagai contoh, Pasal 1365 BW. Bunyi pasal tersebut dari dulu sampai sekarang tidak berubah. Tetapi penafsiran pasal tersebut

mengalami perubahan. Sebelum tahun 1919 isinya sempit, sedangkan sesudah 1919 menjadi luas.

Asas *ne bis in idem* merupakan salah satu prinsip dasar, yang artinya, seseorang tidak boleh diadili dan dihukum lebih dari satu kali atas kejahatan yang sama (I Wayan Parthiana, 1990: 52). Asas ini dimaksudkan untuk menjamin kepastian hukum bagi semua pihak, khususnya bagi individu bersangkutan. Penerapan asas *ne bis in idem* perlu untuk diperhatikan berkaitan dengan kedaulatan suatu negara. Ada kalanya, terhadap satu bentuk kejahatan atau tindak pidana, dapat menjadi kompetensi yurisdiksi pengadilan dua negara atau lebih. Dalam praktik internasional, penerapan asas ini tidak absolut keberlakuannya dan dapat dikesampingkan. Begitu pula halnya dengan International Criminal Court (ICC) atau Mahkamah Pidana Internasional mempunyai hak untuk mengesampingkan asas ini (Aristo M.A. Pangaribuan, 2013: 100). Sehingga ada kemungkinan bahwa seseorang dapat dihukum untuk kedua kali atas kejahatan yang sama namun pada yurisdiksi berbeda.

Asas hukum memiliki 3 fungsi sebagai berikut (Achmad Ali, 1999: 55). *Pertama*, Fungsi taat asas (konsisten). Makna fungsi ini adalah konsistensi dapat terjamin dalam sistem hukum. Contohnya dalam hukum asas perdata dianut asas pasif bagi hakim, artinya hakim hanya memeriksa dan mengadili pokok persengketaan yang ditentukan oleh para pihak yang berperkara. *Kedua*, Fungsi mengatasi konflik. Fungsi ini merupakan fungsi penting dari asas hukum, Asas *lex superior derogat legi inferiori* adalah asas yang mengatur bahwa peraturan hukum yang lebih tinggi hirarkinya harus

didahulukan dari pada peraturan hukum yang lebih rendah. Jika suatu peraturan walikota bertentangan dengan peraturan-peraturan Gubernur maka harus diberlakukan peraturan Gubernur. Ketiga, Rusli Effendy, dkk. (1991:100), mengemukakan bahwa dilihat dari fungsi hukum sebagai alat perekayasa sosial (*a tool of social engineering*), maka sebenarnya suatu asas hukumpun dapat difungsikan sebagai alat perekayasa sosial. Hal ini tentunya tergantung pada inisiatif dan kreativitas para pelaksana dan penentu kebijakan hukum, sebagai contoh untuk ini adanya asas tidak ada keharusan untuk mewakilkan sebaliknya diganti dengan asas keharusan untuk mewakilkan, sebagai salah satu bentuk rekayasa sosial dibidang asas hukum, oleh karena itu dengan asas ini proses pengadilan setidaknya dapat berlangsung cepat, serta juga dapat mengaktifkan lebih banyak penggunaan sarjana hukum.

## **B. Asas Hukum dan Kepentingan Politik**

Dalam memahami kedudukan dan fungsi suatu norma hukum, tidak dapat melepaskan pada perkembangan norma hukum itu sendiri yang secara historis meliputi, tataran teologis, tataran ontologis (filosofis), tataran positivis, dan tataran fungsional. Setiap tahapan perkembangan tersebut memiliki relasi konseptual dan ideologis, sehingga jiwa atau makna setiap rumusan norma hukum menjadi satu kesatuan sistem norma atau paradigma. Oleh karena itu suatu norma hukum harus dibangun dari pemaknaan "*a logical analysis of actual juristic thinking*" sehingga norma hukum memiliki kekuatan untuk dijadikan dasar berpijak setiap orang untuk

berkehendak bagi setiap orang dan kelembagaan kekuasaan dan karenanya norma hukum diasumsikan sebagai “*an agency of power; an instrumeny of government*”.

Dengan demikian menetapkan rumusan sebuah norma hukum harus memberikan kepastian bagi terpenuhinya hak-hak bagi siapapun yang terikat oleh aturan tersebut. Misalnya dalam penentuan syarat minimum dan maksimum bagi seseorang untuk menjadi pejabat publik. Van Vollenhoven mengemukakan masa jabatan publik harus bercirikan keadilan dan kepastian hukum, sehingga pejabat publik ketika melaksanakan tugasnya tidak digantungkan pada ketidakpastian masa jabatan dan usia dalam melaksanakan tugasnya. Dalam bukunya *Publiekrecht* khususnya mengenai kepegawaian, Van der Pot dan Van Vollenhoven menyepakati kepastian masa jabatan dan masa melaksanakan tugas pejabat publik sebagai keharusan dalam bidang pemerintahan, sehingga harus ditentukan dengan pertimbangan dan wewenang yang luar biasa.”

Masa jabatan dan penentuan usia jabatan publik menurut hukum administrasi negara adalah pengrealisasian atau konkretisasi atas hak yang dimiliki seseorang untuk menduduki jabatan tersebut dalam suatu bentuk atau format administrasi negara yang ditujukan bagi setiap orang secara nyata dan pasti. Masa jabatan dan usia jabatan lelang menentukan seseorang dapat menduduki jabatan publik tersebut yang diatur dalam suatu norma konkret, yang dilaksanakan dalam hal dan dengan cara yang diperkenankan oleh peraturan umumnya. Oleh sebab itu, dalam norma yang mengatur masa jabatan dan usia pejabat publik dicantumkan

pernyataan kehendak mengenai ketentuan masa dan usia jabatan yang tidak mengandung penafsiran lain atau pemahaman yang berbeda dalam pelaksanaannya, sehingga tidak menimbulkan salah kira yang subjektif.

Oleh karena itu, norma yang merumuskan masa jabatan dan usia pejabat publik harus jelas dan tegas mengandung kehendak untuk membatasi sekaligus menentukan batas-batas masa dan usia jabatan publik. Hal demikian dilakukan untuk menutup kemungkinan karakteristik masa dan usia jabatan dalam persepsi dan pemahaman yang berbeda satu sama lain. Dengan kata lain, masa dan usia jabatan publik harus menjadi norma yang memudahkan administrasi negara dalam mengangkat dan memberhentikan pejabat publik berdasarkan ketentuan yang nyata dan pasti;

Tindakan mengangkat dan memberhentikan pejabat publik sebagai suatu produk administrasi dilakukan sebagai pernyataan kehendak dari badan administrasi yang juga mengikat pihak lain atas dasar norma yang menentukan masa dan usia jabatan seseorang dapat diangkat sebagai pejabat publik. Jika norma dalam peraturan umum menimbulkan ketidakpastian bahkan salah kira (*dwaling*), bagaimana administrasi negara mewujudkan tertib administrasi dan kepastian administrasi dalam pengangkatan dan pemberhentian jabatan publik. Oleh karena itu, karena pengangkatan dan pemberhentian pejabat publik merupakan produk administrasi yang harus mengandung kepastian, maka kehendak dalam norma peraturan umumnya harus juga mengandung kepastian.

Inti norma yang harus dirumuskan dalam masa dan usia jabatan adalah kepastian dan kejelasan dalam menentukan pengangkatan pertama dan apabila diberhentikan sementara atau tetap, serta pengangkatan selanjutnya jika memenuhi syarat dan kondisi yang diatur peraturan umumnya. Norma dalam masa dan usia jabatan norma yang menentukan batas sekurang- kurangnya dan setinggi-tingginya dalam jabatan publik tersebut, sehingga memudahkan administrasi negara dalam merumuskan keputusan badan atau pejabat tata usaha Negara sebagai pernyataan kehendak untuk diangkat dan diberhentikan dalam jabatan publik yang dimaksud. Hal ini disebabkan suatu keputusan pengangkatan dan pemberhentian pejabat publik merupakan suatu pernyataan kehendak (*wilsverklaring*) yang harus sesuai dengan peraturan umumnya mengatur masa dan usia jabatan diatur dan ditentukan.

Jika suatu masa dan usia jabatan publik menimbulkan kesalahpahaman atau ketidakpastian menurut hukum administrasi negara dalam praktiknya nanti akan ada kemungkinan mengandung kekurangan yuridis (*geen juridische gebreken in de wilsvorming*) karena salah kira (*dwaling*). Dalam hal ini ada kemungkinan administrasi negara yang menyusun dan menetapkan surat keputusan pengangkatan dan pemberhentian yang mengandung kekurangan yuridis karena pejabat administrasi negara salah kira (*dwaling*) mengenai batas kekuasaan (*kewenangan*) dalam mengangkat dan memberhentikan jabatan publik;

Padahal surat keputusan pengangkatan dan pemberhentian itu, apabila mengutip istilah A.D. Belifanthe

dan Logemman, merupakan ketetapan yang dibuat oleh pejabat administrasi negara, sehingga menjadi akta otentik yang berlaku untuk pelaksanaan norma yang diatur dalam peraturan umumnya. Dalam asas pemerintahan yang layak, pengangkatan dan pemberhentian juga harus dilakukan cermat atas peraturan umumnya, sehingga kebutuhan suatu norma masa dan usia jabatan harus mengandung kepastian dengan memperhatikan asas yang tidak memperkenankan pengambilan keputusan untuk melakukan tindakan hukum administrasi dalam hal pengangkatan dan pemberhentian tanpa tanpa orang yang bersangkutan diberikan kesempatan yang sama menurut hukum. Asas ini merupakan asas hukum formal di mana dengan tidak diperhatikannya kecermatan, kepastian, dan kesamaan atas suatu norma peraturan hakikatnya telah ada hak yang telah dikurangi atau diabaikan.

Jika suatu keputusan pengangkatan dan pemberhentian pejabat publik didasarkan pada norma yang tidak mengandung kepastian dan kesamaan, menurut hukum administrasi negara dalam praktiknya akan cenderung mengabaikan asas umum pemerintahan yang baik, dan dikategorikan sebagai tindakan administrasi negara yang tidak teratur. Misalnya pengangkatan dan pemberhentian hakim Mahkamah Konstitusi yang kurang cermat dalam memperhatikan norma peraturan umum dan dokumen hukum yang berlaku, sehingga pengangkatan dan pemberhentiannya tetap dilaksanakan, yang kemudian diikuti dengan pembuatan surat keputusan dapat disebut sebagai tindakan hukum administrasi negara yang tidak teratur. Katagorisasi keputusan administrasi negara yang tidak teratur



itulah yang akan mengurangi, mengabaikan, dan membatasi hak kepada seseorang untuk menduduki jabatan publik menurut Undang-Undang. Dalam hal ini secara nyata ada kemungkinan pengangkatan dan pemberhentian jabatan publik tersebut tidak mengandung kepastian hukum, tertib penyelenggaraan negara, keterbukaan, proporsionalitas, profesionalitas, dan akuntabilitas.

Dalam ranah praktis, sebuah isu bisa jadi tidak merupakan pendelegasian peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi belaka, namun merupakan Hal ini merupakan kebijakan hukum terbuka (*opened legal policy*), yang sewaktu-waktu dapat diubah oleh pembentuk Undang-Undang sesuai dengan tuntutan kebutuhan perkembangan yang ada. Hal tersebut sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk Undang-Undang yang apapun pilihannya, tidak dilarang dan tidak bertentangan dengan konstitusi. Menyadari karena Undang-Undang disusun berdasarkan kesepakatan politik antara Presiden dengan DPR, maka posisi isu seperti itu rawan untuk dijauhkan dari asas-asas hukum yang wajar dipedomani dalam perumusan sebuah norma. Oleh sebab itu, Mahkamah Konstitusi dalam fungsinya sebagai pengawal konstitusi tidak mungkin untuk membatalkan Undang-Undang jika kalau norma tersebut merupakan delegasi kewenangan terbuka yang dapat ditentukan sebagai legal policy oleh pembentuk Undang-Undang. Meskipun seandainya isi suatu undang-undang dinilai buruk, maka Mahkamah Konstitusi tidak dapat membatalkannya, sebab yang dinilai buruk tidak selalu berarti inkonstitusional, kecuali kalau produk *legal policy* tersebut

jelas-jelas melanggar moralitas, rasionalitas dan ketidakadilan yang *intolerable*. Sepanjang pilihan kebijakan tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan pembentuk Undang-Undang, tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan pembentuk Undang-Undang, tidak merupakan penyalahgunaan kewenangan, serta tidak nyata-nyata bertentangan dengan konstitusi, maka pilihan kebijakan demikian tidak dapat dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi.

Lembaga Peradilan sebagai perwujudan Kekuasaan Kehakiman (*Judicial Power*) haruslah dijunjung tinggi dan difungsikan keberadaannya dengan mengingat hal sebagai berikut. *Pertama*, Katup penekan (*Pressure Value*), yaitu kewenangan yang diberikan oleh Konstitusi dan Undang-Undang adalah untuk menekan setiap tindakan yang bertentangan dengan hukum dengan cara menghukum setiap pelanggaran yang dilaksanakan oleh siapapun dan pihak manapun, khususnya pelanggaran yang bersifat inkonstitusional. *Kedua*, Konstitusi dan Undang-Undang menempatkan badan-badan peradilan sebagai senjata pamungkas untuk mencari dan menegakkan kebenaran dan keadilan. *Ketiga*, Menjaga kemerdekaan masyarakat (*The Guardian Of Citizen's constitutional rights and human rights*), yaitu bahwa Lembaga Peradilan harus mampu mengedepankan hak-hak konstitusional Warga Negara dan perlindungan hak asasi manusia. *Keempat*, Sebagai wali masyarakat (*Judiciary are regarded as costodian of society*), yaitu badan-badan peradilan adalah tempat perlindungan dan pemulihan bagi anggota masyarakat yang merasa teraniaya

atau dirugikan kepentingan haknya baik perorangan atau kelompok untuk memperoleh keadilan.

Prinsip negara hukum yang telah diadopsi dalam UUD 1945 meletakkan suatu prinsip bahwa setiap orang memiliki hak asasi (HAM), yang dengan demikian mewajibkan orang lain, termasuk di dalamnya negara, untuk menghormatinya. Bahkan secara konstitusional, ketentuan konstitusional tentang HAM tersebut dalam perspektif historis-filosofis dalam pembentukan negara dimaksudkan untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan berdasarkan kemanusiaan yang adil dan beradab (Pembukaan UUD 1945).

Terkait dengan penegakan dan perlindungan HAM yang juga merupakan hak konstitusional berdasarkan UUD 1945 maka dalam proses peradilan yang dialami seseorang haruslah mendapatkan kepastian hukum yang adil [Pasal 28D ayat (1) UUD 1945]. Dalam hal ini ditekankan bahwa kepastian hukum yang acapkali mendominasi suatu proses peradilan diberikan syarat yang fundamental, yaitu keadilan yang menjadi kebutuhan dasar bagi setiap insan, termasuk ketika menjalani proses peradilan. Karena itulah pentingnya diatur peninjauan kembali supaya setiap orang dalam proses peradilan pidana yang dijalaninya tetap dapat memperoleh keadilan, bahkan ketika putusan telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap dengan alasan tertentu yang secara umum terkait dengan keadilan.

Sebagai negara hukum, konstitusi negara diletakkan pada posisi tertinggi dalam hierarki peraturan perundang-undangan. Dalam konteks hierarki, tata hukum digambarkan sebagai sebuah piramida dengan konstitusi sebagai hukum

tertinggi, dan peraturan yang berada di bawahnya merupakan penjabaran dari konstitusi itu. Pandangan ini bersifat struktural karena memosisikan konstitusi di puncak piramida. Sementara itu, pandangan kedua digagas Satjipto Rahadjo, yang mengutip pendapat Hans Kelsen yang menyatakan bahwa, "*this regressus is terminated by a highest, the basic norm...*" (rangkaiian pembentukan hukum diakhiri oleh norma dasar yang tertinggi). Hierarki tata hukum digambarkan sebagai piramida terbalik, dengan konstitusi sebagai hukum tertinggi berada di dasar piramida. Pandangan ini lebih bersifat fungsional. Meskipun melihat dari perspektif yang berbeda, namun kedua pandangan ini memiliki benang merah yang sama bahwa pembentukan norma yang lebih rendah, ditentukan oleh norma lain yang lebih tinggi, yang pembentukannya ditentukan oleh norma lain yang lebih tinggi lagi dan rangkaian pembentukan hukum ini diakhiri oleh suatu norma dasar tertinggi, yakni konstitusi. Artinya konstitusi merupakan norma abstrak yang perlu dijabarkan dan diuraikan dalam produk-produk hukum yang berada di bawahnya (*concretiserung process*).

Produk-produk hukum yang berada di bawah konstitusi tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Dalam upaya menjaga agar produk hukum yang berada di bawah konstitusi, maka terdapat kaidah-kaidah yang berfungsi untuk menjaga agar produk hukum yang dibuat memiliki koherensi, konsistensi, dan korespondensi serta tidak bertentangan dengan konstitusi baik dalam perspektif formil maupun materiel.

Keseluruhan produk hukum harus merupakan satu kesatuan yang harmonis (karena sinkron atau konsisten secara vertikal dan horizontal) baik dari aspek materiil yang meliputi asas hukum/karena memenuhi asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, dan asas materi muatan), serta sesuai dengan asas hukum yang merupakan latar belakang/alasan/*ratio legis* dari pembentukan hukum, makna (baik makna yang tersurat maupun yang tersirat), hingga penggunaan peristilahannya; maupun dari aspek formil di mana cara penyusunannya harus sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Sebagai suatu sistem, hukum mempunyai banyak keterkaitan dengan berbagai aspek bahkan sistem-sistem lain dalam masyarakat. Hukum sebagai produk harus dapat menciptakan kepastian hukum bagi masyarakat. Seringkali peraturan perundang-undangan yang dibentuk gagal memberikan kepastian hukum bagi masyarakat, yang pada akhirnya gagal menciptakan ketertiban hukum dalam masyarakat.

Hak untuk mendapatkan keadilan adalah hak setiap warga negara tanpa kecuali terutama warga negara yang sedang memperjuangkan keadilan (*yustitiabelen*) dan siapapun tidak boleh menghalangi warga negara atau pencari keadilan untuk mendapatkan keadilan. Dalam kaitan dengan keadilan tersebut Indonesia sebagai negara hukum terutama dalam arti materiil melihat bahwa hukum itu bukan hanya yang secara formal ditetapkan oleh lembaga legislatif tetapi yang nilai keadilannya dijadikan hal penting (Moh. Mahfud M.D., 2006: 187-188).

Menurut Curzon (1979 :44) bahwa, hukum dan politik memiliki keterkaitan yang erat yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain, beberapa ajaran hukum normatif-dogmatik berpandangan, hukum sebagai alat politik bukan merupakan gejala universal, walaupun Achmad Ali sendiri tidak sepakat dengan pendapat demikian, karena menurutnya dalam kenyataannya (*sein*) adalah tidak mungkin menghindarkan hukum untuk digunakan sebagai alat politik, terutama jika dikaitkan dengan konsep negara hukum, serta dikaitkan dengan fungsi hukum sebagai alat rekayasa yang memang menghendaki peran aktif penguasa politik. Politik hukum merupakan langkah kebijakan politik (*political policy*) penguasa dalam memberlakukan kaedah-kaedah karena keberadaan politik hukum tidak terlepas dari mansa politik (Laica Marzuki, 1999).

Torboni dan Syamsul Arifin (1994 :38) mengemukakan bahwa ada 5 (lima) kerangka dalam memahami politik, yaitu ; (i) Mewujudkan kebaikan bersama, (ii) Politik berkaitan dengan penyelenggaraan negara, (iii) mencari dan mempertahankan kekuasaan dalam masyarakat, (iv) Politik sebagai kegiatan yang berkaitan dengan pelaksanaan kebijakan umum, dan (v) Politik dalam rangka mencari atau mempertahankan sumber-sumber yang dianggap penting.

Namun dalam realitas kehidupan masyarakat yang cukup kompleks dengan berbagai permasalahan dan kepentingan, terutama kepentingan politik dikaitkan dalam menerapkan asas hukum yang berlaku, disatu sisi tidak jarang menimbulkan konflik kepentingan politik, sehingga berangkat dari asumsi inilah, maka fungsi hukum sangat dibutuhkan

sebagai basis untuk menetralkan berbagai konflik kepentingan politik ketimbang diterapkan asas-asas hukum yang berlaku.

Dalam hubungan tolak tarik antara politik dan hukum, maka hukumlah yang terpengaruh oleh pihak politik harus subsiste politik memiliki konsentrasi energi yang lebih besar dari pada hukum (Satjipto Raharjo, 1985 :71). Namun kenyataan bahwa, pada sisi perspektif hukum yang berfungsi sebagai instrumen politik, terlihat hukum dijadikan oleh para politisi sebagai alat untuk mengakomodasikan kebijakan-kebijakan atau kemauan-kemauan politik (*political will*) mereka sendiri. Adaupun fungsi hukum sebagai instrumen politik dalam realitas kehidupan masyarakat dapat dilihat pada dimensi kehidupan kenegaraan suatu negara sebagai basis untuk mempertahankan *status quo* untuk mengemudikan jalannya pemerintahan. Pemerintah mempunyai tugas menyeleksi untuk menetapkan pokok-pokok pikiran dari nilai-nilai hukum yang terdapat dalam masyarakat dan merumuskan peraturan-peraturannya melalui badan yang berwenang, sesudah itu pemerintah masih memikirkan tentang daya guna dan hasil guna peraturan yang dibuat, agar supaya dapat mencapai cita-cita ketenteraman dan kesejahteraan masyarakat (Bambang Poernomo, 1986: 102).

Dalam hal penggunaan kekuasaan politik, konsentrasi sandaran kepada konstitusi dan hukum haruslah menjadi pertimbangan utama. Sebagai contoh misalnya penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan oleh Presiden. Walaupun merupakan jabatan politik dan segala kewenangan yang dapat saja mendasarkan kepada pertimbangan-

pertimbangan politik, sesuai dengan ketentuan Pasal 9 UUD 1945, kesetiaan dan loyalitas tertinggi seorang Presiden adalah kepada konstitusi dan peraturan pelaksanaannya. Termasuk pula dalam konteks ini apa yang dalam percakapan sehari-hari sebagai pelaksanaan hak prerogatif Presiden sebagai sebuah kekuasaan delegataris UUD 1945 yang dalam tradisi parlementer tidak mengandung pertanggungjawaban hukum. Umpamanya dalam melaksanakan Pasal 14 ayat (1) UUD 1945 menyatakan, "*Presiden memberi grasi dan rehabilitasi dengan memperhatikan pertimbangan Mahkamah Agung.*" Ketentuan Pasal 14 ayat (1) tersebut harus dipahami secara sistematis dalam kaitan dengan ketentuan Pasal 14 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan, "*Presiden memberi amnesti dan abolisi dengan memperhatikan pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat.*" Kedua ketentuan tersebut menunjukkan adanya perbedaan mengenai dasar pertimbangan dan perbedaan mengenai tujuan dari kekuasaan Presiden yang terkait dengan pemberian grasi, rehabilitasi, amnesti, dan abolisi. Ketentuan Pasal 14 ayat (1) UUD 1945 menunjukkan bahwa kekuasaan Presiden memberi grasi dan rehabilitasi harus berdasarkan pada pertimbangan hukum dari Mahkamah Agung. Hal ini ditegaskan pula dalam ketentuan Pasal 35 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang menyebutkan, "Mahkamah Agung memberikan pertimbangan hukum kepada presiden dalam permohonan grasi dan rehabilitasi. Sementara itu ketentuan Pasal 14 ayat (2) UUD 1945 menunjukkan pemberian amnesti dan abolisi oleh presiden didasarkan pada pertimbangan-pertimbangan



politis yang diberikan oleh presiden pada DPR. Hal ini mengandung pengertian bahwa pemberian grasi dan rehabilitasi oleh Presiden adalah semata-mata untuk tujuan hukum dan keadilan, sementara pemberian amnesti dan abolisi adalah untuk tujuan kepentingan politik nasional. Termasuk tujuan untuk menjaga integrasi nasional dan mempertahankan kedaulatan negara.

Grasi tidak dimaksudkan dalam ranah peradilan pidana, melainkan masuk ke ranah politis ataupun ranah kebijakan seorang presiden dalam memberikan pengampunan dan melihat aspek sosiologis masyarakat maupun individu terpidana tersebut. Dengan demikian grasi dalam bahasa ekstrimnya dapat diberikan tanpa alasan apapun atau dengan alasan apapun. Grasi dapat diberikan dengan permohonan atau tanpa permohonan sebagaimana dikenal dalam hukum acara pidana.

Kekuasaan Presiden untuk memberikan grasi harus didasarkan semata-mata pada tujuan hukum dan keadilan. Tidak disimpangkan untuk kepentingan lain, atau direduksi menjadi kepentingan administrasi. Pendapat yang menyatakan bahwa permohonan grasi memakan waktu yang lama dan terlalu birokratis sehingga dilakukan pembatasan waktu sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 7 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2010 menunjukkan bahwa pemberian grasi oleh presiden telah direduksi menjadi persoalan administrasi dan mengabaikan tujuan pemenuhan hukum dan keadilan.

Secara hukum, ketentuan Pasal 14 ayat (1) UUD 1945 sama sekali tidak menyebutkan adanya pembatasan terhadap

pemberian grasi oleh presiden, kecuali harus berdasarkan pada pertimbangan hukum Mahkamah Agung. Oleh karena itu, ketentuan Pasal 7 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2010 yang memberikan pembatasan terhadap permohonan grasi hanya dapat diajukan paling lama jangka waktu satu tahun sejak putusan memperoleh kekuatan tetap adalah bertentangan dengan ketentuan Pasal 14 ayat (1) UUD 1945 yang tidak memberikan pembatasan apa pun, terutama dalam hal permohonan grasi kecuali dengan memperhatikan pertimbangan hukum Mahkamah Agung. Pemberian grasi bukan merupakan campur tangan Presiden dalam bidang yudikatif, melainkan hak konstitusional Presiden untuk memberikan pengampunan. Grasi tidak terkait dengan penilaian terhadap putusan hakim dan tidak menghilangkan kesalahan terpidana. Presiden bisa saja memutus pengajuan grasi kepada terpidana dengan pandangan berbeda dari Mahkamah Agung atau bisa saja tidak mengikuti pertimbangan dari Mahkamah Agung karena bersifat pertimbangan. Sebagai pengertian yuridis bahwasanya grasi adalah pengampunan berupa perubahan, peringanan, pengurangan, atau penghapusan pelaksanaan pidana kepada terpidana yang diberikan oleh Presiden. Menengok kepada grasi sebagai pengampunan yang ditujukan kepada pelaksanaan pidana kepada terpidana, maka tidak dapat dipungkiri bahwa pemberian grasi atau pengampunan akan terkait dengan tujuan pemidanaan pada umumnya.

Keberadaan lembaga grasi secara eksplisit diakui oleh UUD 1945 sebagaimana terdapat dalam Pasal 14 ayat (1). Keberadaan grasi tersebut dalam rangka memberikan

kesempatan kepada narapidana yang sedang melaksanakan hukuman untuk mendapatkan pengampunan berupa perubahan, peringanan, pengurangan atau penghapusan pelaksanaan pidana yang telah dijatuhkan kepada terpidana berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap yang diajukan kepada Presiden sehingga grasi merupakan salah satu hak konstitusional setiap Terpidana. Grasi juga dalam rangka penegakan, pemenuhan keadilan, dan perlindungan hak asasi manusia. Selain itu grasi adalah bagian dari cara negara untuk memberikan pengampunan kepada warganya yang melakukan kesalahan dalam suatu perbuatan pidana yang hak pemberiannya diserahkan kepada Presiden sepenuhnya meskipun terlebih dahulu harus dengan mendapatkan pertimbangan dari Mahkamah Agung guna mengetahui latar belakang, motivasi, serta keadaan terpidana dan akibat perbuatannya.

### **C. Penghindaran Standar Ganda**

Dari uraian di atas, nampak Faktor yang menjadi hambatan tidak dijalankannya asas hukum secara ideal dan konsisten ketika mengalami benturan dengan kepentingan politik adalah karena hukum sebagai perangkat sosial sesungguhnya tidak otonom dan senantiasa berada di bawah pengaruh kekuatan politik dan akhirnya mengakibatkan lunturnya kepercayaan masyarakat terhadap penerapan asas hukum yang diterapkan. Disamping itu pula para penegak hukum di negara kita, karena lebih menekankan pada kepribadian kepada kepentingan penguasa sehingga

akibatnya penerapan hukum yang tampil jauh dari prinsip-prinsip keadilan.

Ketidakotonomnya hukum tersebut disebabkan oleh keberadaan hukum yang terkadang dijadikan sebagai alat perjuangan politik kalangan yang di lembaga eksekutif dan disamping karena sistem politik dan pemerintahan tidak mengenal pemisahan kekuasaan yang terpisah secara tajam.

Keberadaan hukum dalam realitas masyarakat yang otonomi kekuatan politiknya begitu kuat mempengaruhi sub-sistem lainnya (termasuk budaya dan ekonomi). Sehingga kerap kali mengambil sikap *ambivalen* (mendua) ketika pada satu sisi hukum harus memperjuangkan idealisme hukum dan di sisi lain hukum ditekankan untuk mengakomodasikan kepentingan-kepentingan politik. Segala aktifitas atau sikap yang berhubungan dengan kekuasaan yang bermaksud untuk mempengaruhi dengan jalan mengubah atau mempertahankan suatu macam bentuk susunan masyarakat.

Standar ganda (*double standar*) yang dimainkan hukum ini sebagai konsekuensi logis dari pengaruh kepentingan politik, yang pada akhirnya menggiring hukum pada suatu format tujuan dipersimpangan jalan, artinya hukum diperhadapkan pada 2 (dua) alternatif, ibarat makan si buah malakama, antara mempertahankan ideologi hukum dengan memenuhi keinginan para politisi, sehingga usaha penegakan hukum, para partisipan bertindak berdasarkan pembatasan-pembatasan tertentu yang diatur dalam peraturan perundangan yang merupakan salah satu perwujudan sistem dan struktur sosial tertentu, sistem struktur tertentu memungkinkan adanya usaha penegakan hukum yang

merugikan golongan atau individu tertentu dan tidak ditujukan untuk mencapai keadilan sosial dan kesejahteraan rakyat (Arif Gosita, 1983: 107).

Standar ganda yang mempermainkan asas hukum akan menggilas kepastian hukum. Berbicara tentang kepastian hukum (legal certainty), artinya kita membahas tentang bagaimana norma hukum, proses hukum dan sanksi hukum yang akan diterapkan memiliki kepastian yang jelas. Hukum itu harus jelas, baik pada tataran norma ataupun maupun pada saat ia dilaksanakan. Itulah yang kemudian dikatakan Hayek bahwa kepastian hukum 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.

Kepastian hukum tidak hanya bagi hukum yang berlaku dalam pergaulan sesama warga masyarakat dalam sebuah negara, melainkan juga diperlukan dalam pelaksanaan setiap tindakan Pernerintah. Di mana, pernerintah mesti mendasarkan setiap tindakannya kepada hukum yang berlaku secara sah. Keharusan demikian ditujukan untuk menjaga agar kekuasaan yang ada tidak disalahgunakan. Agar kekuasaan yang ada tetap dilaksanakan dalam kerangka menghormati hak setiap warga negara.

Agar kepastian hukum dapat dinikmati oleh setiap warga negara, maka semua norma yang dibuat untuk tujuan membatasi atau menata kehidupan rakyat sebuah negara harus dirumuskan secara jelas. Kejelasan rumusan norma dapat diukur dari sejauh mana orang-orang memiliki

pemahaman yang sama terhadap suatu norma tertentu. Pada saat bersamaan, dengan kepastian hukum, seseorang dapat mengukur batas kebebasan yang dapat ia miliki dan dapat diekspresikan.

Tiadanya kepastian hukum dalam rumusan Undang-Undang juga berakibat pada tiadanya moralitas hukum pada Undang-Undang tersebut. Dijelaskan oleh Lon H. Fuller, seorang pemikir hukum alam generasi terakhir, bahwa kepastian hukum merupakan salah satu unsur utama moralitas hukum. Ditegaskannya sebuah peraturan hukum perlu tunduk pada internal moraliti, oleh karena itu dalam pembentukannya harus memperhatikan antara lain: (i) Hukum-hukum harus dibuat sedemikian rupa sehingga dapat dimengerti oleh rakyat biasa, yang juga dinamakan sebagai hasrat untuk kejelasan; (ii) Aturan-aturan tidak boleh bertentangan satu sama lain. Sebuah kepastian hukum atau *legal certainty* sebagai esensi penting dari suatu negara hukum anatar lain diakui oleh Friedrrich von Hayek, yang menyatakan bahwa kepastian hukum adalah salah satu atribut utama dari *the rule of law* itu sendiri, selain dua atribut lainnya, yakni atribut berlaku umum (*generality*), dan atribut kesetaraan (*equality*). Secara teknis, untuk memastikan adanya kepastian hukum dalam setiap rumusan Undang-Undang yang dibentuk, hukum nasional telah mengaturnya secara detail di dalam Undang-Undang yang mengatur mengenai pembentukan peraturan perundang-undangan di Indonesia. Dalam peraturan perundang-undangan tersebut dinyatakan bahwa kepastian hukum merupakan salah satu asas yang tidak dapat disimpangi dalam setiap pembuatan peraturan

perundang-undangan. Hal ini sebagaimana disebutkan di dalam Pasal 6 ayat (1) huruf i UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang merupakan mandat langsung dari Pasal 22A UUD 1945.

Maka politik hukum, merupakan langkah kebijakan politik (*political policy*) penguasa dalam memastikan keberlakuan kaidah-kaidah. Oleh karena asas hukum itu dapat dipengaruhi produk kebijakan politik penguasa, sehingga pada setiap asas hukum yang dirancang sedemikian rupa akan terpengaruh kehendak kepentingan politik. Kepentingan politik bertujuan atau mempunyai obyek untuk menyelenggarakan peraturan-peraturan hukum yang tepat (legislatif) dalam suatu keadaan, situasi, dan waktu yang tertentu. Namun dalam instansi terakhir politik hukumlah yang menentukan apakah pembaharuan hukum tersebut sudah dapat dilaksanakan seluruhnya atau sebahagian atau masih belum waktunya untuk dilaksanakan.

Hanya saja menurut Laica Marzuki (1999), bahwa meskipun setiap produk undang-undang memuat serta keputusan penguasa atau penentu kebijakan politik, tidaklah kemudian berarti kasus hukum tersebut merefleksikan visi dan kehendak penguasa yang cenderung *a priori* merugikan kepentingan rakyat banyak serta menyimpang dari asas-asas hukum pada umumnya. Adalah ideal apabila visi kepentingan politik yang tercermin di dalamnya sesuai dengan persepsi kesadaran hukum (budaya hukum) masyarakat banyak. Sebab berjalannya suatu sistem hukum berjalan dengan baik bila mana di dalamnya didukung oleh ketiga komponen yaitu substansi hukum, struktur hukum, dan budaya hukumnya

(Lawrence, 1975 :11). Untuk itulah bahwa hukum tidak dapat hanya dipandang sebagai pasal-pasal yang bersifat imperatif atau keharusan-keharusan yang bersifat *das sollen*, melainkan harus dipandang sebagai subsistem yang dalam kenyataan bukan tidak mungkin sangat ditentukan oleh politik, baik dalam perumusan materi dan pasal-pasalnya maupun dalam implementasi dan penegakannya.

#### **D. Dukungan Masyarakat Sipil**

Dalam rangka penegakan asas-asas hukum yang tidak diintervensi oleh politik, maka dukungan masyarakat sipil menjadi penting. Sebuah kenyataan bahwa hubungan antara negara dengan masyarakat sipil di Indonesia mengalami dinamika pasang surut. Hubungan tersebut mengalami masa sulit pada akhir periode orde lama hingga selama orde baru yang panjang. Strategi pemantapan kekuasaan politik rezim pada masa awal orde baru (1980an) adalah dengan cara mengendalikan kelompok-kelompok kekuatan politik seperti birokrasi, partai politik, termasuk masyarakat sipil. Indikasinya sudah terlihat ketika muncul peraturan pemerintah dan perundang-undangan yang mengatur kehidupan politik pada 1970 hingga 1985.

Diawali dengan Peraturan Pemerintah Nomor 12 Tahun 1969 yang melarang pegawai negeri sipil menjadi anggota partai politik. Kebijakan ini dikenal dengan istilah monoloyalitas pegawai negeri sipil yaitu kesetiaan tunggal PNS 'hanya' pada negara (baca: Pemerintah). Pegawai negeri dilarang menjadi anggota partai politik tetapi diperbolehkan



menyalurkan aspirasi politiknya pada Golongan Karya (Golkar) karena dianggap bukan partai politik. Golkar adalah organisasi sosial politik (orsospol) yang secara formal diatur dalam UU tentang Partai Politik dan Golongan Karya (UU Nomor 3 Tahun 1985). Menurut Undang-Undang tersebut, Golkar adalah peserta Pemilu.

Pengendalian selanjutnya dilakukan terhadap partai politik melalui kebijakan penyederhanaan partai politik dengan cara menggabungkan partai-partai politik yang memiliki kecenderungan ideologi sama (tahun 1973). Maka pada Pemilu 1977, kita menyaksikan lahirnya dua partai politik baru hasil penggabungan yaitu Partai Persatuan Pembangunan (PPP) hasil fusi partai-partai berasaskan Islam; dan Partai Demokrasi Indonesia (PDI) sebagai hasil fusi partai-partai berasaskan nasionalisme dan Katolik. Kebijakan ini diikuti dengan larangan pembentukan partai politik baru selain dua partai hasil fusi tersebut. Maka selama Pemilu-pemilu orde baru, peserta Pemilu hanyalah tiga kontestan (PPP, Golkar, PDI). Kebijakan pengendalian terhadap partai politik selama tiga puluh tahun berhasil mengokohkan kekuasaan politik rezim orde baru tanpa persaingan.

Komponen terakhir yang masuk dalam strategi pengendalian adalah masyarakat sipil melalui pengaturan tentang organisasi masyarakat sipil. Rezim orde baru sempat direpotkan dengan aktivitas kelompok/organisasi masyarakat yang sangat kritis menentang kebijakan Pemerintah, khususnya gerakan mahasiswa dan aktivis pro demokrasi. Misalnya peristiwa Malari (singkatan dari Malapetaka Limabelas Januari) yang terjadi pada 15 Januari 1974 dimana

kelompok mahasiswa berdemonstrasi memprotes kedatangan PM Jepang sebagai reaksi atas sikap anti asing. Gerakan mahasiswa juga memprotes meluasnya praktik korupsi, proses Pemilu, dan strategi pembangunan. Untuk meredam aksi kelompok mahasiswa, Pemerintah mengeluarkan kebijakan normalisasi kehidupan kampus (NKK/BKK 1978) yang bertujuan mengendalikan aktivitas mahasiswa.

Pengendalian terhadap masyarakat sipil juga dilakukan melalui kebijakan massa mengambang (*floating mass*) dan kooptasi organisasi masyarakat melalui UU Nomor 8 Tahun 1985 tentang Organisasi Kemasyarakatan. Kebijakan massa mengambang dimaksudkan untuk menjauhkan aktivitas masyarakat di tingkat paling bawah (kecamatan, desa) dari kegiatan politik. Partai politik (PPP, PDI) dilarang membentuk organisasi sayap hingga tingkat desa. Sementara Golkar masih bisa menjangkau warga desa melalui Ormas bentukan negara.

Hubungan negara dan masyarakat sipil mengalami masa euforia tatkala gerakan masyarakat sipil berhasil menumbangkan rezim orde baru. Masa euforia ini ditandai dengan kebebasan sipil dan politik yang dijamin oleh serangkaian peraturan perundangan. Peluang melakukan koreksi terhadap penafsiran dan penyimpangan implementasi UUD merupakan kesempatan politik bagi kelompok masyarakat sipil untuk mendesak agenda reformasi ketatanegaraan. Misalnya advokasi pemilihan presiden oleh rakyat, pembatasan masa jabatan presiden hanya dua periode, penghapusan dwi fungsi ABRI (TNI/Polri), meniadakan pengangkatan dalam pengisian anggota lembaga legislatif, ditambahnya pasal-pasal tentang hak asasi termasuk

kebebasan berserikat, Pemilu, dan sebagainya. Peran kelompok masyarakat sipil tak bisa diabaikan dalam proses perubahan politik ke arah yang lebih demokratis. Harus dikatakan bahwa yang lebih menikmati perubahan politik itu adalah partai politik. Partai politik beralih posisi, dari pinggiran kekuasaan ke pusat kekuasaan, dan menentukan seleksi kepemimpinan di berbagai tingkatan (nasional maupun lokal).

Setelah Pemilu 2009, organisasi masyarakat sipil berkembang dengan beragam fungsi. Salah satu yang sangat kuat didorong adalah fungsi kontrol terhadap otoritas politik (pemerintah, legislatif, yudikatif, birokrasi, partai politik) yang selama orde baru tidak dapat dilakukan. Seiring munculnya persoalan-persoalan seperti korupsi dan politik uang yang berdampak pada meningkatnya ketidakpercayaan terhadap tata kelola politik.

Di sisi lain, pergerakan di kalangan organisasi/kelompok masyarakat sipil (OMS) juga sangat dinamis. Ditandai dengan keragaman baik dari aspek jumlah, ruang lingkup, wilayah kerja, garis perjuangan, kelompok dampingan, termasuk beragam dalam sikap politik dan posisi terhadap negara (dicerminkan sebagai Legislatif, Eksekutif, Yudikatif). Setidaknya posisi OMS terhadap negara dapat dibagi dalam dua tipe, yaitu konfrontatif dan keterlibatan (engagement). Konfrontatif dalam arti bersikap kritis dan menolak kerjasama dengan pemerintah maupun lembaga legislatif. OMS tipe ini memilih berjejaring dengan komunitas dan mendorong perubahan dari luar arena politik. Di spektrum yang lain, OMS ada yang bersikap engagement

(terlibat) dengan asumsi bahwa kapasitas Pemerintah (negara) masih lemah sehingga perlu dikuatkan, bentuknya adalah mengadakan kerja sama dengan pemerintah. Tetapi perlu dilihat bahwa OMS yang bersikap *engagement* pun tidak mengabaikan sikap kritisnya. Secara internasional pun, muncul gagasan kemitraan multi-stakeholder yaitu antara pemerintah, legislatif, partai politik, OMS, dan akademisi/peneliti. Kemitraan multi pemangku kepentingan ini didorong untuk memperkuat akuntabilitas penyelenggara negara sekaligus membuka komunikasi politik yang produktif. Secara global, hal tersebut dikenal dengan istilah *democratic governance* (tata kelola pemerintahan yang demokratis). Perserikatan Bangsa-Bangsa termasuk yang mempromosikan gagasan tersebut.

Organisasi masyarakat dan organisasi-organisasi yang bersifat kemasyarakatan, bisa lahir, muncul, dan dibentuk setiap waktu bahkan mungkin dalam hitungan menit dan detik sesuai dinamika, perkembangan, dan kebutuhan berbagai kelompok masyarakat itu sendiri. Jika sejumlah individu warga negara yang merasa memiliki kesamaan kepentingan, tujuan, latar belakang dan asal usul (agama, etnik, ras, daerah, desa dan kampung, serta golongan), kehendak dan minat, hobi, ataupun profesi, mau berhimpun di dalam satu wadah organisasi masyarakat, maka seketika itu pula terbentuk suatu organisasi masyarakat. Pada waktu yang lain beberapa individu warga negara yang sama membentuk pula wadah organisasi masyarakat yang lain lagi dengan individu warga negara yang berbeda asal usul, latar belakang, atau profesi. Ketika organisasi-organisasi masyarakat ini

kehilangan momentum dan motif untuk tetap berhimpun dalam wadah yang sama, maka seketika itu pula organisasi masyarakat sipil (OMS atau CSO/civil society organization) tertentu bubar atau membubarkan diri.

Sesungguhnya kecenderungan tersebut layak direspon secara positif oleh pengambil kebijakan. Tidak justru malah bersikap defensif atau curiga. Perluasan partisipasi politik warga negara adalah konsekuensi logis ketika keran kebebasan sipil politik dibuka seluasnya. Misalnya dalam paket Undang-Undang bidang politik –Pemilu dan Pemilukada, partai politik, pemerintahan daerah, desa, mendorong adanya keterlibatan dan partisipasi warga negara. Partisipasi dalam konteks ini dapat diartikan sebagai upaya warga negara memengaruhi proses kebijakan publik di berbagai tingkatan, baik langsung maupun tidak langsung. Warga negara yang terdidik secara politik menjadi sumber rekrutmen politik, dimana selama orde baru menjadi basis mobilisasi politik rezim. Riuh rendahnya dunia masyarakat sipil mestinya tidak dibaca sebagai ancaman oleh negara karena dalam dunia masyarakat sipil pun terjadi proses seleksi alamiah dalam meraih kepercayaan masyarakat.

Dalam praktik, masih saja dijumpai pembuat kebijakan tidak memahami keragaman dunia masyarakat sipil yang bahkan dapat tumbuh dari lingkungan komunitas yang kecil seperti rukun warga dan desa/kelurahan. Geliat forum-forum warga yang bertujuan merespon kebijakan kepada desa atau lurah misalnya, merupakan fora baru organisasi masyarakat sipil yang perlu diapresiasi sebagai bentuk nyata kebebasan berkumpul dan berpendapat. Pengorganisasian masyarakat

hingga tingkat desa dalam upaya menghadirkan kepentingan mereka adalah bukti perluasan partisipasi politik pada era demokratisasi dewasa ini.

Apabila kita sepakat bahwa bangsa Indonesia dewasa ini tengah membangun sistem pemerintahan demokrasi yang berdasarkan hukum dan konstitusi, maka sangat jelas, masyarakat adalah sumber legitimasi bagi hadirnya negara dan pemerintahan yang sah atau absah. Dari sudut pandang sistem demokrasi konstitusional yang dianut bangsa Indonesia, tidak ada negara dan pemerintahan yang sah tanpa legitimasi dan mandat politik dari segenap warga negara yang secara sosiologis berhimpun menjadi masyarakat. Melalui pemilihan umum yang bebas dan demokratis, rakyat memilih sekaligus memberi mandat kepada wakil-wakilnya di lembaga legislatif dan eksekutif untuk mengatur politik dan pemerintahan dengan cara merumuskan kebijakan di berbagai bidang kehidupan. Karena itu dalam konteks demokrasi konstitusional, kedudukan negara dan Pemerintah berikut para penyelenggara negara adalah melayani dan menjamin hak-hak politik, hak sipil, dan kebebasan warga negara.

Dalam kaitan tersebut yang justru diperlukan pengaturannya adalah bagaimana mengimplementasikan kewajiban negara menjamin dan melindungi kebebasan berserikat bagi masyarakat sipil, menjamin rasa aman setiap warga negara, dan mengelola keberagaman yang menjadi fondasi keindonesiaan kita secara adil dan proporsional. Mengatur aktivitas sukarela masyarakat yang tidak perlu dan sia-sia, jelas merefleksikan sikap tidak percaya negara

terhadap masyarakat sebagaimana dianut dan menjadi "ideologi" rejim otoriter.

Apabila kapasitas negara melalui institusi kepolisian dioptimalkan dalam rangka tegaknya hukum, tertib sipil, dan perlindungan masyarakat, semestinya tidak perlu ada kekhawatiran terkait tindak kekerasan dan anarki massa. Persoalannya, selama Kepolisian Negara RI belum secara optimal memanfaatkan instrumen hukum yang sudah ada, khususnya KUHP dan KUHPA, untuk mengantisipasi ledakan partisipasi masyarakat yang akhirnya tumpah di jalan dan menjadi liar dalam bentuk tindak kekerasan dan anarki.

Pembentuk UU, yakni DPR dan Presiden, semestinya lebih memusatkan perhatian pada pembentukan kebijakan terkait pengaturan dan tata-kelola kehidupan ekonomi, termasuk penguasaan asing atas sumberdaya alam dan ekonomi negeri kita, sehingga cita-cita keadilan dan kemakmuran sesuai amanat konstitusi dapat segera diwujudkan. Adalah suatu keanehan jika negara selalu bersikap mendua atau ambigu dalam soal dana asing, yakni di satu pihak selalu mencurigai penggunaan sumbangan dana asing dalam aktivitas organisasi kemasyarakatan, tetapi di pihak lain membiarkan berbagai pihak asing, baik melalui negara maupun korporasi kapital global, menggerogoti, mengeksploitasi dan bahkan menghancurkan perekonomian nasional bangsa kita atas nama persaingan bebas dan globalisasi.

Dalam hal ini kita bisa mengambil contoh pemberlakuan Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) sejak 31 Desember 2015. Pengaruh pemberlakuan MEA bisa lebih kuat bagi masa

depan kehidupan masyarakat, namun hanya sedikit kepedulian tersebut. Pernyataan siap menghadapi MEA beberapa kali diucapkan para pejabat pusat dan pejabat daerah, seperti gubernur atau bupati/wali kota. Namun, pernyataan itu tampaknya lebih mencerminkan reaksi daripada respons. Yang diperlukan adalah respons berupa pilihan sikap, kebijakan, peraturan, dan program-program nyata. Respons itu harus dibangun atas pengetahuan kritis tentang esensi MEA serta kelemahan dan kekuatan diri sendiri dalam menghadapinya.

Sikap tak begitu hirau dengan Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) itu juga terjadi di negara-negara ASEAN lain. Di Vietnam, Wakil Direktur *Central Institute of Economic Management* Vo Tri Thanh bilang, negerinya menghadapi pelbagai masalah di kualitas sumber daya manusia (SDM) dan infrastruktur. Ia juga minta pemerintah memperbaiki iklim investasi dan bisnis serta membantu para pengusaha meningkatkan kapasitas teknologi mereka dan mengembangkan pasar. Di Filipina, Sekjen Badan Koordinasi Statistik Nasional Romulo Virola mengeluh, orang-orang Filipina belum siap mengambil manfaat dari integrasi ekonomi pada 2015 karena masih menghadapi beberapa problem di ekonomi lokal. Di Thailand, sebagaimana ditulis di *The Nation*, 12 Mei 2015, mantan Menteri Keuangan Korn Chatikavanij memandu dialog 90 menit dengan Perdana Menteri Prayut Chan-o-cha dalam "*ASEAN Economic Integration: Will the ASEAN Way Get in the Way?*" dan mencatat, tak ada kata MEA diucapkan Prayut. Korn menyatakan, "*The awareness of AEC in Thailand is still very low.*" Di Malaysia,



Michael Yeoh, CEO Lembaga Strategi dan Kepemimpinan Asia, mengatakan, kendati integrasi makin dekat, akademisi, pebisnis, dan masyarakat umum masih bingung tentang apa yang bakal terjadi setelah MEA diberlakukan. Mahathir Mohamad pun menyatakan, MEA akan mengalami kesulitan karena belum ada kesamaan sistem ekonomi di negara-negara ASEAN.

Evaluasi mesti dilakukan secara terjadwal, entah kuartalan, tengah tahunan atau tahunan untuk mengetahui pengaruh diberlakukannya MEA bagi masyarakat. Caranya sederhana, dihitung indikator kemajuan ekonominya (i) tingkat pertumbuhan, (ii) tingkat (iii) pengangguran, (iv) indeks gini, (v) surplus-defisit perdagangan, dan sebagainya. Jika hasilnya positif, kebijakan dan implementasinya diteruskan. Jika hasilnya negatif, perlu segera ada evaluasi kritis dan alternatif kebijakan lain

## **BAB VI**

### **PENGEMBANGAN HUKUM**

#### **A. Latar Belakang Persoalan**

Hukum merupakan sebuah sistem yang sangat kompleks. Keterkaitan antara satu unsur dalam sebuah sistem tidak dapat dipisahkan. Sebuah sistem mengharuskan segala sesuatu menjadi saling keterkaitan. Unsur yang satu akan mempengaruhi unsur yang lainnya. Sebuah sistem tidak akan berjalan jika di antara unsur tidak terjadi sinkronisasi, koordinasi dan harmonisasi.

Menurut Soerjono Soekanto (1986: 12), hukum mempunyai tiga dimensi, yaitu sebagai nilai, kaedah dan perikelakuan. Oleh karena itu maka hukum dapat dilihat dan dikaji dari berbagai sudut. Hukum sebagai nilai, maka dikaji oleh filsafat hukum dan politik hukum. Hukum sebagai kaedah dipelajari oleh ilmu hukum. Sedangkan hukum sebagai perilaku dipelajari oleh Sosiologi Hukum, antropologi hukum dan psikologi hukum. Lebih lanjut menurut Soerjono Soekanto (1990: 9-11), dengan metode sejarah, diteliti perkembangan hukum dari awal sampai terjadinya himpunan kaidah-kaidah hukum tertentu. Kemudian hukum tadi dibanding-bandingkan dengan hukum yang berlaku di masyarakat-masyarakat lainnya, untuk mendapatkan persamaan dan perbedaan. Itu semua, merupakan obyek penelitian dari sejarah hukum dan ilmu perbandingan hukum.

Pada hakekatnya hukum merupakan salah satu produk manusia dalam membangun dunianya, yang bisa dicermati atau ditelaah melalui interaksi yang berlangsung di masyarakat. Seperti kata Cicero, *Ubi Societes Ibi Ius* (di mana ada masyarakat, di sana ada hukum). Soediman Kartohadiprodo menyatakan bahwa "hukum" itu sebenarnya adalah manusia. Dalam artian hukum itu dilahirkan oleh manusia dan untuk menjamin kepentingan dan hak-hak manusia itu sendiri. Hukum adalah cermin dari manusia yang hidup. Dan karena manusia yang hidup oleh Tuhan senantiasa dilengkapi dengan Raga, Rasa, Rasio dan Rukun, keempat hal inilah yang dipakai untuk membedakan antara individu yang satu dengan yang lain, masyarakat yang satu dengan yang lain. Sehingga kelengkapan ini yang mempengaruhi pemberian arti terhadap hukum dan peranannya dalam hidup bermasyarakat (Sudjono Dirjosisworo, 1983: xv).

Hukum yang terbentuk itu kemudian dijadikan sebagai kontrol sosial di masyarakat tersebut. Hukum sebagai kontrol sosial merupakan aspek yuridis normatif dari kehidupan sosial masyarakat atau dapat disebut sebagai pemberi definisi dari tingkah laku yang menyimpang serta akibat-akibatnya seperti perintah-perintah dan larangan-larangan. Selain itu juga berfungsi menetapkan tingkah laku yang baik dan tidak baik atau yang menyimpang dari hukum, serta menerapkan sanksi hukum terhadap orang yang berperilaku tidak baik tersebut, guna tercapainya ketentraman dan kemakmuran di masyarakat (Zainuddin Ali, 2007: 37).

Ketidakmampuan hukum dalam mengatasi masalah-masalah sosial di luar hukum akan berakibat pada kewibawaan hukum itu sendiri. Masyarakat memberikan kepercayaan kepada hukum untuk dapat menyelesaikan konflik dan sengketa dalam lingkungan hidupnya. Sikap apriori masyarakat terhadap hukum dan krisis kepercayaan mereka kepada aparat penegak hukum mengakibatkan tindakan pelampiasan dengan cara main hakim sendiri dalam menangani masalah-masalah di tengah-tengah mereka, sehingga hukum itu dapat dikatakan tidak berfungsi (mandul).

Di samping aspek norma, faktor lembaga pengadilan juga merupakan problema tersendiri, dalam penerapannya untuk kasus-kasus konkrit di pengadilan, norma atau kaidah hukum itu tidak jarang juga memunculkan berbagai persoalan yang bermuara pada sulitnya mewujudkan keadilan substansial (*substantial justice*) bagi para pencariinya. Betapa tidak, cara pandang hakim terhadap hukum seringkali amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Hakim hanya menangkap apa yang disebut “keadilan hukum” (*legal justice*), tetapi gagal menangkap “keadilan masyarakat” (*social justice*).

Selanjutnya Satjipto Rahardjo (Satjipto Rahardjo, 2003: 57) menyatakan juga bahwa hukum adalah institusi normatif. Ia akan kehilangan fungsinya apabila tidak bisa tampil dalam kekuatannya yang demikian, yakni menundukkan perilaku masyarakat ke bawah otoritasnya. Tentu saja pemaksaan normatif itu memberikan hasil-hasil yang relatif. Ada bangsa yang sangat patuh kepada hukumnya, ada yang setengah

patuh, dan macam-macam gradasi lainnya. Tetapi, pada suatu waktu tertentu bisa dirasakan bahwa fungsi normatif hukum itu sudah menjadi terlalu melemah dan hasil ini akan cukup merisaukan. Hal ini dapat dipertanyakan kembali tentang pengembangan hukum.

## **B. Pemaknaan dan Ruang Lingkup**

Pengembangan hukum adalah kegiatan manusia berkenaan dengan adanya dan berlakunya hukum di dalam masyarakat yang mencakup kegiatan membentuk, melaksanakan, menerapkan, menemuka, meneliti, dan secara sistematis mempelajari dan mengajarkan hukum yang berlaku (Meuwissen, 2009: vii). Pendidikan tinggi hukum membawa misi sebagai pengembangan hukum terutama yang bersifat teoritis. Selain teori, pengembangan hukum juga memiliki aspek praktikal yaitu saat menerapkan hukum pada situasi konkret di masyarakat (Meuwissen, 2009: vii).

Pembelajaran teori hukum menurut penulis erat kaitannya dengan pengembangan hukum teoritis ini. Sudah dipaparkan di muka, tujuan orang mempelajari ilmu hukum adalah supaya memiliki keterampilan memecahkan masalah-masalah hukum. Tujuan ini perlu diingatkan kembali dan kemudian diperdalam melalui kajian-kajian teori hukum. Mengapa demikian? Dalam dinamika perkembangannya, *social issue* tersebut menyebabkan ciri khas hukum yang stabil dan formal, pengembangan hukum praktis oleh aparat birokrasi pemerintahan dan para praktisi hukum jauh dari kenyataan. Seolah-olah hukum berada di dunia yang berbeda.

Dengan kata lain, ada jarak di antara hukum dengan realitas-realitas sosial yang ada. Sebagai akibatnya hukum tak mampu menjawab persoalan-persoalan yang diajukan kepadanya (Soerjono Soekanto, 1985: 36).

Secara nyata, ilmu hukum yang diemban di Indonesia sebagaimana diajarkan di pendidikan-pendidikan tinggi hukum dan yang dipraktekkan oleh para praktisi hukum, baik pemerintah maupun swasta masih cenderung berparadigma positivistic seperti ajaran yang dikembangkan oleh Hans kelsen dan *Reine Rechtslehre*-nya. Menurut beberapa pakar hukum Indonesia, ilmu hukum demikian tidak dekat dalam masyarakat (B. Arif Sidharta, 1999: 80).

Mochtar Kusumatmadja mengatakan juga bahwa pendidikan hukum kolonial Belanda diimplementasikan oleh para yuris Indonesia yang diperoleh lewat jalur pendidikan hukum yang juga merupakan warisan kolonial. Pendidikan hukum kolonial di Indonesia zaman dahulu hanya untuk mengawaki tata hukum untuk memenuhi kebutuhan masyarakat kolonial pada waktu itu dan sebagai penopang ekonomi negara induk. Padahal seharusnya para yuris di negara berkembang seperti Indonesia membutuhkan pengetahuan antara hukum dan faktor-faktor pembangunan, norma-norma sosial dan institusi (dalam Bernard Arif Sidharta, 1999: 172). Menurut Satjipto Rahardjo (2003: 140), pendidikan hukum seperti ini pada akhirnya menghasilkan sarjana-sarjana yang menguasai kemahiran sebagai tukang yaitu ahli hukum dan hanya mampu dan mahir menerapkan dan menafsirkan antara hukum positif.

Padahal, dalam tingkat yang ideal, hukum menyandang karakter normative sebagai kaidah yang mengatur masyarakat. Karena itu, hukum sebenarnya dihasilkan oleh manusia untuk memenuhi kebutuhan hidup yang tertib dan berkeadilan. Setiap kaidah hukum positif adalah produk penilaian manusia terhadap perilaku yang mengacu kepada ketertiban yang berkeadilan tersebut sehingga berakar kepada nilai-nilai (Bernard Arif Sidharta, 1999: 52).

Dalam pengembangan hukum itu sendiri, akan meliputi 2 (dua) tahap yaitu tahap pemaparan (yang berintikan intepretasi) dan tahap sistematisasi. Kedua hal itu akan diuraikan lebih lanjut dalam paparan berikut ini.

Pada tahap pemaparan hukum yang terjadi alah kegiatan menentukan isi aturan hukum setepat mungkin. Kegiatan menetapkan isi aturan hukum yaitu menetapkan apa yang menjadi kaidah hukumnya, pada dasarnya adalah merumuskan hipotesis tentang makna aturan hukum atau teks peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pengetahuan yang diperoleh dalam kegiatan ini adalah pengetahuan hasil intepretasi karena pada dasarnya menentukan makna dari sesuatu adalah mengintepretasi sesuatu (Ronny Kurniawan, 2006: 90-91).

Sementara itu, tahap sistematisasi akan meliputi 4 (empat) kategori, yaitu *pertama*, teks yuridis normative yang terdiri peraturan perundang-undangan, traktat, asas-asas hukum umum, yurisprudensi, perjanjian baku, dan sebagainya. *Kedua*, pemakaian bahasa hukum yang di dalamnya mencakup pengertian-pengertian dalam hukum. *Ketiga*, penerapan hukum secara konkrit, terutama berkenaan

dengan situasi konflik sebagaimana termuat dalam putusan hakim. *Keempat*, sistem hukum asing bersaranakan perbandingan hukum dan sejarah hukum.

Dapat dikatakan bahwa tahap sistematisasi adalah kegiatan analisis, pembentukan pengertian, dan penggolongan atau kategorisasi, serta klasifikasi material hukum dalam arti menempatkan pengertian-pengertian itu ke dalam suatu susunan yang saling berkaitan menurut unsur-unsur persamaan yang dimiliki. Pengertian-pengertian tersebut selanjutnya akan digunakan sebagai dasar pengambilan keputusan (Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arif Sidharta, 2000: 7). Pengembangan hukum memerlukan pemahaman. Oleh karena itu hukum harus senantiasa diinterpretasi.

### **C. Interpretasi Hukum**

Interpretasi memiliki arti pemberian kesan, pendapat, atau pandangan teoritis terhadap sesuatu; tafsiran (Hasan Alwi, et.al, 2000: 439). Menurut Soeroso (1996: 197), interpretasi atau penafsiran ialah mencari dan menetapkan pengertian atas dalil-dalil yang tercantum dalam undang-undang sesuai dengan yang dikehendaki dan yang dimaksud oleh pembuat undang-undang.

Satjipto Rahardjo (2000: 96-97) mengemukakan, salah satu sifat yang melekat pada perundang-undangan atau hukum tertulis adalah sifat otoritatif dari rumusan-rumusan peraturannya. Namun demikian, pengutaraan dalam bentuk tulisan atau *litera scripta* itu sesungguhnya hanyalah bentuk



saja dari usaha untuk menyampaikan sesuatu ide atau pikiran. Ide atau pikiran yang hendak dikemukakan itu ada yang menyebutnya sebagai 'semangat' dari suatu peraturan. Usaha untuk menggali semangat itu dengan sendirinya merupakan bagian dari keharusan yang melekat khusus pada hukum perundang-undangan yang bersifat tertulis. Usaha tersebut akan dilakukan oleh kekuasaan pengadilan dalam bentuk interpretasi atau konstruksi. Interpretasi atau konstruksi ini adalah suatu proses yang ditempuh oleh pengadilan dalam rangka mendapatkan kepastian mengenai arti dari hukum perundang-undangan.

Penafsiran/interpretasi diperlukan ketika ada ketidakjelasan makna atas teks, ketika ada perbedaan penafsiran atas suatu teks maka diperlukan sebuah penafsiran atasnya, penafsiran berlaku pada seluruh teks dalam lintas disiplin ilmu. Penafsiran itu sendiri berasal dari bahasa arab yaitu tafsir yang berarti menerangkan atau menyatakan, kata ini diambil dari kata tafsirrah yaitu perkakas yang digunakan tabib/dokter untuk mengetahui penyakit orang yang sakit. Penggunaan kata tafsir melekat pada pencarian makna atas teks Al-Quran. Dalam menafsirkan makna Al-Quran para ulama klasik (Syafi'i, Maliki, Hanafi, Ahmad bin Hanbal, Al Ghazali, Ibn Taimiyyah, Muhammad Abduh, Rasyid Ridha, dan sebagainya) menggunakan ilmu bantu yaitu ilmu Lughat, Nahwu, Tashrif, Balaghah, Ushul Fiqh serta ilmu Asbabun Nuzul (Tim Peneliti PKK FH Universitas Jenderal Soedirman, 2006: 197).

Dalam kegiatan mengerti atau memahami atau kegiatan interpretasi terdapat beberapa kondisi mula-mula yang

diperlukan bilamana seseorang menghadapi suatu hal yang hendak diinterpretasi (W. Poespoprodjo, 1987: 174-176). Seorang interpretator yang dalam hal ini adalah seorang pembaca teks harus mempunyai satu dunia yang sama (*a shared world*), minat yang sama (*shared interest*), dan *universe of discourse* (pembicaraan yang sama) atau harus kurang lebih paham akan hal yang dihadapi, betapapun sedikit atau sekalipun samar-samar.

Setiap kegiatan mengerti dan memahami atau kegiatan interpretasi selalu membutuhkan prasuposisi dan tidak mungkin dilaksanakan dengan jiwa atau pikiran yang berupa *tabula rasa*, atau dengan kata lain dapat dikatakan bahwa pengetahuan tanpa prapemahaman adalah sesuatu yang tidak mungkin. Prapemahaman dapat disebut sebagai kondisi minimum yang harus dipenuhi interpretator atau pembaca teks sebelum menginterpretasi, karena tidak mungkin untuk mengerti suatu teks jika sama sekali tidak paham terhadap teks yang dibicarakan. Suatu prapemahaman tidak sama dengan prasangka. Suatu prasangka bisa lahir dari keyakinan akan kebenaran prapemahaman pembaca teks sebagai suatu yang definitif sehingga menentukan hasil-hasil interpretasi secara *apriori*. Berlainan dengan prasangka, prapemahaman justru memungkinkan pembaca teks selalu interpretator untuk terbuka terhadap hal-hal baru yang tidak terduga sebelumnya (F. Budi Hardiman, 2003: 43).

Tugas dan fungsi ilmu hukum yang pertama dan terutama tentunya menginterpretasikan aturan-aturan hukum. Namun demikian, hasil interpretasi atau hasil penafsiran tersebut harus diarahkan kepada kehidupan nyata, yaitu

menyelesaikan masalah-masalah hukum. Aturan-aturan hukum dan peristiwa-peristiwa kemasyarakatan selalu saling memberikan masukan, sebagaimana tampak dalam proses timbal balik antara aturan-aturan hukum yang diinterpretasi dalam cahaya kemasyarakatan dan sebaliknya, peristiwa-peristiwa kemasyarakatan yang diinterpretasi dalam cahaya-cahaya aturan hukum (H.Ph. Visser't Hooft, 2001: 21).

Dengan demikian tepat yang dikatakan oleh Meuwissen, bahwa hukum bukanlah gejala yang netral yang semata-mata merupakan hasil rekaan bebas manusia, melainkan berada dalam jalinan yang sangat erat dengan masalah-masalah dan perkembangan kemasyarakatan. Oleh karenanya, ilmu hukum dalam menginterpretasikan teks akan selalu menginterpretasikan peristiwa-peristiwa kemasyarakatan sesuai dengan momen faktualnya (Ronny Kurniawan, 2006:23).

Pandangan Jimly Asshiddiqie (2006: 175) bahwa penafsiran merupakan proses dimana pengadilan mencari kepastian pengertian mengenai pengaturan tertentu dari suatu undang-undang, penafsiran merupakan upaya melalui pengadilan untuk mencari kepastian mengenai apa sesungguhnya yang menjadi kehendak pembentuk undang-undang. Pandangan lain menyebutkan bahwa penafsiran merupakan upaya mencari arti atau makna atau maksud sesuatu konsep/kata/istilah, menguraikan atau mendeskripsikan arti atau makna atau maksud dari konsep/kata/istilah dengan maksud agar jelas atau terang artinya.

Sebagai contoh, Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 menyatakan “Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota.” Apabila ketentuan dimaksud diterjemahkan dalam suatu Undang- Undang yang menentukan bahwa Gubernur, Bupati, dan Walikota dipilih oleh DPRD, kemudian ada pihak yang mengajukan permohonan kepada MK karena berpendapat bahwa yang dimaksud dengan demokratis adalah pemilihan langsung, maka MK dalam memutus permohonan tersebut pasti akan melakukan penafsiran untuk menentukan apa yang dimaksud dengan frasa “dipilih secara demokratis.”

Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo (1993: 13) mengemukakan, interpretasi atau penafsiran merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan yang gamblang mengenai teks Undang-Undang agar ruang lingkup kaidah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa konkrit. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna Undang-Undang. Pembenaarannya terletak pada kegunaan untuk melaksanakan ketentuan yang konkrit dan bukan untuk kepentingan metode itu sendiri.

Penafsiran sebagai salah satu metode dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*), berangkat dari pemikiran, bahwa pekerjaan kehakiman memiliki karakter logikal. Menurut Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo (1993: 13), interpretasi atau penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus

menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa yang konkrit. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna Undang-Undang.

#### **D. Penafsiran Konstitusi**

Ada pandangan yang mengemukakan, bahwa penafsiran konstitusi atau undang-undang dasar, tidaklah sama dengan penafsiran hukum. Bertumpu dari pengertian konstitusi atau undang-undang dasar di satu sisi, dan pengertian hukum di sisi lain jelaslah memang pengertian konstitusi atau undang-undang dasar itu tidak sama (analog). Oleh karena itu, penafsiran konstitusi atau undang-undang dasar tidaklah begitu saja dianalogkan dengan pengertian penafsiran hukum. Jika konstitusi diartikan sebagai undang-undang dasar (=hukum dasar yang tertulis), maka penafsiran konstitusi atau undang-undang dasar hanyalah merupakan salah satu bagian saja dari penafsiran hukum. Penafsiran hukum (dilihat dari bentuk hukumnya atau *rechtsvorm*) dapat bermakna luas, baik itu penafsiran terhadap hukum yang tertulis (*geschreven recht*) maupun hukum yang tidak tertulis (*ongeschreven recht*). Akan tetapi dalam praktik, pembedaan antara penafsiran konstitusi atau penafsiran hukum itu tidak dapat ditarik secara tegas, karena ketika hakim menafsirkan konstitusi, ia tidak dapat dibatasi hanya dengan melakukan penafsiran terhadap norma-norma hukum tertulisnya saja atau sesuai dengan rumusan teks-nya saja, melainkan dapat saja ia melakukan penafsiran terhadap norma-norma hukum

konstitusi yang tidak tertulis, seperti asas-asas hukum umum (*elgemene rechtsbeginselen*) yang berada di belakang rumusan norma-norma hukum tertulis itu. Dalam ilmu hukum dan konstitusi, interpretasi atau penafsiran adalah metode penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam hal peraturannya ada tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwanya.

Dalam studi ilmu hukum tata negara, penafsiran suatu naskah hukum (konstitusi dan dokumen hukum lainnya) merupakan suatu hal yang niscaya, karena gagasan dan semangat yang terkandung dalam suatu naskah hukum terkait dengan ruang dan waktu, dalam arti erat kaitannya dengan situasi dimana dan ketika naskah hukum itu diterapkan. Kebutuhan akan penafsiran tersebut timbul karena konstitusi tidak memuat semua ketentuan normatif yang diperlukan dalam rangka penataan kehidupan bernegara. Untuk melakukan penafsiran konstitusi diperlukan metode dan teknik tertentu yang dapat dipertanggungjawabkan secara rasional dan ilmiah, sehingga upaya menegakkan konstitusi sesuai dengan tuntutan perkembangan zaman yang ada dan tidak bertentangan dengan semangat rumusan konstitusi yang lazim digunakan dalam rumusan normatif (Jimly Asshiddiqie, 1998: 16). Jarak dirumuskannya dan dibentuk satu konstitusi dengan diterapkan atau diaplikasikannya konstitusi pada masa yang jauh berbeda, melahirkan aliran-aliran dengan pendapat atau pandangan atau pendirian konstitusional secara teoritis yang bertolak belakang satu dengan yang lainnya, yaitu aliran *originalisme* dan *non-originalisme*.

Alasan yang kuat bahwa penafsiran originalis (originalist) merupakan penafsiran yang paling tepat dalam memahami konstitusi sekaligus sebagai dasar menentukan pertentangan norma hukum adalah: (i) originalisme menekan kemungkinan bahwa hakim-hakim yang tidak dipilih itu akan merampas kekuasaan dari wakil rakyat yang dihasilkan melalui pemilihan; (ii) dalam jangka panjang, originalisme memberi perlindungan lebih baik pada otoritas pengadilan; (iii) non originalisme memberi terlalu banyak ruang kepada hakim untuk memaksakan nilai-nilai mereka sendiri yang bersifat subjektif dan elitis, hakim membutuhkan kriteria-kriteria yang netral dan objektif untuk menghasilkan putusan yang sah, kriteria-kriteria netral itu diberikan oleh pengertian dari para perancang dan mereka yang meratifikasi klasula konstitusi; (iv) originalisme memberi penghormatan yang lebih baik terhadap pengertian konstitusi sebagai suatu kontrak yang bersifat mengikat; (v) originalisme lebih sering membuat pembentuk undang-undang terpaksa mempertimbangkan kembali dan kemungkinan mengubah undang-undang yang buruk buatan mereka sendiri daripada membiarkan pengadilan untuk mencoret undang-undang (I Dewa Gede Palguna, 2013: 289).

Penafsiran originalis ini menitikberatkan pada penilaian pertentangan norma hukum berdasarkan pada original meaning atau original intent yaitu mencoba menghadirkan semangat awal terbentuknya konstitusi tertulis lewat perdebatan-perdebatan pada saat penyusunan UUD, mendasarkan pada pemahaman dan tujuan konstitusi dari pendapat para penyusun konstitusi, originalis melihat

beberapa sumber diantaranya pandangan *framers of constitution* termasuk tulisan-tulisan terdahulu pada penyusun konstitusi, artikel-artikel pada koran ketika konstitusi dibentuk, notulensi persidangan dalam pembentukan konstitusi, misalnya catatan persidangan BPUPKI dalam pembentukan UUD 1945, cacatan-catatan perumusan norma UUD 1945 amandemen. Antonin Scalia (Hakim Agung Mahkamah Agung Amerika Serikat, sejak 1986 hingga meninggal pada tahun 2016) yang menganut pandangan originalis berpendapat bahwa penafsiran konstitusi hanya dapat dilakukan melalui pendekatan pemahaman dari penyusun konstitusi itu sendiri atau pemahaman umum dari masyarakat terhadap konstitusi itu sendiri. Para originalis mempercayai bahwa cara terbaik dalam menafsirkan konstitusi adalah dengan melihat tujuan para penyusun konstitusi itu sendiri (Saldi Isra, dkk., 2010: 58).

Selanjutnya, penafsiran non originalis (*non original intent*). Berbeda dengan penafsiran originalis, alasan yang kuat bahwa penggunaan penafsiran non originalis (*non original intent*) oleh hakim merupakan penafsiran yang paling tepat dalam memahami konstitusi sekaligus sebagai dasar menentukan pertentangan norma hukum adalah: (i) para perancang konstitusi (pada konvensi Philadelphia) mengindikasikan bahwa mereka tidak ingin keinginan-keinginan mereka yang bersifat spesifik nantinya akan mengontrol interpretasi; (ii) tidak ada satupun konstitusi tertulis yang mampu mengantisipasi cara-cara yang dapat digunakan pemerintah di masa yang akan datang untuk menindas rakyat, sehingga ada kalanya merupakan keharusan



bagi hakim untuk mengisi kekosongan itu; (iii) maksud para perancang itu bermacam-macam, terkadang bahkan sifatnya sementara dan acapkali mustahil untuk ditentukan; (iv) non originalisme memungkinkan hakim untuk mencegah krisis yang dapat terjadi karena penafsiran yang tidak fleksible terhadap suatu ketentuan dalam konstitusi yang tidak lagi mampu memenuhi maksud asli dari ketentuan itu; (v) non originalisme memungkinkan konstitusi berkembang sesuai dengan pengertian-pengertian yang lebih mencerahkan tentang hal-hal, seperti perlakuan yang sama terhadap orang-orang (kulit hitam), kaum perempuan, dan kaum minoritas lainnya (I Dewa Gede Palguna, 2013: 289-290).

Penafsiran non originalis memberikan pemahaman bahwa lembaga kekuasaan kehakiman (MK) sebagai lembaga penafsir undang-undang dasar (*the sole judicial interpreter of the constitution*) tidak boleh hanya semata-mata terpaku kepada metode penafsiran “originalisme” dengan mendasarkan diri hanya kepada “original intent” perumusan pasal UUD 1945, terutama apabila penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan-ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi UUD itu sendiri secara keseluruhan berkait dengan tujuan yang hendak diwujudkan. MK harus memahami UUD 1945 dalam konteks keseluruhan jiwa (spirit) yang terkandung di dalamnya guna membangun kehidupan ketatanegaraan yang lebih tepat dalam upaya memadukan cita hukum (*rechtsidee*) dan cita negara (*staatsidee*) guna mewujudkan negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasar atas hukum, yang merupakan

penjabaran pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945.

Menurut Maruarar Siahaan (2008: 80) untuk menjembatani teks konstitusi sebagai produk di zamannya yang mereflesikan nilai, tantangan dan persoalan yang dihadapi perumusannya di masa lalu untuk dijadikan pedoman, nilai dan pandangan hidup dan dasar bernegara di masa kini dengan persoalan, tantangan dan situasi yang berbeda. Oleh karenanya untuk memenuhi tuntutan demikian, norma konstitusi yang diperlukan dari UUD 1945 pada masa lalu, tantangan dan kebutuhan zaman di masa sekarang tidak harus hanya dipahami sebagaimana dipahami dan dimaksudkan pada awalnya ketika para perumus menyusunnya (*original intent*). Yang harus ditemukan tidak selalu makna yang dimaksud pembentuknya, akan tetapi apa yang menjadi makna yang dikehendaki oleh teks norma konstitusi itu sendiri untuk menyelesaikan satu perselisihan hukum yang dihadapi. Justice Brennan yang menjabat sebagai Hakim Agung Amerika mengemukakan bahwa "sikap bersikukuh dengan *original intent* tersebut merupakan "sikap sombong yang dibungkus dengan sikap rendah hati". Sehingga dianjurkan agar hakim di zaman modern semestinya tidak hanya mengacu pada sejarah masa penyusunannya, melainkan pada sejarah masuknya interpretasi dan apa yang dimaksudkan oleh kata-kata dalam teks masa lalu tersebut.

Penafsiran non originalis semakin membumi setelah adanya pernyataan Mahfud MD dalam pidato penutupan rapat kerja MK-RI pada tanggal 22-24 Januari 2010 (saat itu masih menjabat Ketua MK) bahwa MK menganut hukum

Progresif, sebuah konsep hukum yang tidak terkungkung oleh teks undang-undang semata, tetapi juga memperhatikan rasa keadilan yang hidup di masyarakat dan hukum yang berkemanfaatan. Pemikiran hukum progresif ini dimotori oleh Satjipto Rahardjo, bahwa hukum progresif memuat kandungan moral yang sangat kuat, progresivisme tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tak bernurani, melainkan sebuah institusi yang bermoral. Hukum progresif adalah hukum yang mampu memenuhi kebutuhan bangsa dan ikut merasakan penderitaan bangsanya. Dengan demikian, hukum akan melayani kepentingan rakyatnya, bukan sebaliknya, hukum tidak berada di awang-awang atau ruang hampa, tetapi ada di dalam masyarakat. Secara filosofis gagasan hukum progresif, memposisikan hukum senantiasa berfungsi sebagai solusi bagi masyarakatnya. Hukum juga harus “turun” ke dalam relung hati rakyatnya guna menjadi penyelamat di tengah-tengah kesulitan yang dihadapi, hukum tidak boleh menempatkan diri berpihak pada golongan tertentu saja. Artinya antara penafsiran non originalis dan hukum progresif saling melengkapi, yang menekankan adanya paradigma penafsiran “tidak terkungkung oleh teks” dan mengutamakan manusia daripada teks hukum, mengutamakan keadilan dan kemanfaatan hukum daripada kepastian hukum.

Metode-metode dalam menafsirkan konstitusi sangat beragam, para ahli juga mengemukakan banyak pandangan mengenai metode ini. Penafsiran yang paling memperoleh perhatian, yaitu penafsiran originalis dan non originalis dengan berbagai varian penafsiran yang melingkupinya. John

H. Garvey dan T.Alexander Aleinikoff mengemukakan beberapa metode utama dalam melakukan penafsiran konstitusi, yaitu; *Interpretivism/Non-intepretivism; Textualism; Original Intent; Stare Decisis; Neutral principles; dan balancing* atau kombinasi dari beberapa metode tersebut (Saldi Isra, dkk., 2010: 55). Para hakim menggunakan pandangan atau kemampuan mereka berdasarkan pemahaman mereka terhadap hukum itu sendiri, artinya bahwa hakim-hakim berbeda pula dalam melakukan penafsiran konstitusi, sehingga suatu saat para hakim akan saling bertentangan dalam menafsirkan konstitusi terhadap sebuah perkara tertentu (Saldi Isra, dkk., 2010: 55). Sudikno Mertokusumo (1993: 14) mengidentifikasi beberapa metode interpretasi yang lazimnya digunakan oleh hakim (pengadilan), meliputi: (i) Penafsiran gramatikal/bahasa, (ii) penafsiran teleologis atau sosiologis, (iii) penafsiran sistematis atau logis, (iv) penafsiran historis, (v) penafsiran komparatif atau perbandingan, dan (vi) penafsiran futuristik.

Dalam memahami konstitusi Keith E. Whittington mengingatkan ada dua cara, yakni: *pertama*, melalui penafsiran konstitusi, bertujuan untuk menemukan makna dari naskah konstitusi, dan *kedua*, konstruksi konstitusi memiliki esensi yang mengarah pada penafsiran politis dan manakala penafsiran naskah konstitusi tidak dapat memastikan sebuah petunjuk aktivitas atau perbuatan (Harjono, 2008: 407). Pandangan lain, bahwa tujuan yang sudah *given* dari *judicial review* adalah menafsirkan konstitusi, penafsiran itu untuk mengelaborasi makna konstitusi dan

merupakan batu uji dalam *judicial review* (Maruarar Siahaan, 2008:6).

Penafsiran atau interpretasi merupakan metode penemuan hukum (*rechtoinding*), sebab metode ini merupakan sarana atau alat untuk mengetahui makna undang-undang (Sudikno Mertokusumo, 1993: 13) dalam pengujian materiil tersimpul adanya wewenang untuk menyelidiki dan menilai isi peraturan perundang-undangan yang menjadi batu pengujinya, jadi suatu undang-undang yang isinya sesuai atau dinyatakan bertentangan dengan derajat yang lebih tinggi oleh penguji telah dilakukan penafsiran. Intinya bahwa menguji isi undang-undang berarti membandingkan dan di dalamnya termasuk *process of discovering and expounding the meaning of the articles of law and the constitution* (proses penemuan dan penguraian norma konstitusi (Rosjidi Ranggawidjaja, 1996: 47). Jadi dalam wewenang pengujian materiil undang-undang terhadap UUD 1945 oleh MK, terdapat kewenangan melakukan penafsiran atas norma hukum.

Pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK) merupakan wujud prinsip atau asas konstitusionalitas undang-undang (*constitutionality of law*) yang menjamin bahwa undang-undang yang dibuat oleh pembentuk undang-undang itu tidak bertentangan dengan UUD 1945. Kewenangan pengujian undang-undang menimbulkan sebuah kewenangan yang *mutatis muntandis* (dengan sendirinya) ada, yaitu kewenangan menafsirkan konstitusi.

Kewenangan menafsirkan itu sesungguhnya timbul dari sebuah tafsir pula, misalnya Pasal 24C UUD 1945 bahwa “MK menguji undang-undang terhadap UUD” sebagai ketentuan pemberian kewenangan *constitutional review* kepada MK, ketentuan tersebut tidak mengandung kewenangan MK untuk melakukan penafsiran terhadap konstitusi, namun sangatlah tidak mungkin dapat melakukan penilaian pertentangan norma sebuah undang-undang apabila tidak menggunakan penafsiran konstitusi, dalam hal ini MK sebagai penafsir sah terhadap undang-undang dasar atau konstitusi (*the legitimate interpreter of the constitution*).

Senada dengan pandangan tersebut dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie (2011:175) bahwa fungsi hakim dalam menjalankan dan menerapkan hukum (*the statute law*) dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu: (i) untuk menemukan fakta-fakta yang terjadi dalam suatu kasus tertentu, dan kemudian (ii) untuk menemukan pengertian mengenai apa yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang agar dilakukan hakim dalam menangani kasus semacam itu.

Menurut Rosjidi Ranggawidjaja (1996: 47) yang mengutip pendapat Kleintjes bahwa tersimpul adanya wewenang untuk menyelidiki dan menilai isi peraturan perundang-undangan yang diuji maupun peraturan perundang-undangan yang menjadi batu pengujinya. Dalam hal suatu peraturan perundang-undangan dinyatakan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi derajatnya, maka di dalam tata urutan perundang-undangan yang ada harus diartikan bahwa

peraturan yang lenih tinggi derajatnya tersebut oleh penguji telah dilakukan penafsiran. Dalam melakukan pengujian lembaga yang berwenang juga mempunyai wewenang untuk menafsirkan karena menguji isi peraturan perundang-undangan berarti membandingkan dan di dalamnya termasuk "*process of discovering and expounding the meaning of the articles of laws and the constitution*". Dengan demikian lewat wewenang melakukan pengujian materiil, lembaga peradilan juga mempunyai wewenang untuk menafsirkan ketentuan UUD. Ni'matul Huda (2008: 276) justru mempertanyakan benarkah MK lembaga penafsir konstitusi dan sejauhmana kewenangan MK dalam menafsirkan konstitusi, ketentuan ini tidak jelas sehingga diperlukan rambu-rambu yang tegas dan jelas.

Menurut Mahfud MD bahwa ketidakjelasan tolok ukur dalam memaknai pertentangan norma hukum yang berdasarkan pada pemaknaan, kriteria, penggunaan penafsiran *original intent* sebagai metode penafsiran dalam pengujian norma hukum, hal ini terkait dengan teori apa yang menjadi dasar dan semanggat dalam perumusan konstitusi maupun pembentukan peraturan perundang-undangan. Hakim boleh menggunakan *original intent* suatu produk hukum, hal ini berdasarkan fakta bahwa secara teoritis pengujian norma hukum tersebut bertujuan untuk mengetahui makna atau maksud utama/maksud sebenarnya dari isi konstitusi atau peraturan perundang-undangan (Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, 2010, 65).

Menafsirkan konstitusi berarti memberikan arti atau makna dari suatu istilah atau kumpulan istilah dalam rumusan pasal atau ayat. Biasanya dilakukan dengan cara

menguraikan atau menjelaskan maksud dari sesuatu hal yang dianggap belum jelas. Selain itu, menafsirkan konstitusi atau undang-undang berarti memberikan keterangan atau penjelasan agar dapat dipahami maksud atau artinya (Rosjidi Ranggawijaya, 1996: 34). Penafsiran secara garis besar dapat dibedakan menjadi dua yaitu: *pertama*, penafsiran harfiah, yaitu semata-mata menggunakan kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangannya dan tidak keluar dari litera legis. *Kedua*, fungsional atau biasa diartikan interpretasi bebas yaitu interpretasi yang tidak mengikatkan diri sepenuhnya pada kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangannya melainkan mencoba untuk memahami maksud sebenarnya dari suatu peraturan dengan berbagai sumber lain yang dianggap bisa memberikan penjelasan yang lebih memuaskan (Tim Peneliti PKK FH Universitas Jenderal Soedirman, 2006: 199).

Karakteristik khusus dalam pengujian materiil undang-undang terhadap UUD 1945 adalah adanya penggunaan tolok ukur metode penafsiran oleh hakim konstitusi untuk menilai materi atau substansi UUD 1945. Hal ini berbeda dengan pengujian formil, dalam pengujian formil yang diuji adalah fakta mengenai proses pembentukan undang-undang yang bukti-buktinya harus nyata serta tidak boleh dilakukan penafsiran terhadap fakta tersebut, hakim memberikan putusan dengan alasan bukti tersebut. Misalnya pembentukan undang-undang tidak transparan atau tidak quorum, tidak transparan dan tidak quorum harus dibuktikan dengan data-data konkret/fisik yang mendukung. Sementara pengujian materiil berada dalam ranah menguji norma-norma



pasal/ayat dalam undang-undang dengan menjelaskan maksud dari norma hukum dalam konstitusi yang masih bersifat abstrak, apakah mengandung cacat hukum atau tidak, apakah adil atau tidak, apakah berkepastian hukum atau tidak, apakah memberikan manfaat atau tidak, sehingga untuk menilai norma pasal tersebut harus menggunakan metode penafsiran.

Penggunaan penafsiran UUD 1945 oleh MK dalam putusan pengujian undang-undang ternyata bersifat relativis, maksud relativis adalah pandangan yang mendasarkan bahwa segala sesuatu tidak ada yang mutlak dan tidak semua hal bisa digeneralisasikan, segala sesuatu harus dikontekstualkan dengan apa yang melatarbelakangi dan melingkupinya, bahwa apa yang dianggap perilaku dan norma yang baik, buruk, beradab, dan tidak beradab dalam konteks sosiohistoris atau masyarakat tertentu belum tentu memiliki nilai yang sama dengan sosiohistoris masyarakat lain. Dalam wacana lain maka konteks suatu masalah akan selalu berbeda dengan konteks masalah lain. Oleh karena itu, perlu kontekstualisasi setiap masalah lain tersebut, inilah ternyata yang menjadi pandangan MK dalam menafsirkan UUD 1945 melalui putusan-putusannya. Jadi tafsir putusan MK, satu sama lain akan berbeda, karena akan memandang dari teks dan konteks yang melingkupi kasus per kasus (Tim Peneliti PKK FH Unsoed, 2006: 215-216).

Dalam praktik, pilihan atas penafsiran untuk menilai konstitusionalitas suatu undang-undang, pasti akan mendatangkan pro kontra terutama di kalangan ahli dan pemerhati hukum. Tidak salah kalau Mahfud MD

menyatakan bahwa putusan-putusan MK membuat banyak pihak harus mengernyitkan dahi sebagai tanda keheranan atau ketidaksetujuan. Penilaian pertentangan hukum secara materiil melalui penggunaan metode penafsiran, yang mana hakim bebas memilih beragamnya metode penafsiran dalam ilmu hukum (penafsiran konstitusi). Sebuah undang-undang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 sangat tergantung dari penafsiran mana yang digunakan, misalnya MK pernah menyatakan sebuah undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 dengan menggunakan penafsiran *originalis* (*original intent*), padahal pasal-pasal dalam undang-undang yang diuji lebih bersifat menjelaskan atau mengelaborasi lebih jauh pasal-pasal yang terdapat dalam UUD 1945. Artinya dalam pengujian materiil bahwa pilihan penafsiran hakim sangat menentukan makna pertentangan norma yang dibuat dan dikonstruksi oleh hakim.

Pengujian konstitusionalitas (pengujian materiil) tidak dapat dilaksanakan tanpa kewenangan menafsirkan pasal-pasal dalam konstitusi yang memiliki kekuatan hukum. Prinsip dasar keadilan konstitusi tidak dapat tercapai apabila masing-masing cabang kekuasaan diberikan kekuasaan untuk menginterpretasikan konstitusi sesuai dengan interpretasinya sendiri-sendiri (Abdul Latif, 2009, 323-324). Penafsiran merupakan bagian dari *rechtsvinding* (penemuan hukum) yang selalu dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara (Mukti Arto, 2001: 332). Besarnya kewenangan tafsir tidak terlepas dari upaya untuk memenuhi rasa keadilan, namun jika kewenangannya tersebut tidak dapat digunakan

secara negarawan, maka dapat saja merugikan masyarakat pencari keadilan (Refli Harun, dkk (Ed), 2004: 301).

Menurut Satjipto Rahardjo bahwa penafsiran hukum itu merupakan jantung hukum, hampir tidak mungkin hukum bisa dijalankan tanpa membuka pintu penafsiran. Penafsiran hukum merupakan aktifitas yang mutlak terbuka untuk dilakukan, sejak hukum berbentuk tertulis. Diajukan sebuah adagium “membaca hukum adalah menafsirkan hukum”, mengatakan teks hukum sudah jelas, adalah suatu cara saja bagi pembuat hukum untuk bertindak pragmatis seraya diam-diam mengakui, bahwa ia mengalami kesulitan untuk memberikan penjelasan (Feri Amsari, 2009: 180). Artinya kewenangan MK dalam menafsirkan konstitusi sangat besar, bahkan kewenangan MK dalam menafsirkan konstitusi dapat saja memasuki wilayah tanpa batas.

Wilayah penafsiran tanpa batas itu yang acapkali menimbulkan persolan ditinjau dari prinsip kesatuan peradilan. Misalnya pada saat MA menerbitkan SEMA No. 7 Tahun 2014 tertanggal 31 Desember 2014 yang membatasi PK hanya sekali. SEMA itu sekaligus mengesampingkan putusan MK bernomor No 34/PUU-XI/2013 yang telah membatalkan Pasal 268 ayat (3) KUHAP yang membatasi pengajuan PK hanya sekali dalam perkara pidana. MA menganggap putusan MK itu dianggap sebagai putusan nonexecutable alias tidak bisa diimplementasikan dalam praktik. Soalnya, Pasal 24 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 66 ayat (1) UU No. 3 Tahun 2009 tentang MA membatasi PK hanya sekali. MA beralasan jika PK boleh diajukan berkali-kali dikhawatirkan instrumen hukum itu dijadikan “senjata”

bagi para gembong narkoba menghindari eksekusi mati karena mengajukan PK yang kedua setelah grasinya ditolak presiden. Menurut Kepala Biro Hukum dan Humas MA Ridwan Mansyur mengatakan SEMA itu bukanlah bentuk ketidakpatuhan terhadap putusan MK. SEMA itu diterbitkan sebagai guidance (pedoman) bagi para hakim dalam mengadili dan memutus perkara. Selanjutnya, terserah hakim tingkat pertama yang akan memutus apakah akan meneruskan atau tidak pengajuan PK-nya ke MA, dan hakim agung yang akan memutuskan demi keadilan dan kepastian hukum.

Menurut MK, menganggap tindakan Mahkamah Agung (MA) menerbitkan Surat Edaran (SEMA) Nomor 7 Tahun 2014 tentang Peninjauan Kembali Hanya Satu Kali sebagai bentuk pembangkangan terhadap konstitusi. Langkah MA menerbitkan SEMA itu juga dinilai sebagai pelanggaran konsepsi negara hukum yang berpuncak pada konstitusi sebagai hukum dasar. Dengan terbitnya putusan MK No 34/PUU-XI/2013 yang membatalkan Pasal 268 ayat (3) KUHAP yang berimplikasi PK dapat diajukan berkali-kali didasarkan pada pertimbangan dan menjunjung tinggi asas kehati-hatian dalam memutus perkara. Sebab, dalam hukum pidana dikenal prinsip lebih baik membebaskan seribu orang yang bersalah daripada menghukum satu orang yang tidak bersalah (*in dubio proreo*). Putusan MK menghapus norma Pasal 268 ayat (3) KUHAP terkait pengajuan PK hanya sekali khusus terhadap perkara pidana. Putusan MK tidak sekaligus membatalkan norma pembatasan PK dalam UU Kekuasaan Kehakiman dan UU MA. Sebab, selain PK perkara pidana, dikenal PK untuk perkara perdata, TUN, dan Agama.

Pada kasus yang lain, MK memberikan putusan yang menambah kewenangan Pra Peradilan dari sebelumnya hanya bisa menerima perkara dalam hal sah tidaknya suatu Penahanan, Penggeledahan, Penghentian Penyidikan, Penghentian Penuntutan serta Rehabilitasi. Dalam putusan itu, MK menambahkan objek Penetapan Tersangka sebagai perkara yang bisa diadili di Pra Peradilan. Putusan Mahkamah Konstitusi ini mengakhiri perdebatan tentang sah atau tidaknya objek Penetapan Tersangka dimasukkan dalam Pra Peradilan. Perdebatan ini mencuat saat Komisaris Jenderal Budi Gunawan memenangkan sengketa dengan KPK di Jakarta Selatan, yang objek perkaranya adalah gugatan atas penetapan tersangka yang diterima oleh Komisaris Jenderal Budi Gunawan. Kemenangan ini menjadi kontroversial bagi kalangan pemerhati hukum, karena sebelumnya Pra Peradilan tidak berwenang menangani yang objek perkaranya adalah Penetapan Tersangka. Selain putusan penambahan kewenangan Pra peradilan, MK juga memberi kejelasan soal jumlah alat bukti dalam perkara pidana. Selama ini, dalam penetapan tersangka menurut KUHAP Pasal 1 ayat 14, 17 dan 21 cukup dengan bukti permulaan ataupun bukti yang cukup. Definisi “Bukti Permulaan” mengandung arti yang sulit dipahami, karena tidak ada penjelasan yang cukup dalam KUHAP apakah yang dimaksud dengan bukti permulaan, misal alat bukti berapa atau dalam bentuk apa? Begitupun definisi “Bukti yang Cukup” sebagai syarat dalam penetapan tersangka. Ketentuan ini tentu memberikan ketidakpastian bagi si tersangka, ketidakjelasan dan ketidakpastian ini rawan menjadi alat bagi penegak hukum untuk menetapkan tersangka kepada setiap orang. Ini berbeda dengan aturan dalam perundang-undangan yang lain, misal UU KPK yang memberi syarat untuk menetapkan tersangka minimal 2 alat

bukti. Hingga akhirnya selain Penambahan objek dalam Pra Peradilan juga mengabulkan gugatan yang mensyaratkan kepada aparat penegak hukum pidana untuk minimal mendapatkan 2 alat bukti.

Hal yang menarik dari putusan ini, banyak tersangka "korupsi" yang sedang dalam proses penyidikan oleh KPK ramai-ramai mengajukan Pra Peradilan tentang penetapan tersangka kepada mereka. Ada yang menang seperti mantan ketua BPK dan eks Walikota Makasar, ada juga yang kalah seperti Mantan Menteri Agama SDA. Lalu muncul pertanyaan dari berbagai kalangan, apakah ini berarti putusan MK melemahkan pemberantasan korupsi? Karena banyak yang khawatir energi KPK habis hanya untuk sengketa di Pra Peradilan saja. Jawaban untuk pertanyaan dan kekhawatiran diatas adalah tidak! Putusan MK sudah benar, karena penegakan serta penghormatan pada Hak Asasi Manusia khususnya kepastian hukum pada warga negara sudah seharusnya dihormati dan ini telah diamanatkan dalam UUD 1945 dan itu tidak bisa diganggu gugat, termasuk dalam proses hukum sekalipun. Sedang ketakutan bahwa energi KPK akan habis karena disibukan oleh sengketa di Pra peradilan adalah konsekuensi dari proses hukum yang mereka laksanakan, terutama dalam proses penyidikan, dan KPK harus membuktikan bahwa mereka tidak asal menetapkan tersangka pada seseorang yang menurut mereka masuk kriteria.

Penafsiran konstitusi sebagai tolok ukur untuk menilai pertentangan norma hukum dalam pengujian undang-undang harus memiliki tolok ukur dan batasan yang jelas, tolor ukur dan batasan tersebut meliputi: *Pertama*, intinya bahwa penafsiran terhadap konstitusi merupakan salah satu cara untuk mengelaborasi pengertian-pengertian yang terkandung

dalam konstitusi dan proses menemukan pengertian-pengertian dari teks konstitusi. *Kedua*, terkait dengan independensi dan kebebasan hakim dalam menggunakan metode penafsiran yang tidak diatur dalam hukum positif, maka hakim bebas menggunakan metode penafsiran tersebut yang sesuai dengan keyakinan hakim. Hakim dalam menggunakan metode penafsiran jangan hanya berfungsi sebagai corong undang-undang, tetapi juga berfungsi corong keadilan sebab hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (keadilan substantif). Merujuk pada teori *the living constitution*, maka UUD 1945 harus dipahami sebagai konstitusi yang memiliki dinamika berdimensi tekstual dan kontekstual.

*Ketiga*, batasan dalam penggunaan metode penafsiran bahwa hakim konstitusi tidak boleh hanya semata-mata terpaku pada metode penafsiran *originalisme* yang mendasarkan diri pada *original intent*/perumusan pasal UUD 1945 atau menggunakan penafsiran lain (*non originalis*) yang menyebabkan penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi UUD itu sendiri secara keseluruhan berkaitan dengan tujuan yang hendak diwujudkan. *Keempat*, penggunaan metode penafsiran harus dipertanggungjawabkan kepada publik, agar hal tersebut bisa teruji kevalidannya dalam kasus tertentu. Hal ini perlu dilakukan karena MK memiliki kewenangan penafsiran yang luas terhadap konstitusi, sehingga untuk menjaga hakim MK agar terhindar dari penyalahgunaan kekuasaan dalam menafsirkan UUD 1945.

## BAB VI

### KONSTRUKSI KONTRAK BERKEADILAN

#### A. Mencari Keseimbangan dan Keadilan

Dewasa ini perdebatan mengenai keseimbangan dan ketidakseimbangan berkontrak, serta pada akhirnya berujung pada isu-isu tentang “keadilan berkontrak” tampaknya sudah waktunya untuk ditinggalkan, khususnya apabila dikaitkan dengan kontrak bisnis (komersial). Bukan bermaksud *apriori*, namun demikian perbincangan mengenai posisi para kontraktan dalam perspektif kontrak-kontrak bisnis komersial seyogianya perlu dikaji secara jernih, terutama pada struktur hubungan serta bangunan azas- azasnya (Agus Yudho Hernoko, 2010: 3).

Dimensi kontrak bisnis komersial yang lebih menekankan pada aspek penghargaan terhadap kemitraan dan kelangsungan bisnis (*efficiency and profit oriented*), tidak lagi berkutat pada keseimbangan matematis. Konstruksi hubungan para pihak dalam kontrak bisnis komersial justru lebih menekankan pada proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban di antara pelaku-pelakunya. Dengan diterimanya prinsip-prinsip universal seperti itikad baik dan transaksi yang adil atau jujur (*good faith and fair dealing; reasonableness and equity; redelijkheid en billijkheid*; kepatutan dan keadilan) dalam praktik bisnis, membuktikan bahwa yang diutamakan adalah memberikan jaminan bahwa perbedaan kepentingan di



antara para pihak telah diatur melalui mekanisme pembagian beban kewajiban secara proporsional, terlepas berapa proporsi hasil akhir yang diterima para pihak (Agus Yudho Hernoko, 2010: 3).

Urgensi pengaturan kontrak dalam praktik bisnis adalah untuk menjamin pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) berlangsung secara proporsional bagi para pihak, sehingga dengan demikian terjalin hubungan kontraktual yang adil dan saling menguntungkan. Bukan sebaliknya, merugikan salah satu pihak atau bahkan pada akhirnya justru merugikan para pihak yang berkontrak. Sekedar menyoal ketidakseimbangan kontraktual berdasarkan bunyi klausul kontrak justru bertentangan dengan esensi hubungan kontraktual yang dibangun para pihak. Pada kontrak bisnis komersial, tujuan para pihak lebih ditujukan membangun hubungan bisnis yang berlangsung *fair* (Agus Yudho Hernoko, 2010: 4).

Pembahasan tentang hubungan kontraktual para pihak pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dalam hubungannya dengan masalah keadilan. Kontrak sebagai wadah yang mempertemukan kepentingan satu pihak dengan pihak lain menuntut bentuk pertukaran kepentingan yang adil. Pertanyaan seputar apa itu "keadilan" adalah sebuah pertanyaan yang acap kali kita dengar, namun pemahaman yang tepat justru rumit bahkan abstrak, terlebih apabila dikaitkan dengan pelbagai kepentingan yang demikian kompleks (Robert Reiner, dalam James Penner et. al., 2002: 719).

Dalam hal ini, keadilan itu memperlakukan sama terhadap hal yang sama dan memperlakukan yang tidak sama

sebanding dengan ketidaksamaannya. Azas keadilan tidak menjadikan persamaan hakiki dalam pembagian kebutuhan-kebutuhan hidup. Hasrat akan persamaan dalam bentuk perlakuan harus membuka mata bagi ketidaksamaan dari kenyataan-kenyataan. Terkait dengan pandangan tersebut, perlu diperhatikan makna keadilan dari suatu azas yang menentukan "bentuk" menjadi azas yang memberikan "isi" dari suatu standar atau ukuran (L.J. van Apeldoorn, 2004: 11-13; J. van Kan dan J.H. Beekhuis, 1990: 171-172).

Terkait dengan kompleksitas hubungan kontraktual dalam dunia bisnis, khususnya terkait dengan keadilan dalam kontrak, maka berdasarkan pikiran-pikiran tersebut di atas kita tidak boleh terpaku pada pembedaan keadilan klasik. Artinya analisis keadilan dalam kontrak harus memadukan konsep kesamaan hak dalam pertukaran (prestasi dan kontra prestasi) sebagaimana dipahami dalam konteks keadilan komutatif maupun konsep keadilan distributif sebagai landasan hubungan kontraktual (Agus Yudho Hernoko, 2010: 12).

## **B. Keadilan dan Kontrak Asuransi**

Perbuatan para pihak dalam kontrak asuransi merupakan perbuatan hukum yang ditujukan pada suatu akibat hukum yaitu menyangkut pernyataan kehendak dan kewenangan bertindak untuk menciptakan, mengubah dan mengakhiri suatu hubungan hukum tertentu. Isi kontrak atau perjanjian harus mengandung asas kebebasan berkontrak sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang dan

kesusilaan yang baik dan ketertiban umum (Herlian Budiono, 2008: 328-338).

Dari sejumlah literatur diperoleh pemahaman bahwa asuransi itu merupakan suatu persetujuan timbal balik yang berarti masing-masing pihak berjanji akan melakukan sesuatu bagi pihak lain, di mana dalam hal ini masing-masing pihak mempunyai hak dan kewajiban secara timbal balik. Pihak penjamin akan membayar sejumlah uang kepada terjamin, apabila suatu peristiwa akan terjadi dimana masing-masing pihak tidak mengetahuinya kapan peristiwa tersebut terjadi. Di sini harus terdapat hubungan sebab akibat diantara peristiwa dan kerugian (Wirjono Prodjodikoro, 1982: 5; D. Soetanto, 1992: 1; A. Abbas Salim, 1985: 1; Abdulkadir Muhammad, 1993: 28). Asuransi dikatakan sebagai suatu perjanjian kerugian, dalam hal ini jelas bahwa penanggung mengikatkan diri untuk mengganti kerugian karena pihak tertanggung menderita kerugian dan yang diganti itu adalah seimbang dengan kerugian yang sungguh-sungguh diderita. Dari beberapa unsur suatu perjanjian asuransi tersebut, menyebabkan para pihak yang membuat suatu perjanjian asuransi akan dapat bersikap lebih tegas terutama yang menyangkut syarat-syarat yang harus ada dalam perjanjian asuransi. Hal ini sangat penting sekali adalah untuk menentukan hak dan kewajiban yang akan timbul dari para pihak, pada saat perjanjian asuransi itu sedang berlangsung maupun akan saat berakhirnya perjanjian asuransi tersebut.

Itikad baik atau *utmost good faith* merupakan suatu dasar pokok dan kepercayaan yang menjadi landasan setiap perjanjian termasuk perjanjian asuransi, dan pada dasarnya

hukum tidak melindungi pihak yang beritikad buruk. Sebagai refleksi dari asas itikad baik yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) BW, untuk semua perjanjian asuransi secara khusus diatur pada Pasal 251 KUHD. Asas yang terkandung dalam Pasal 251 KUHD pada dasarnya merupakan asas *uberrima fides* atau *uberrimae fidei* yang dalam bahasa Inggris dipergunakan istilah *the principle of utmost good faith*. Asas itikad baik yang sempurna ini adalah merupakan *lex specialis* dari itikad baik berdasarkan ketentuan hukum perdata (Ridwan Khairandy, 2003: 128).

Di dalam praktik, salah satu senjata yang sering digunakan oleh penanggung untuk melindungi dirinya untuk tidak membayar klaim asuransi adalah ketentuan Pasal 251 KUHD. Tujuan dari Pasal 251 KUHD adalah melindungi penanggung atau membebaskannya dari risiko yang tidak secara adil diperalihkan kepadanya, sehingga dalam pasal ini tidak menjadi pertimbangan apakah pada penanggung terdapat itikad jahat atau itikad baik (Emmy P. Simanjuntak, 1980). Ketentuan di dalam Pasal 251 KUHD tersebut dirasakan terlalu memberatkan tertanggung disebabkan karena 2 (dua) hal, yaitu *pertama*, Ancaman yang sama berupa batalnya asuransi terhadap tertanggung yang beritikad baik. *Kedua*, Tidak diberikan kesempatan memperbaiki kekeliruannya bagi tertanggung yang keliru dalam memberikan keterangan (M. Suparman Sastrawidjaja, 1993).

Menurut ketentuan Pasal 251 KUHD, apabila tertanggung memberitahukan hal yang tidak yang sebenarnya, memberitahukan hal yang keliru dan tidak sejelas-jelasnya maka, apabila hal ini terjadi, sanksi yang

diberikan adalah mengakibatkan batalnya perjanjian asuransi, jelas hal ini sangat memberatkan tertanggung yang beritikad baik. Pemberlakuan prinsip itikad baik dari tertanggung boleh dikatakan sudah kembali bergeser kearah apa yang sudah dikenal umum dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara, yakni prinsip itikad baik kedua belah pihak dalam perjanjian.

Dalam rangka mencapai keadilan dalam membuat kontrak perjanjian asuransi maka perlu diperhatikan asas-asas perjanjian dalam yang dibuat untuk mengatur para pihak yaitu: (i) Asas konsensualisme; (ii) Asas kebebasan berkontrak; (iii) Asas *Pacta Sunservanda*; (iv) Asas Itikad Baik; (v) Asas perlindungan; dan (vi) Asas keterbukaan. Asas perlindungan dan keterbukaan perlu ditambahkan selain keempat asas umum perjanjian. Kedua asas tersebut perlu dimasukkan dalam pembuatan kontrak perjanjian asuransi dengan pertimbangan bahwa asas perlindungan hukum terhadap para pihak dalam perjanjian asuransi belum terpenuhi. Asas perlindungan mengandung pengertian kesadaran akan fungsi masing-masing pihak dalam perjanjian asuransi, yaitu tertanggung maupun penanggung serta tanggung jawab masing- masing pihak untuk memenuhi berbagai kewajiban guna memperoleh haknya. Penanggung dan tertanggung dapat memperoleh perlindungan hukum apabila mengalami perlakuan kesewenang-wenangan yang menimbulkan kerugian baginya. Perlindungan hukum tidak hanya diberikan kepada tertanggung, yang selama ini dianggap sebagai pihak yang lemah, mengingat keberadaan tertanggung senantiasa terabaikan pada saat pembuatan perjanjian asuransi. Pihak penanggung selama ini dianggap sebagai pihak yang kuat

karena mengendalikan proses terjadinya perjanjian. Apabila haknya dilanggar maka para pihak boleh menuntut haknya.

Asas keterbukaan dalam pembuatan perjanjian asuransi juga perlu dicantumkan, mengingat bahwa dalam praktek perjanjian asuransi seringkali terjadi adanya ketidakjelasan informasi atau informasi yang sengaja disembunyikan. Informasi diawal sebelum terjadinya penutupan perjanjian asuransi seringkali diingkari oleh pihak tertanggung, begitu juga informasi yang dituangkan dalam perjanjian asuransi seringkali terjadi ketidakjelasan sehingga dapat merugikan pihak tertanggung. Asas keterbukaan mengandung pengertian adanya informasi yang benar yang dapat diakses sehingga memberikan kejelasan bagi para pihak untuk terwujudnya transparansi dalam perjanjian asuransi. Hal ini memungkinkan para pihak dapat melaksanakan kewajiban secara optimal untuk memperoleh haknya sehingga dapat dihindari adanya beberapa kekurangan dan penyimpangan.

Di dalam penelitiannya, Zahry Vandawati Chumaida (2013) mengusulkan untuk merekonstruksi kembali Pasal 251 KUHD sehingga terjadi keseimbangan terhadap para pihak dalam melakukan perjanjian asuransi. Hal ini sebenarnya juga ditegaskan dalam usulan Rancangan Undang-Undang Perjanjian Asuransi yang sebenarnya sudah jauh-jauh hari dibuat, namun pada saat ini RUU tersebut belum juga disetujui oleh anggota Dewan Perwakilan Rakyat. Rekonstruksi ulang Pasal 251 KUHD tersebut dengan pertimbangan bahwa selama ini hukum perjanjian asuransi belum pernah disesuaikan dengan perkembangan dunia dari lembaga yang berhakikat internasional. Selama ini hukum

tentang perjanjian asuransi yang ada tidak dapat dipertahankan lebih lama lagi dan harus segera direvisi total untuk penyesuaian dengan Pancasila dan UUD 1945 serta perkembangan hukum baru. Mempertimbangkan hal-hal tersebut maka dipandang perlu untuk menetapkan undang-undang tentang Perjanjian Asuransi.

### **C. Kontrak Karya dan Posisi Pemerintah**

Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Sudirman Said saat memberi keterangan di depan Mahkamah Kehormatan Dewan pertengahan Desember 2015 yang lalu pernah menyampaikan bahwa siapa pun pemerintahnya akan menghadapi dilema terkait kontrak karya PT Freeport Indonesia yang ujungnya mau tidak mau harus memberikan perpanjangan kontrak kepada PT Freeport Indonesia. Alasannya, menurut Sudirman, ada pasal dalam kontrak karya Freeport yang menentukan Freeport berhak meminta perpanjangan kontrak kapan saja selama masa kontrak. Kemudian, apabila tidak ada hal yang luar biasa, pemerintah tidak bisa menunda pemenuhan permintaan perpanjangan tersebut.

Dilema yang disampaikan oleh Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral benar apabila kontrak karya Freeport dianggap sebagai *lex specialis*. Dalam teori hukum memang ada doktrin yang mengatakan bahwa ketentuan yang khusus akan mengesampingkan ketentuan yang umum (*lex specialis derogat legi generali*).

Sejak lama kontrak karya Freeport dianggap sebagai *lex specialis* dari ketentuan-ketentuan dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Padahal, ini suatu hal yang keliru. Asas *Lex specialis derogat legi generali* mendasarkan pada produk hukum yang sejenis, semisal undang-undang yang khusus akan mengesampingkan undang-undang yang umum. Namun, ini tidak berlaku bagi perjanjian yang merupakan produk hukum yang berbeda jenis dengan peraturan perundang-undangan.

Jika perjanjian antarsubyek hukum perdata bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, tidak bisa diberlakukan *lex specialis derogat legi generali*. Ketentuan yang berlaku adalah Pasal 1320 dan Pasal 1337 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata). Pasal 1320 yang menentukan syarat sahnya suatu perjanjian menyebutkan ada 4 (empat) elemen yang harus dipenuhi, yaitu kesepakatan, kecakapan, hal tertentu, dan kausa/alasan yang halal. Terkait kausa yang halal dijelaskan secara negatif dalam Pasal 1337 KUHPerdata, yaitu "*Suatu sebab adalah terlarang jika sebab itu bertentangan dengan undang-undang atau bila sebab itu bertentangan dengan kesusilaan atau dengan ketertiban umum*".

Lalu, mengapa kontrak karya Freeport dahulu dianggap sebagai *lex specialis*? Diduga ini merupakan keinginan dari Freeport McMoRan terhadap Pemerintah Indonesia yang saat itu memiliki posisi tawar lemah. Freeport McMoRan sebagai investor tidak ingin mendapat gangguan dari pemerintah sebagai regulator dalam masa kontrak karya. Bentuk gangguan tersebut berupa penerbitan berbagai peraturan perundang-undangan yang bisa berdampak negatif bagi



Freeport McMoRan. Ini dilakukan karena kecenderungan pemerintah di negara berkembang kerap menerbitkan peraturan perundang-undangan sesuka hati yang memunculkan ketidakpastian.

Dalam konteks demikian, tidak heran jika dalam kontrak karya diatur ketentuan mengenai perpajakan yang diberlakukan secara *nail down*. Maksud *nail down* adalah terhadap kontrak karya berlaku ketentuan perpajakan pada saat kontrak karya ditandatangani. Ketentuan perpajakan tersebut akan berlaku terus dan tidak berubah hingga jangka waktu berakhirnya kontrak karya. Ini terlepas ketentuan perpajakan tersebut telah mengalami perubahan dari waktu ke waktu.

Dasar untuk memberlakukan kontrak karya sebagai *lex specialis* terhadap undang-undang adalah baik kontrak karya maupun undang-undang disiapkan oleh pemerintah yang selanjutnya mendapat persetujuan dari DPR. Argumentasi ini mengandung 2 (dua) kelemahan. *Pertama*, meski disiapkan oleh pemerintah dan disetujui oleh DPR, keduanya secara hukum merupakan dua jenis produk hukum yang berbeda, yaitu perjanjian dan undang-undang. *Kedua*, pada waktu Freeport mendapatkan kontrak karya baru pada 1991, proses persetujuan tidak melibatkan DPR. Dua tahap Kontrak karya tidak seharusnya dijadikan alat untuk mengungkung atau membatasi pelaksanaan kedaulatan negara. Secara teoretis ini sesuatu yang tidak tepat dan menyesatkan.

Dalam memahami keberadaan kontrak karya, Pemerintah Indonesia memiliki 2 (dua) topi. Topi pertama sebagai subyek hukum publik dan topi kedua sebagai subyek

hukum perdata. Sebagai subyek hukum publik, pemerintah adalah regulator yang dapat mengeluarkan peraturan perundang-undangan. Regulator berada di atas rakyat dan pelaku usaha. Pemerintah sebagai regulator ketika mengeluarkan peraturan perundang-undangan tidak perlu mendapatkan persetujuan dari rakyat secara individual. Pemerintah dapat secara sepihak mengeluarkannya. Fiksi hukum yang berlaku adalah ketika telah diundangkan, semua orang dianggap tahu. Kalaupun rakyat merasa peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan secara sepihak tersebut merugikan, mereka dapat mengajukan pengujian melalui kekuasaan kehakiman (*judicial review*).

Ini berbeda konsep dengan perjanjian. Menurut Pasal 1338 KUHPerdata, perjanjian akan belaku sebagai hukum hanya bagi para pihak yang membuatnya. Secara fundamental perjanjian mensyaratkan kesejajaran atau kesetaraan. Artinya, pemerintah ketika membuat perjanjian tidak lagi memiliki kedudukan yang lebih tinggi dari pelaku usaha. Pemerintah bisa menjadi subyek hukum perdata berupa badan hukum. Ini ditentukan dalam Pasal 1653 KUHPerdata yang mengualifikasi pemerintah sebagai '*badan hukum itu diadakan oleh kekuasaan umum*'. Pemerintah menjadi badan hukum saat membuat perjanjian untuk melakukan pengadaan barang dan jasa. Demikian juga ketika pemerintah membuat kontrak karya dengan kontraktor, termasuk Freeport, pemerintah berada dalam kedudukannya sebagai subyek hukum perdata, tidak dalam kedudukan sebagai subyek hukum publik.

Sementara ketika pemerintah membuat aturan perpajakan yang dituangkan dalam undang-undang berikut

peraturan pelaksanaannya atau Undang-Undang Mineral dan Batubara (Minerba) berikut peraturan pelaksanaannya, pemerintah berkedudukan sebagai subyek hukum publik. Pemerintah sebagai subyek hukum perdata yang mengikatkan diri dengan Freeport tidak boleh membuat ketentuan yang bertentangan dengan pemerintah sebagai regulator. Jika bertentangan dan tidak diamandemen, konsekuensinya batal demi hukum. Dasarnya adalah Pasal 1337 dan Pasal 1320 KUHPerdata.

Atas dasar uraian di atas, tidaklah tepat jika pemerintah sebagai subyek hukum perdata tidak dibedakan dengan pemerintah dalam kedudukannya sebagai subyek hukum publik. Jika tidak dilakukan pembedaan, terjadilah kekeliruan pemahaman seolah kewenangan pemerintah sebagai regulator dikungkung atau dibatasi dengan sebuah perjanjian. Sebaliknya, pemerintah pun tidak boleh menyalahgunakan kewenangannya (*abuse of power*) sebagai subyek hukum publik untuk melepaskan jeratan dalam perjanjian di mana pemerintah berkedudukan sebagai subyek hukum perdata. Ini yang hampir terjadi ketika berlangsung pembahasan Undang-Undang Minerba.

Saat itu, DPR ingin memanfaatkan pemerintah sebagai regulator untuk mengakhiri semua kontrak karya. Beruntung pemerintah tidak menyetujui keinginan DPR karena konsekuensinya bisa fatal jika diajukan ke *International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Perbedaan pandangan antara pemerintah dan DPR ini memunculkan kompromi. Kompromi tecermin dalam Pasal 169 Undang-Undang Minerba. Pasal tersebut berisi 3 (tiga) ayat. *Pertama*, Pasal 169

Ayat (a) menyebutkan bahwa kontrak karya akan tetap dihormati sampai berakhirnya kontrak. *Kedua*, dalam Pasal 169 Ayat (b), kontrak karya harus menyesuaikan dengan Undang-Undang Minerba dalam jangka waktu satu tahun. Di sinilah yang memunculkan ide renegotiasi kontrak karya. *Ketiga*, Pasal 169 Ayat (c) menentukan dalam hal penerimaan negara, negara akan mendapatkan yang paling besar. Maksudnya, apabila berdasarkan kontrak karya negara mendapatkan penerimaan lebih besar dibandingkan aturan perpajakan yang berlaku, kontrak karya yang berlaku. Namun sebaliknya jika aturan perpajakan lebih besar.

Kontrak karya Freeport bisa diakhiri saat berakhir pada 2021. Ini merupakan ketentuan yang berlaku dalam Pasal 169 Ayat (a) Undang-Undang Minerba. Undang-Undang Minerba sebagai produk hukum pemerintah sebagai subyek hukum publik tidak mungkin dilawan dengan kontrak karya yang merupakan perjanjian meski salah satu pihaknya adalah pemerintah. Kalaulah ada ketentuan dalam kontrak karya yang menyatakan Freeport berhak meminta perpanjangan kapan saja selama masa kontrak ini, tidak berarti pemerintah sebagai subyek hukum perdata harus menyetujuinya.

Sementara kata-kata "Apabila tidak ada hal yang luar biasa, pemerintah tidak bisa menunda pemenuhan dari permintaan perpanjangan tersebut" tidak berarti mengharuskan pemerintah memperpanjang. Kalimat tersebut harus dibaca secara cermat, terutama kata-kata "*Apabila tidak ada hal yang luar biasa*". Apa yang menjadi hal yang luar biasa? Hal yang luar biasa adalah jika mayoritas rakyat Indonesia tidak menghendaki kontrak karya diperpanjang oleh pemerintah.

## **BAB VII**

# **PANCASILA SEBAGAI CITA HUKUM NASIONAL**

### **A. Pancasila sebagai Nilai Dasar Instrumental**

Pancasila sebagai norma dasar negara dan dasar negara Republik Indonesia yang berlaku adalah Pancasila yang tertuang dalam Pembukaan UUD 1945 *juncto* Keputusan Presiden RI Nomor 150 Tahun 1959 mengenai Dekrit Presiden RI/Panglima Tertinggi Angkatan Perang Tentang Kembali Kepada Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Naskah Pembukaan UUD 1945 yang berlaku adalah Pembukaan UUD 1945 yang disahkan/ditetapkan oleh Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) tanggal 18 Agustus 1945.

Undang-Undang Dasar 1945 merupakan sumber hukum yang mengandung nilai asas dan norma yang harus dipatuhi, yang harus dijunjung tinggi, dan dilaksanakan dalam setiap pengambilan keputusan dan/atau pun kebijakan hukum, baik oleh pemerintah, legislatif, dan badan-badan yudisial, serta rakyat pada umumnya. Oleh karena itu, dalam sistem hukum nasional yang sudah dan hendak dibangun dalam pelaksanaannya dalam bentuk politik hukum nasional harus tetap dijaga dan dipertahankan nilai-nilai fundamental yang terkandung dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945,

dan seluruh batang tubuhnya sebagai landasan falsafah dan konstitusional negara.

Pembukaan UUD 1945 pada alinea pertama memberikan gambaran kepada bangsa Indonesia dan masyarakat dunia betapa para pendiri bangsa Indonesia sangat memahami dan menghormati hak asasi manusia yang di dalamnya mencakup hak segala bangsa untuk merdeka karena penjajahan dalam bentuk apapun merupakan keingkaran terhadap fitrah suci kelahiran manusia ke muka bumi ini, sehingga para pendiri bangsa Indonesia tegas mengatakan bahwa penjajahan tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan keadilan.

Demikian pula dengan alinea kedua Pembukaan UUD 1945 menggambarkan betapa kemerdekaan tersebut harus direbut dengan perjuangan dalam suatu pergerakan sehingga dengan penuh kebahagiaan telah berhasil mengantarkan rakyat Indonesia kedepan pintu gerbang kemerdekaan Negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil, dan makmur.

Dalam alinea ketiga Pembukaan UUD 1945 ditegaskan pula bahwa ternyata perjuangan dalam pergerakan kemerdekaan tersebut tidaklah semata-mata hasil perjuangan manusia belaka, sebagai manusia yang beragama meyakini sepenuhnya bahwa perjuangan kemerdekaan tersebut tidak bisa dilepaskan sama sekali atas berkat rakhmat Allah Yang Maha Kuasa karena kemerdekaan yang diperjuangkan tersebut didorong oleh keinginan yang luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas sehingga secara tegas bangsa Indonesia menyatakan kemerdekaannya. Bahkan dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945 para pendiri bangsa

memiliki komitmen bahwa dengan telah diraihnyanya kemerdekaan oleh bangsa Indonesia, maka dibentuklah suatu pemerintahan dengan tujuan yang mulia yakni yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Sangat patut kita syukuri, dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945 telah dengan kokoh meletakkan dasar-dasar didirikannya negara Indonesia dengan sila Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan Yang Dipimpin Oleh Hikmah Kebijaksanaan Dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta Keadilan Bagi Seluruh Rakyat Indonesia.

Nilai-nilai dasar dalam Pembukaan UUD 1945 inilah yang mencerminkan isi dari pasal-pasal UUD 1945 yang keseluruhannya harus dipahami oleh masyarakat Indonesia antara lain dengan cara melakukan sosialisasi. Baik semua hal dalam pembukaan maupun yang terdapat dalam pasal-pasal UUD 1945 bisa saja dikualifikasi dengan pilar lainnya seperti pilar-pilar dalam atribut negara, seperti bahasa Indonesia, bendera negara, lagu kebangsaan, yang memperkokoh Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Secara konstitusional Pembukaan UUD 1945 tersebut mendudukan apa yang terkandung di dalam Pancasila adalah sebagai dasar negara. Sebagai dasar negara, Pancasila secara normatif harus menjadi fundamen penyelenggaraan Pemerintahan Negara Indonesia yang berfungsi memberikan

perlindungan, penyejahteraan, pencerdasan, dan berpartisipasi dalam ketertiban dunia sebagaimana diuraikan di muka. Atas dasar Pancasila dan fungsi Pemerintahan Negara Indonesia yang demikian itu maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat.

Alinea keempat Pembukaan UUD 1945 semakin memperjelas kedudukan Pancasila sebagai dasar negara. Pancasila juga merupakan kristalisasi dari jiwa bangsa (*volksgeist*) Indonesia yang memiliki sifat religius, kekeluargaan, gotong royong, dan toleran. Oleh karenanya Pancasila merupakan ruh dan spirit yang menjiwai UUD 1945 dan seluruh aspek dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Undang-Undang Dasar 1945 sebagai hukum tertinggi tidak saja dalam bidang politik, tetapi juga dalam bidang ekonomi, dan bahkan sosial. Karena itu Undang-Undang Dasar 1945 merupakan konstitusi politik, merupakan konstitusi ekonomi, dan sekaligus juga merupakan konstitusi sosial. Undang-Undang Dasar 1945 adalah konstitusi yang harus dijadikan referensi tertinggi dalam dinamika kehidupan bernegara, bermasyarakat, dan dalam dinamika ekonomi pasar atau yang biasa kita kenal dengan *market economy*. Di samping soal-soal politik, Undang-Undang Dasar 1945 juga mengatur tentang sosial ekonomi dan sosial atau yang terkait dengan keduanya, yaitu *pertama*, hal keuangan negara seperti



kebijakan keuangan, moneter, dan fiskal. *Kedua*, bank sentral. Dan *ketiga*, Badan Pemeriksa Keuangan Negara, di mana hal kebijakan pengelolaan dan pemeriksaan tanggung jawab negara. Yang *keempat*, soal perekomian nasional, seperti mengenai prinsip-prinsip hak ekonomi, konsep kepemilikan pribadi, dan kepemilikan kolektif, serta penguasaan negara atas kekayaan sumber daya alam yang penting dan menyangkut hajat hidup orang banyak sebagaimana dimaksudkan pada Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945.

Yang *keenam* mengenai kesejahteraan sosial, seperti sistem jaminan sosial, pelayanan umum, dan pelayanan kesehatan dan pemeliharaan fakir miskin dan anak terlantar sebagaimana dimaksudkan dalam Konstitusi Undang-Undang Dasar 1945, dan Pancasila bahwa fakir miskin dan anak terlantar ditanggung oleh negara. Undang-Undang Dasar 1945 sebagai hukum yang tertinggi memuat gambaran dan hasrat ketatanegaraan Republik Indonesia, serta gambaran kerangka ketatanegaraan itu, serta menentukan tujuan dan garis-garis pokok kebijaksanaan pemerintah sebagai kontrak sosial atau antara masyarakat dengan lembaga-lembaga negara, maupun antarlembaga negara yang satu dengan lembaga negara yang lain.

Dalam sidang PPKI tanggal 18 Agustus 1945 Pancasila disepakati tercantum dalam Pembukaan UUD 1945. Fakta sejarah yang menempatkan Pancasila sebagai dasar negara merupakan suatu philosophical consensus sekaligus sebagai *political consensus*. Tidaklah heran apabila kemudian George MT Kahin dalam bukunya Nasionalisme dan Revolusi di Indonesia menyebut rumusan Pancasila sebagai "*Gagasan-*

*gagasan yang diutarakan Soekarno dalam pidato ini penting karena menyajikan filsafah social yang matang dari para pemimpin nasionalis Indonesia yang paling berpengaruh dan dari seorang yang kemudian menjadi pemimpin politik Republik Indonesia yang paling penting...* " Menurut para intelektual hukum dan politik, bagi bangsa Indonesia konsensus itu terjadi tatkala disepakati pada tanggal 22 Juni 1945. Jika kesepakatan itu runtuh, maka runtuh pula legitimasi kekuasaan negara dan juga tidak ditutup kemungkinan akan terjadi suatu *chaos*, bahkan suatu perang sipil, atau dapat juga suatu revolusi. Hal ini misalnya pernah terjadi 1789 di Perancis, kemudian di Amerika 1776, di Rusia pada tahun 1917, demikian pula di Uni Soviet, Yugoslavia, dan juga di negara lain. Adapun di Indonesia terjadi pada tahun 1965, tatkala dari Orde Lama ke Orde Baru, dan 1998 yaitu tatkala terjadinya suatu reformasi.

Oleh karena itu, bagi bangsa Indonesia dalam kesepakatan untuk menjamin kebersamaan dalam kerangka kehidupan bernegara diperlukan perumusan tentang tujuan, cita-cita bersama yang terumuskan di dalam filsafat, dasar filosofis negara, *filosofis grondslag* atau *common platform*, atau juga bisa disebut *kalimatun sawa*. Oleh karena itu bagi bangsa Indonesia, dasar filsafat dan kehidupan bangsa dan negara itu berdasarkan *staatsfundamentalsnorm* yaitu Pancasila. Perjanjian sebagai suatu kesepakatan antara pihak-pihak telah dirumuskan oleh para pemikir hukum dan kenegaraan ketika proses evolusi masyarakat bertransformasi dari tingkat keluarga, suku-suku bangsa-bangsa berubah menjadi sebuah organisasi yang disebut negara atau *superhensif*. Sebagaimana halnya lahir teori kontrak sosial atau *social contract, political*

*contract*. sesungguhnya merupakan awal dari bagaimana negara itu lahir dari sebuah perjanjian apakah itu namanya publik maupun privat. Namun, sekali lagi teori-teori ini menjadi sangat penting untuk melihat dan menjernihkan bagaimana sesungguhnya penggunaan kata-kata atau kalimat-kalimat itu ternyata berdampak di dalam kepastian hukum. Hukum dasar atau Undang-Undang Dasar tersebut dibutuhkan oleh negara yang lahir, sehingga dapat berfungsi sebagai suatu sertifikat kelahiran suatu negara *the birth certificate of state*. Persyaratan bagi keanggotaan di organisasi PBB sebagai salah syarat dan juga konstitusi yang disitu terdapat dasar negara juga merupakan apa yang disebut dengan ciri dari sebuah masyarakat ataupun negara yang ber peradaban. Dari segi ketentuan hukum internasional asas *pacta sunt servanda*, maka juga menjadi menarik bahwa Pancasila ternyata telah menjadi apa yang disebut di dalam antropologi ada yang disebut dengan kearifan, kearifan lokal, *local wisdom*, kearifan nasional, dan juga *global wisdom*. Penempatan Pancasila sebagai salah satu pilar kebangsaan secara langsung dengan upaya sosialisasi dan secara langsung tidak berpengaruh pada posisi Pancasila sebagai dasar negara. Di satu pihak, Pancasila sebagai dasar Negara telah menjadi ingatan bersama atau *collected remembrances* baik dalam arti kearifan lokal (*local wisdom*) maupun kearifan nasional (*national wisdom*) sehingga ijtihad apa pun termasuk menempatkan Pancasila sebagai salah satu pilar kebangsaan kepribadian itu tidak akan berubah dalam hukum kebiasaan atau international custom law yang secara psikologis sesuatu yang telah menjadi kebiasaan dan selalu diingat akan tetap

senantiasa mengikat. Karena itu manakala pemberlakuan yang telah berlangsung lama dan berulang kali akan terjadi diyakini oleh masyarakat dan masyarakat internasional, makanya kedudukan hukum tidak terus menjadi sumber hukum tertinggi.

Di dalam hukum internasional kalau ada sebuah fakta berulang kali, kemudian diakui masyarakat dan Pancasila ini hitung-hitung sudah lebih dari 70 tahun. Artinya nilai-nilai fundamental yang ada di dalamnya itu tidak dapat bukan sekadar digeser, tetapi kalau ada aturan-aturan tertulis yang melanggar, maka yang dimenangkan adalah kedudukan Pancasila sebagai dasar negara.

Sila-sila Pancasila yang tertuang dalam Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 secara filosofis-sosiologis berkedudukan sebagai Norma Dasar Indonesia dan dalam konteks politis-yuridis sebagai Dasar Negara Indonesia. Konsekuensi dari Pancasila tercantum dalam Pembukaan UUD 1945, secara yuridis konstitusional mempunyai kekuatan hukum yang sah, kekuatan hukum berlaku, dan kekuatan hukum mengikat.

Nilai-nilai Pancasila dari segi implementasi terdiri atas nilai dasar, nilai instrumental, dan nilai praksis. Nilai dasar terdiri atas nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, nilai Kemanusiaan yang adil dan beradab, nilai Persatuan Indonesia, nilai Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, dan nilai Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Nilai dasar ini terdapat pada Pembukaan UUD 1945, dan Penjelasan UUD 1945 mengamanatkan bahwa nilai dasar tersebut harus

dijabarkan konkret dalam Batang Tubuh UUD 1945, bahkan pada semua peraturan perundang-undangan pelaksanaannya.

Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara harus menjadi jiwa yang menginspirasi seluruh pengaturan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Nilai-nilai Pancasila baik sebagai ideologi dan dasar negara sampai hari ini tetap kokoh menjadi landasan dalam bernegara. Pancasila juga tetap tercantum dalam konstitusi negara meskipun beberapa kali mengalami pergantian dan perubahan konstitusi. Ini menunjukkan bahwa Pancasila merupakan konsensus nasional dan dapat diterima oleh semua kelompok masyarakat Indonesia. Pancasila terbukti mampu memberi kekuatan kepada bangsa Indonesia, sehingga perlu dimaknai, direnungkan, dan diingat oleh seluruh komponen bangsa.

Pancasila juga disebut *way of life*. Dalam hal ini, Pancasila dipergunakan sebagai petunjuk hidup sehari-hari. Pancasila digunakan sebagai penunjuk arah semua kegiatan atau aktivitas hidup dan kehidupan di dalam segala bidang. Ini berarti bahwa semua tingkah laku dan tindak/perbuatan setiap manusia Indonesia harus dijiwai dan merupakan pancaran dari semua sila Pancasila karena Pancasila sebagai *weltanschauung* selalu merupakan suatu kesatuan, tidak bias dipisah-pisahkan satu dengan yang lain. Keseluruhan sila didalam Pancasila merupakan satu kesatuan organis. Pancasila yang harus dihayati adalah Pancasila sebagaimana tercantum didalam Pembukaan UUD 1945. Dengan demikian, jiwa keagamaan sebagai manifestasi/perwujudan dari sila ketuhanan yang maha esa, jiwa yang berperikemanusiaan

sebagai manifestasi/perwujudan dari sila kemanusiaan yang adil dan beradab, jiwa kebangsaan sebagai manifestasi/perwujudan dari sila persatuan Indonesia, jiwa kerakyatan sebagai manifestasi/perwujudan dari sila kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, dan jiwa yang menjunjung tinggi keadilan sosial sebagai manifestasi/perwujudan dari sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia selalu terpancar dalam segala tingkah laku dan tindak/perbuatan serta sikap hidup seluruh Bangsa Indonesia.

Pancasila mampu mengakomodasi keanekaragaman yang terdapat dalam kehidupan negara-bangsa Indonesia. Sila pertama Pancasila, Ketuhanan Yang Maha Esa, mengandung konsep dasar yang terdapat pada segala agama dan keyakinan yang dipeluk atau dianut oleh rakyat Indonesia. Demikian juga dengan sila kedua, kemanusiaan yang adil dan beradab, merupakan penghormatan terhadap hak asasi manusia. Manusia didudukkan sesuai dengan harkat dan martabatnya, tidak hanya setara, tetapi juga secara adil dan beradab. Pancasila menjunjung tinggi kedaulatan rakyat, namun dalam implementasinya dilaksanakan dengan bersendi pada hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan. Sedangkan kehidupan berbangsa dan bernegara ini adalah untuk mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, bukan untuk kesejahteraan perorangan atau golongan. Nampak bahwa Pancasila sangat tepat sebagai pilar bagi negara-bangsa yang pluralistik.

Peraturan perundang-undangan ke tingkat yang lebih rendah pada esensinya adalah merupakan pelaksanaan dari

nilai dasar Pancasila yang terdapat pada Pembukaan dan batang tubuh UUD 1945, sehingga perangkat peraturan perundang-undangan tersebut dikenal sebagai nilai instrumental Pancasila. Jadi nilai instrumental harus merupakan penjelasan dari nilai dasar; dengan kata lain, semua perangkat peraturan perundang-undangan haruslah merupakan penjabaran dari nilai-nilai dasar Pancasila yang terdapat pada Pembukaan dan batang tubuh UUD Tahun 1945.

Berdasarkan uraian di atas, Pancasila berkedudukan sebagai dasar negara, sebagai *staatsidee* (cita negara), sekaligus sebagai cita-cita hukum (*rechtsidee*). Pancasila memiliki kedudukan yang tersendiri dalam kerangka berpikir bangsa dan negara Indonesia berdasarkan konstitusi yaitu di samping sebagai dasar negara, juga sebagai dasar filosofi negara, norma fundamental negara, ideologi negara, cita hukum negara, dan sebagainya. Cita hukum memiliki fungsi konstitutif dan regulatif terhadap kehidupan berbangsa dan bernegara. Segala peraturan perundang-undangan harus merupakan derivasi dari prinsip dan nilai yang terkandung dalam Pancasila. Segala peraturan perundang-undangan yang tidak konkordan apalagi bertentangan dengan Pancasila batal demi hukum.

## **B. Pancasila sebagai Cita Hukum**

Pancasila sebagai cerminan dari jiwa dan cita-cita hukum bangsa Indonesia tersebut merupakan norma dasar dalam penyelenggaraan bernegara dan yang menjadi sumber dari segala sumber hukum sekaligus sebagai cita hukum

(*rechtsidee*), baik tertulis maupun tidak tertulis di Indonesia. Cita hukum inilah yang mengarahkan hukum pada cita-cita bersama bangsa Indonesia. Cita-cita ini secara langsung merupakan cerminan kesamaan-kesamaan kepentingan di antara sesama warga bangsa.

Diungkapkan oleh B. Arif Sidharta (t.t., 1), bahwa Soediman Kartohadiprodjo dan Notonegoro bersama-sama termasuk ke dalam sedikit orang diantara sarjana-sarjana hukum Indonesia generasi pertama yang memberikan perhatian khusus kepada Pancasila sebagai filsafat hidup bangsa Indonesia.

Soediman Kartohadiprodjo adalah salah satu dari beberapa sarjana hukum Indonesia yang memiliki ketertarikan untuk menjelajahi Pancasila sebagai ideologi yang pertama kali dikembangkan Soekarno. Soedirman percaya bahwa keadilan sosial adalah konsep inti yang sesuai dengan "kekeluargaan" prinsip sebagaimana dinyatakan dalam konstitusi. Namun ia lebih suka menggunakan istilah kesejahteraan atau kebahagiaan daripada keadilan sosial karena yang terakhir menurut dia cenderung mengadopsi individualisme liberal dan, yang bertentangan dengan prinsip-prinsip Pancasila. Ia juga mengungkapkan idenya untuk menyampaikan "revolusi hukum" dalam rangka meningkatkan kesadaran hukum Indonesia melalui sistem hukum yang baru dikembangkan setelah kemerdekaan (Sidharta, 2015: 1). Diantara karya-karya Soediman terdapat dua buku penting. Pertama, buku beliau berjudul *Pengantar Tata Hukum di Indonesia. Jilid I: Hukum Perdata*, Jakarta: PT Pembangunan & Ghalia Indonesia (edisi tahun 1982). Kedua,



buku bunga rampai (kompilasi tulisan) yang diedit serta diterbitkan kembali, berjudul *Pancasila sebagai Pandangan Hidup Bangsa Indonesia*, Jakarta: Gatra Pustaka (edisi tahun 2010).

Di dalam buku Soediman Kartohadiprodo, "*Pengantar Tata Hukum di Indonesia*" (Jilid 1: *Hukum Perdata*) terbitan bersama antara PT. Pembangunan dan Ghalia Indonesia (dipublikasikan pertama kali tahun 1956 dan sampai dengan tahun 1982 sudah mengalami cetak ulang kesepuluh), terdapat ulasan yang cukup menarik tentang pemikiran Soediman berkenaan dengan Pancasila. Walaupun buku jilid pertama ini didesain sebagai pengantar tata hukum di Indonesia untuk bidang hukum perdata, pada sekitar 50 halaman pertama terdapat ulasan pengarangnya tentang hukum dan manusia, manusia sebagai *zoon politikon*, manusia dalam tafsiran bhineka tunggal ika, manusia Indonesia dan Pancasila, Pancasila dan bangsa Indonesia, serta *zoon politikon* dan Indonesia.

Paparan tentang Pancasila yang menyita cukup banyak halaman awal dari bukunya tersebut ternyata ditambah lagi dengan satu bab tambahan yang dijadikan penutup buku, berjudul "*Menuju ke Tata Hukum Nasional*". Di sini lagi-lagi rekomendasi Soediman Kartohadiprodo terkait Pancasila, kembali dikedepankan. Ia menganjurkan agar tata hukum Indonesia harus dijalankan dan ditafsirkan dengan jiwa Pancasila. Dalam jiwa Pancasila ini fungsi hukum adalah pengayoman.

Sementara itu, Notonagoro meraih Gelar Doktor Honoris Causa dalam Ilmu Filsafat di UGM pada tahun 1973.

Pada tahun 1949 menjabat sebagai penasehat Menteri PP dan K di Yogyakarta yang kemudian ditugaskan untuk ikut mendirikan Universitas Gadjah Mada oleh pemerintah. Pada tahun yang sama beliau juga sebagai guru besar pada Fakultas Hukum, Ekonomi, Sosial dan Politik Universitas Gadjah Mada.

Karya-karya Prof. Notonagoro dalam bidang kefilosofan diantaranya ialah: (i) *Beberapa Hal mengenai Falsafah Pantjasila* (1967); (ii) *Skema Pendidikan Mental, Kesiapan Pribadi Pantjasila* (1969); *Pantjasila secara Ilmiah Populer* (1970). Adapun karya-karya Prof. Notonagoro yang dimanfaatkan oleh lembaga pemerintah sebagai kerangka acuan tentang Pancasila, antara lain: (i) *Pantjasila Dasar Filsafat Negara Republik Indonesia*, yang disampaikan Prof. Notonagoro dalam kedudukannya sebagai promotor pada promosi doktor *honoris causa* Ir. Soekarno dalam bidang hukum, di UGM, 19 September 1951; (ii) *Pemboekaan Oendang-Oendang Dasar 1945 (Pokok Kaidah Fundamentil Negara Indonesia)*, yang pernah disampaikan Prof. Notonagoro pada Dies Natalis Univeritas Airangga pertama, 10 November 1955; (iii) *Berita Pikiran Ilmiah tentang Kemungkinan Jalan Keluar dari Kesulitan mengenai Pancasila sebagai Dasar Negara Republik Indonesia*, yang disampaikan Prof. Notonagoro sebagai prasaran dalam Seminar Pancasila I di UGM, 17 Februari 1959; (iv) *Prasaran tentang Filsafat Pancasila dan Pengamalannya*, yang pernah disampaikan Prof. Notonagoro pada Lokakarya Pengamalan Pancasila, kerja sama Departemen Dalam Negeri dan UGM, di Yogyakarta, 30 Maret 1976.

Notonagoro mengkaji Pancasila secara ilmiah, disebut Koento Wibisono dipengaruhi oleh metode aliran filsafat barat, karena Indonesia belum memiliki filsafat sebagai disiplin ilmu. Hal ini dilakukan oleh Prof. Notonagoro sebagai penunjang adanya Pancasila yang berfungsi untuk menuju satu hal yang ideal. Oleh karena itu, Notonagoro mempunyai kepedulian untuk mengembangkan Pancasila dari sudut “filsafati”.

Menurut Notonagoro, pengertian Pancasila secara ilmiah ialah dasar negara yang mutlak dan obyektif melekat pada kelangsungan negara, tidak bisa diubah dengan jalan hukum, merupakan pengertian umum abstrak dan umum universal. Notonagoro mengungkapkan hal ini karena keinginannya untuk mencari jalan keluar dari kesulitan mengenai dasar negara RI dalam pembicaraan di dalam konstituante.

Dalam sebuah diskusi kelompok pada Seminar Pancasila I, Notonagoro mengatakan bahwa konstituante bisa berjalan dengan baik bila menerima Pembukaan UUD 1945 sebagai Pembukaan UUD yang baru. Hal ini dikarenakan dalam Pembukaan UUD 1945 terdapat pengertian ilmiah bahwa undang-undang tersebut merupakan pokok kaidah negara yang fundamental yang secara hukum tidak dapat diubah. Hal itu dikarenakan Pancasila tercantum dalam kaidah negara yang fundamental, maka Pancasila sebagai dasar negara juga tidak dapat diubah dengan jalan hukum. Dari penuturan itulah, menurut Koento Wibisono, Notonagoro telah melahirkan gagasan bahwa Pancasila tidak dapat diubah oleh siapapun pun juga, termasuk MPR hasil pemilihan umum.

Gagasan ini kemudian dipakai oleh Pemerintah RI dibuktikan dengan diterima oleh MPRS sebagai salah satu ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tanggal 5 Juli 1966 yang menegaskan bahwa pembukaan UUD 1945 tidak bisa diubah oleh siapapun.

Jika kita sering mendengar bahwa kelima sila dalam Pancasila merupakan satu kesatuan yang utuh dan saling terkait, itu adalah salah satu sumbangsih terbesar Prof Notonagoro. Sebagaimana diringkaskan Slamet Sutrisno dalam *Filsafat dan Ideologi Pancasila* (Penerbit Andi, 2006), Notonagoro pada 1951 menyatakan bahwa sila-sila Pancasila mewujudkan dalam suatu bangun hierarkis-piramidal. Artinya, sila-sila di dalam Pancasila saling terkait dengan sila terdahulu yang menjiwai sila berikutnya. Tiap-tiap sila itu merupakan asas peradaban dan asas keadaban yang memungkinkan negara Indonesia menjadi Negara Hukum yang Berkebudayaan. Kemudian, untuk memberikan pendasaran filosofis kuat bagi Pancasila, Prof Notonagoro mencangkokkan teori filsuf Yunani, Aristoteles, ke dalam ideologi bangsa tersebut. Secara khusus, Prof Notonagoro menggunakan pisau analisis teori empat causa Aristotelian untuk membedah Pancasila.

Akan tetapi, Notonagoro tampaknya mengacaukan causa formalis Aristotelian dengan prosedur formalistis-legalistis ketika Soekarno, BPUPKI, dan PPKI secara historis merumuskan dan menetapkan Pancasila sebagai dasar filsafat kenegaraan. Padahal, bukan pengertian itu yang dimaksud Aristoteles.

Jika merujuk pada teori *causa* sejati hasil buah-pikir Aristoteles (Bertens, 1995), dalam bahasa mudahnya *causa materialis* adalah bahan yang menyebabkan sesuatu. *Causa efisien* adalah penyebab langsung (efisien) yang menimbulkan akibat. *Causa finalis* adalah tujuan dari produk yang dihasilkan oleh proses sebab-akibat (kausal) yang ada. *Causa formalis* adalah bentuk (forma) yang dicita-citakan sebagai hasil akhir. Beranjak pada teori Aristoteles di atas, Notonagoro tepat ketika mengatakan *causa materialis* alias bahan mentah pengolah Pancasila adalah hidup kebudayaan dan keagamaan bangsa Indonesia. Selain itu, Notonagoro benar ketika menyatakan *causa efisien*-nya adalah proses musyawarah mufakat dalam serangkaian sidang BPUPKI dan PPKI tahun 1945—atau perlu ditambahkan lagi, Soekarno sebagai penggagas awal Pancasila. Bahkan, beliau pun tepat ketika mengatakan *causa finalis* Pancasila adalah sebagai dasar filsafat kenegaraan.

Akan tetapi, *causa formalis* Pancasila yang lebih tepat adalah lima sila Pancasila yang dikenal sekarang ini. Maksudnya, bukan Pancasila versi awal Soekarno: kebangsaan, internasionalisme, mufakat, kesejahteraan, dan ketuhanan (pidato asli dalam Herbert Feith dan Lance Castles, 1995) yang menempatkan ketuhanan di urutan sila paling bawah. Bukan pula Pancasila versi Piagam Jakarta di mana sila pertama berbunyi Ketuhanan dengan kewajiban menjalankan syariat Islam bagi pemeluknya.

Cita hukum (*rechtsidee*) mengandung arti bahwa pada hakekatnya hukum sebagai aturan tingkah laku masyarakat berakar pada gagasan, rasa, karsa, cipta, dan pikiran

masyarakat, atau bangsa itu sendiri (B. Arif Sidharta, 2000: 181). Dengan demikian cita hukum terbentuk dari alam ide manusia sebagai produk hasil perpaduan antara pandangan hidup, keyakinan keagamaan, dan kenyataan masyarakat, yang diwujudkan dalam pengkaidahan perilaku masyarakat yang mewujudkan keadilan, kehasilgunaan (*doelmatigheid*) dan kepastian hukum (B. Arif Sidharta, 2000: 181).

Cita hukum merupakan salah konsep yang diuraikan oleh Meuwissen sebagai salah satu dalil tentang filsafat hukum. Ia dianggap sebagai “kenyataan hukum” (Meuwissen, 2009: 19). Pada sisi lain, filsafat hukum adalah upaya atau cara untuk merefleksikan “kenyataan hukum” itu. Berangkat dari pemahaman akan cita hukum tersebut, maka “kenyataan hukum” merupakan pandangan hidup yang terbentuk dari hasil olah pikir dan keyakinan masyarakat untuk mencapai kebahagiaan, ketertiban, dan keadilan. Maka dengan demikian, cita hukum itu memiliki akar dari pandangan hidup bangsa Indonesia itu sendiri, yaitu Pancasila (Nyana Wangsa dan Kristian, 2015: 70). Menurut B. Arif Sidharta (2000: 44), Pancasila adalah pandangan hidup bangsa Indonesia yang mengungkapkan pandangan bangsa mengenai hubungan antara manusia dan Tuhan, hubungan manusia dengan sesama, dan hubungan manusia dengan alam semesta yang berintikan keyakinan tentang tempat manusia individual di dalam masyarakat dan alam semesta.

Dalam pengertian yang bersifat yuridis kenegaraan, Pancasila yang berfungsi sebagai dasar negara tercantum dalam Alinea Keempat Pembukaan UUD 1945, yang dengan jelas menyatakan, “...maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan

*Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil beradab, Persatuan Indonesia, dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”.*

Sesuai dengan tempat keberadaan Pancasila yaitu pada Pembukaan UUD NRI Tahun 1945, maka fungsi pokok Pancasila sebagai dasar negara pada hakikatnya adalah sumber dari segala sumber hukum atau sumber tertib hukum di Indonesia, sebagaimana tertuang dalam Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 (Jo. Ketetapan MPR No.IX/MPR/1978). Hal ini mengandung konsekuensi yuridis, yaitu bahwa seluruh peraturan perundang-undangan Republik Indonesia (Ketetapan MPR, Undang- undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden dan Peraturan-peraturan Pelaksanaan lainnya yang dikeluarkan oleh negara dan pemerintah Republik Indonesia) harus sejiwa dan sejalan dengan Pancasila. Dengan kata lain, isi dan tujuan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh menyimpang dari jiwa Pancasila.

Berdasarkan penjelasan di atas, hubungan Pancasila dengan Pembukaan UUD 1945 dapat dipahami sebagai hubungan yang bersifat formal dan material. Hubungan secara formal, seperti dijelaskan oleh Kaelan (2000: 90-91), menunjuk pada tercantumnya Pancasila secara formal di dalam Pembukaan yang mengandung pengertian bahwa tata kehidupan bernegara tidak hanya bertopang pada asas sosial,

ekonomi, politik, akan tetapi dalam perpaduannya dengan keseluruhan asas yang melekat padanya, yaitu perpaduan asas-asas kultural, religius dan asas-asas kenegaraan yang unsur-unsurnya terdapat dalam Pancasila.

Dalam hubungan yang bersifat formal antara Pancasila dengan Pembukaan UUD 1945 dapat ditegaskan bahwa rumusan Pancasila sebagai dasar Negara Republik Indonesia adalah sebagaimana tercantum dalam Pembukaan 1945 alinea keempat. Menurut Kaelan (2000: 91), Pembukaan UUD 1945 merupakan Pokok Kaidah Negara yang Fundamental sehingga terhadap tertib hukum Indonesia mempunyai 2 (dua) macam kedudukan, yaitu: *pertama*, sebagai dasarnya, karena Pembukaan itulah yang memberikan faktor-faktor mutlak bagi adanya tertib hukum Indonesia; *kedua*, memasukkan dirinya di dalam tertib hukum tersebut sebagai tertib hukum tertinggi.

Pembukaan yang berintikan Pancasila merupakan sumber bagi batang tubuh UUD 1945. Hal ini disebabkan karena kedudukan hukum Pembukaan berbeda dengan pasal-pasal atau batang tubuh UUD 1945, yaitu bahwa selain sebagai Mukadimah, Pembukaan UUD 1945 mempunyai kedudukan atau eksistensi sendiri. Akibat hukum dari kedudukan Pembukaan ini adalah memperkuat kedudukan Pancasila sebagai norma dasar hukum tertinggi yang tidak dapat diubah dengan jalan hukum dan melekat pada kelangsungan hidup Negara Republik Indonesia.

Lebih lanjut, Kaelan (2000: 91-92) menyatakan bahwa Pancasila adalah substansi esensial yang mendapatkan kedudukan formal yuridis dalam Pembukaan UUD NRI tahun



1945. Oleh karena itu, rumusan dan yuridiksi Pancasila sebagai dasar negara adalah sebagaimana terdapat dalam Pembukaan UUD 1945. Perumusan Pancasila yang menyimpang dari Pembukaan secara jelas merupakan perubahan secara tidak sah atas Pembukaan 1945.

Adapun hubungan Pancasila dengan Pembukaan UUD NRI tahun 1945 secara material adalah menunjuk pada materi pokok atau isi Pembukaan yang tidak lain adalah Pancasila. Oleh karena kandungan material Pembukaan UUD 1945 yang demikian itulah maka Pembukaan UUD 1945 dapat disebut sebagai Pokok Kaidah Negara yang Fundamental, sebagaimana dinyatakan oleh Notonagoro (t.t.: 40), esensi atau inti sari Pokok Kaidah Negara yang Fundamental secara material tidak lain adalah Pancasila.

Menurut pandangan Kaelan (2000: 92), bilamana proses perumusan Pancasila dan Pembukaan ditinjau kembali maka secara kronologis materi yang dibahas oleh BPUPKI yang pertama-tama adalah dasar filsafat Pancasila, baru kemudian Pembukaan. Setelah sidang pertama selesai, BPUPKI membicarakan Dasar Filsafat Negara Pancasila dan berikutnya tersusunlah Piagam Jakarta yang disusun oleh Panitia Sembilan yang merupakan wujud pertama Pembukaan UUD 1945.

Pokok Kaidah yang tertulis bagi negara Indonesia pada saat ini diharapkan tetap berupa Pembukaan UUD NRI tahun 1945. Pembukaan UUD NRI tahun 1945 tidak dapat diubah karena menurut Bakry (2010: 222), fakta sejarah yang terjadi hanya satu kali tidak dapat diubah. Pembukaan UUD 1945 dapat juga tidak digunakan sebagai Pokok Kaidah tertulis

yang dapat diubah oleh kekuasaan yang ada, sebagaimana perubahan ketatanegaraan yang pernah terjadi saat berlakunya Mukadimah Konstitusi RIS 1949 dan Mukadimah UUDS 1950.

Sementara itu, Pokok Kaidah yang tidak tertulis memiliki kelemahan, yaitu karena tidak tertulis maka formulasinya tidak tertentu dan tidak jelas sehingga mudah tidak diketahui atau tidak diingat. Walaupun demikian, Pokok Kaidah yang tidak tertulis juga memiliki kekuatan, yaitu tidak dapat diubah dan dihilangkan oleh kekuasaan karena bersifat imperatif moral dan terdapat dalam jiwa bangsa Indonesia (Bakry, 2010: 223). Pokok Kaidah yang tidak tertulis mencakup hukum Tuhan, hukum kodrat, dan hukum etis. Pokok Kaidah yang tidak tertulis adalah fundamen moral negara, yaitu *"Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab."*

Hubungan Pembukaan UUD 1945 yang memuat Pancasila dengan batang tubuh UUD 1945 bersifat kausal dan organis. Hubungan kausal mengandung pengertian Pembukaan UUD 1945 merupakan penyebab keberadaan batang tubuh UUD 1945, sedangkan hubungan organis berarti Pembukaan dan batang tubuh UUD 1945 merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan. Dengan dijabarkannya pokok-pokok pikiran Pembukaan UUD 1945 yang bersumber dari Pancasila ke dalam batang tubuh, maka Pancasila tidak saja merupakan suatu cita-cita hukum, tetapi telah menjadi hukum positif.

Pancasila sebagai cita hukum didasarkan kepada pandangan hidup bangsa Indonesia. Oleh karenanya, peranan

cita hukum Pancasila adalah sebagai asas umum yang mempedomani, mendasari, norma kritik (kaidah evaluasi), dan faktor yang memotivasi penyelenggaraan hukum pembentukan, penemuan, dan penerapan hukum, serta seluruh perilaku hukum di Indonesia. Pancasila dicita-citakan memberikan landasan bagi tujuan hukum yaitu untuk memberikan pengayoman kepada manusia yaitu melindungi manusia secara pasif (negatif) dengan mencegah tindakan sewenang-wenang dan secara aktif dengan menciptakan kondisi kemasyarakatan berlangsung secara wajar sehingga secara adil setiap manusia akan memperoleh kesempatan yang luas dan sama untuk mengembangkan seluruh potensi kemanusiaannya secara utuh (Sidharta dan Myrna A. Safitri, 2012: 45).

## DAFTAR PUSTAKA

- A. Abbas Salim, 1985, *Dasar-Dasar Asuransi*, Bandung, Tarsito.
- Abdulkadir Muhammad, 1983, *Pokok-Pokok Hukum Pertanggungjawaban*, Bandung, Alumni.
- Abdul Hakim Garuda Nusantara, "Model Hukum Pasca-neoliberalisme", *Kompas*, 27 September 2013.
- Abdul Latif, 2009, *Fungsi Mahkamah Konstitusi: Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, Yogyakarta, Total Media.
- Achmad Ali, 1999, *Peranan Pengadilan sebagai Pranata Sosial, Suatu Tinjauan Sosiologi Hukum*, Ujungpandang, Lepas Unhas.
- Agus Yudho Hernoko, 2010, *Keseimbangan Versus Keadilan dalam Kontrak (Upaya Menata Struktur Hubungan Bisnis dalam Perspektif Kontrak yang Berkeadilan)*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar dalam Bidang Ilmu Hukum Kontrak pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga di Surabaya pada Hari Sabtu, Tanggal 1 Mei 2010.
- Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang, 2008, *Pengantar ke Filsafat Hukum*, Jakarta, Prenada Media.
- Arif Gosita, 1983, *Masalah Korban Kejahatan*, Jakarta: Akademika Pressindo.

- Aristo M.A. Pangaribuan, 2013, *Perdebatan Menuju Mahkamah Pidana Internasional*, cet.1, Papas Sinar Sinanti, Jakarta.
- A. Slaughter, 2005, *A New World Order*, Princeton NJ, Princeton University Press.
- A. Stone Sweet, "Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, 2009.
- Avery Wiener Katz, 1998, *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York: Foundation Press, 1998.
- Bambang Poernomo, 1982, *Pelaksanaan Pidana Penjara dengan Sistem Pemasyarakatan*, Yogyakarta: Liberty.
- B. Arif Sidharta, 1999, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung, Penerbit Mandar Maju.
- B.Arif Sidharta, 2007, *Apakah Filsafat dan Filsafat Ilmu Itu?*, Bandung, Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahiyangan.
- B. Arif Sidharta, 2011, *Disiplin Hukum; Tentang Hubungan Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum (state of arts)*, Program Pasca Sarjana USU.
- B. d. Sousa Santos, 1987, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law & Society*, Vol. 14, 1987.
- Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, dan Markus Y. Hage, 2010, *Teori Hukum. Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta, Penerbit Genta

Publishing.

Becker Gary, 1990, *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

C. M. Scott, "Transnational Law as Proto-Concept: Three Conceptions", *German Law Journal*, Vol. 10, 2009.

Darji Darmodiharjo dan Sidharta, 1995, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama.

D. Sutanto, 1995, *Ikhtisar Tentang Pengertian dan Perkembangan Asuransi Jiwa*, Jakarta, Yayasan Darmasiswa Bumi Putera 1912.

David Harvey, "Neoliberalism as Creative Destruction", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 22, 2007.

David Held, et.al., 1999, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, Stanford, Stanford University Press.

D.H.M. Meuwissen, "Ilmu Hukum (diterjemahkan oleh B. Arif Sidharta), *Pro Justisia*, Tahun XI, No. 4. Oktober 1994.

Duncan Kennedy, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault", *Legal Studies*, Vol. 15, 1991.

Duncan Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000", dalam D. Trubek and A. Santos (eds), 2006, *The New Law and Economic Development*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Eddy O.S Hiareij, *Hand Out Mata Kuliah Teori Hukum Semester Ganjil 2010/2011*, Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.
- Edward L. Rubin, "The Practice and Discourse of Legal Scholarship", *Michigan Law Review*, Vol. 86, 1988.
- E. Balleisen dan D.Moss (eds), 2009, *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Emmy P. Simanjuntak, 1980, *Hukum Pertanggung*, Yogyakarta, Seksi Hukum Dagang Fakultas Hukum UGM.
- F. D. Ly, "Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalisation and International Self- Regulation", dalam V. Gessner, R. P. Appelbaum dan W. F. Felstiner (eds), 2001, *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford, Hart Publishing.
- Feri Amsari, 2009, "Satjipto Rahardjo dalam Jagat Ketertiban Hukum Progresif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 6, Nomor 2, Juli 2009.
- Feri Amsari, 2011, *Perubahan UUD 1945: Perubahan Konstitusi NKRI Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers.
- F. F. Hoffmann, "In Quite a State: Trials and Tribulations of an Old Concept in New Times", dalam R. A. Miller and R. Bratspies (eds), 2008, *Progress in International Law*, Amsterdam, Martin Nijhoff.

- F. Snyder, 'Economic Globalisation and the Law in the 21st Century', dalam A. Sarat (ed), 2004, *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell.
- George P. Fletcher, 1996, *Basic Concept of Legal Thought*, Oxford University Press.
- G. Teubner, "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", *Law & Society*, Vol. 23, 1989.
- Hanoch Dagan & Roy Kreitner, "The Character of Legal Theory", *Cornell Law Review*, Vol. 96, 2011.
- Harold Harold, 2008, *The Economics of Crime: An Introduction to Rational Crime Analysis*, New York: Routledge.
- Harjono, 2008, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa*, Jakarta, Sekjen dan Kepaniteraan MKRI.
- H. Arthurs dan C. Mummé, "From Governance to Political Economy: Insights from a Study of Relations between Corporations and Workers", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 45, 2007.
- Henry N. Butler dan Christopher R. Drahozal, 2006, *Economic Analysis for Lawyers*, 2<sup>nd</sup> ed.. North Carolina, Carolina Academic Press.
- Herbert Feith dan Lance Castles (ed.), 1995, *Pemikiran Politik Indonesia 1945- 1965*, Jakarta: LP3ES.
- Herlian Boediono, 2008, *Asas keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Bandung, Citra Aditya



Bakti.

H.Ph. Visser't Hooft, 2001, *Filsafat Hukum (diterjemahkan oleh B. Arif Sidharta)*, Bandung, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahiyangan.

I Dewa Gede Palguna, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta, Sinar Grafika.

I Wayan Parthiana, 1990, *Ekstradisi dalam Hukum Internasional dan Hukum Nasional Indonesia*, Penerbit Mandar Maju, Bandung.

James Penner *et. al.* (editors), 2002, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory (Commentary and Materials)*, London, Butterworths.

Jan Gijssels, Mark Van Hoecke, *Wat Is Rechtsteorie?*, 1982 diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta, 2001, *Apakah Teori Hukum itu?*, Bandung, Laboratorium Fakultas Hukum Universitas Parahiyangan.

J. Brunnée, "Of Sense and Sensibility: Reflections on International Liability Regimes as Tools for Environmental Protection", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004.

J. Goldsmith, "The Internet, Conflicts of Regulation and International Harmonisation", dalam C. Engel and K. H. Keller (eds), 2000, *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Imprint, Nomos.

J. Gordon, "Transnational Labor Citizenship", *Southern California Law Review*, Vol. 80, 2007.

- Jimly Asshiddiqie, 1998, *Teori dan Aliran Penafsiran Hukum Tata Negara*, InHilco, Jakarta.
- Jimly Asshiddiqie, 2011, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta, Rajawali Pers.
- J.M. Balkin, "Interdisciplinarity as Colonization", *Washington & Lee Law Review*, Vol. 53, 1996.
- Joanne Conaghan, "The Left: In Memoriam?", *New York University Law Review*, 2007.
- John Finis, "The Natural Law Tradition", *Journal of Legal Education*, Vol. 36, 1986.
- J. van Kan dan J.H. Beekhuis, 1990, *Pengantar Ilmu Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Kaelan, 2000, *Pendidikan Pancasila*, Yogyakarta, Penerbit Paradigma.
- Kathryn Abrams, "Hearing the Call of Stories", *California La Review*, Vol. 79, 1991.
- Karl N. Llewellyn, 1960, *The Common Law Tradition: Deciding Appeal*, Boston, Little Brown & Co.
- K. Bertens, 1995, *Pengantar Filsafat Yunani*, Jakarta, Penerbit Gramedia.
- K. J. Hopt, "Common Principles of Corporate Governance in Europe?", dalam J. A. McCahery, P. Moerland, T. Raaijmaker, dan L. Renneborg (eds), 2002, *Corporate Governance Regimes. Convergence and Diversity*, Oxford, Oxford University Press.

- Laica Marzuki, *Materi Kuliah Politik pada Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin, Ujungpadang, 1999.*
- Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Bandung, Penerbit Citra Aditya Bakti.
- L.J. van Apeldoorn, 2004, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. xxx, Jakarta, Pradnya Paramita.
- L. Paulson, "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, 2000.
- Meuwissen, 2009, *Meuwissen tentang Pengembanan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, diterjemahkan B. Arief Sidharta, Bandung, Refika Aditama.
- M. Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review*, Vol. 9, 1974.
- M. Suparman, 1993, *Hukum Asuransi Perlindungan Tertanggung Asuransi Deposito Usaha Perasuransian*, Bandung, Alumni.
- Muchyar Yara, "Teori Hukum (Suatu Tinjauan Singkat Posisi, Sejarah Perkembangan, dan Ruang Lingkupnya)", *Hukum dan Pembangunan*, No. 1-3, Tahun XXVIII, 1998.
- Mukti Arto, 2001, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung: Redefenisi Peran dan Fungsi Mahkamah Agung untuk Membangun Indonesia Baru*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Nicholas Mercuro dan Steven G. Medema, 2006, *Economics and the Law: From Posner to Post Modernism and Beyond*, 2nd ed. New Jersey, Princeton University Press.

- Ni'matul Huda, 2008, *UUD 1945 dan Gagasan Amandemen Ulang*, Jakarta, Rajawali Pers.
- Notonagoro, tanpa tahun, *Pancasila Yuridis Kenegaraan*, Yogyakarta, Fakultas Filsafat Universitas Gadjah Mada.
- Notonagoro, 1975, *Pancasila Secara Ilmiah Populer*, Jakarta, Pantjaran Tujuh.
- Otje Salman S. dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum, Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, Bandung, Penerbit Refika Aditama.
- Mark Tushnet, "Critical Legal Theory in the United States", *Journal of Political Philosophy*, Vol. 13, 2005.
- Maruarar Siahaan, 2008, *Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi yang Hidup*, Jakarta, Sekjen dan Kepaniteraan MKRI.
- Moh. Mahfud M.D., 2006, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta, Penerbit Rajawali.
- Munir Fuadi, 2010, *Dinamika Teori Hukum*, Bogor, Penerbit Ghalia Indah Indonesia.
- N . Gilbert, 2002, *Transformation of the Welfare State: The Silent Surrender of Public Responsibility* , Oxford University Press.
- N. Duxbury, 1995, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press.
- N. Luhmann, 1985, *A Sociological Theory of Law* , Routledge Kegan & Paul.

- Noor M.S. Bakry, 2010, *Pendidikan Pancasila*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Nyana Wangsa dan Kristian, 2015, *Hermetika Pancasila: Orisinalitas & Bahasa Hukum Indonesia*, Bandung, Refika Aditama.
- O. Perez, "Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10, 2003.
- Otje Salman dan Anthon F. Susanto, 2004, *Teori hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, Bandung, Refika Aditama.
- Owen Fiss, 2003, *The Law As It Could Be*, New York University Press.
- P. Dabrowska, "Risk, Precaution and the Internal Market: Who Won the Day in the Recent Monsanto Judgement of ECJ on GM food", *German Law Journal*, Vol. 5, 2004.
- Peter Gabel, "Critical Legal Studies as Spiritual Practice", *Pepperdine Law Review*, Vol. 36, 2008.
- Peter Goodrich, "Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America", *New York University Law Review*, Vol. 68, 1993.
- P. Gehring, "Force and 'Mystical Foundation' of Law: How Jacques Derrida Addresses Legal Discourse", *German Law Journal*, Vol. 6, 2005.
- Pierre Schlag, "Normativity and the Politics of Form", *University of Law Review*, Vol. 39, 1991.

- Pontier, 2003, *Penemuan Hukum (diterjemahkan oleh B. Arif Sidharta, Bandung, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahiyangan.*
- P. Zumbansen, "Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, 2008.
- Richard Posner, 2011, *Economic Analysis of Law*, 8th ed. New York: Aspen Publisher.
- R. Bratspies, "Regulatory Trust", *Arizona Law Review*, Vol. 51, 2009.
- Refli Harun, (dkk), 2008, *Menjaga Denyut Konstitusi (Refleksi Satu Tahun Mahkamah Konstitusi)*, Jakarta, Konstitusi Press.
- Ridwan Khairandy, 2003, *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pascasarjana.
- R. Michaels, "Territorial Jurisdiction after Territoriality" dalam P.J. Slot dan M. Bulterman (eds), 2004, *Globalisaton and Jurisdiction*, Kluwer Law International.
- Robert Cooter dan Thomas Ulen, 2012, *Law & Economics*, 6th ed. New York, Addison-Wesley.
- Roeslan Saleh, *Pembatasan Daerah Teori Hukum*, Bahan kuliah Program Strata 3 Program Pascasarjana Program Studi Ilmu Hukum Universitas Indonesia Tahun 1996.
- Roger Cotterrell, "Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically?", *Journal of Law & Society*, Vol. 25, 1998.

- Ronny Kurniawan, 2006, *Hermenetika Hukum (Fungsi dan Peran hermeneutika bagi Ilmu Hukum dalam Upaya Memperoleh Pengetahuan Hukum)*, Tesis Pascasarjana Universitas Katolik Parahiyangan, Bandung.
- Rosjidi Ranggawidjaja, 1996, *Wewenang Manafsirkan dan Mengubah Undang-Undang Dasar*, Bandung-Sukabumi, PT.Citra Bakti Akademika.
- Rusli Effendi dkk., *Teori hukum.*, Ujungpandang: Hasanuddin University Press, 1991.
- Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta, Rajawali Press.
- Satjipto Rahardjo, 2000, *Ilmu Hukum*, Bandung, Penerbit Citra Aditya Bakti.
- Satjipto Rahardjo, 2003, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Kompas, Jakarta,
- Shidartha dan Myrna A. Safitri, 2012, "Prawacana: Eksistensi dan Implikasi sebuah Teori tentang Hukum", dalam *Mochtar Kusumaatmadja dan Teori Hukum Pembangunan (Eksistensi dan Implikasi)*, Jakarta, Epistema Institute dan Huma.
- Shidarta (2015). "Membaca Ulang Pemaknaan Keadilan Sosial dan Gagasan Revolusi Hukum Soediman Kartohadiprodjo." Makalah seminar dalam rangka lomba debat hukum Piala Soediman Kartohadiprodjo, Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 6 Maret 2015.

- S. E. Merry, "Legal Pluralism", *Law & Society Review*, Vol. 22, 1988.
- Soediman, 1987, *Pengantar Tata Hukum di Indonesia*, Jakarta, Pembangunan dan Ghalia Indonesia.
- Soetandyo Wignyosoebroto , 1994, *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional*, Jakarta, Penerbit Rajawali.
- Soetandya Wignyosoebroto, 2002, "*Hukum, Metode, dan Dinamika Masalahnya*", Jakarta, ELSAM - HUMA.
- Soerjono Soekanto, 1986, *Mengenal Sosiologi Hukum*, Bandung, Alumni.
- Soerjono Soekanto, 1990, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, Jakarta, Grafindo Persada.
- Soerjono Soekanto, 1985, *Perspektif Teoritis Studi Hukum dalam Masyarakat*, CV.Rajawali, Jakarta.
- S.P. Lili Tjahjadi, 1991, *Hukum Moral, Ajaran Immanuel Kant tentang Etika Imperatif Kategoris*, Yogyakarta, BPK dan Kanisius.
- Sudjono Dirjosisworo, 1983, *Sosiologi Hukum*, Rajawali, Jakarta.
- T. A. Aleinikoff, "*Transnational Spaces: Norms and Legitimacy*", *Yale Journal of International Law*, Vol. 33, 2008.
- T. Broude dan D. Teichman, "*Outsourcing and Insourcing Crime: The Political Economy of Globalized Criminal Activity*", *Vanderbilt Law Reiview*, Vol. 62, 2009.
- Thomas J. Miceli, 1997, *Economics of the Law: Torts, Contracts*,



*Property, Litigation*, New York, Oxford University Press, 1997.

Tim Peneliti dari Pusat Kajian Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, 2006, "Nilai Undang-Undang Dasar 1945 dalam Penafsiran MK (Studi terhadap Putusan Judicial Review MK)", *Jurnal Konstitusi* Volume 3 Nomor 3 September 2006.

Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

Torboni dan Syamsul Arifin, 1994, *Islam Pluralisme Budaya dan Politik Refleksi Teologi untuk Aksi Dalam Keberagaman dan Pendidikan*, Yogyakarta: Sipsess.

U. Baxi, 2005, *The Death of Human Rights*, 2nd ed, Oxford, Oxford University Press.

U. Beck, "Living in the world risk society", *Economy and Society*, Vol. 36, 2006.

W. Friedman, 1990, *Teori dan Filsafat Hukum Susunan I Telaah Kritis Atas Teori Hukum*, Jakarta, P.T. RajaGrafindo Persada.

William Twining, 2000, *Globalisation and Legal Theory*, Northwestern University Press.

Wirjono Prodjodikoro, 1982, *Hukum Asuransi Indonesia*, Jakarta, Intermasa.

## Profil Penulis



Dr. Isharyanto, S.H., M.Hum. Lahir di Gunung Kidul, 1 Mei 1978. Merupakan dosen hukum tata negara Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret sejak 2004. Menyelesaikan pendidikan sarjana pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada (2001), Magister Hukum Universitas Gadjah Mada (2003), dan Doktor Ilmu Hukum Universitas Sebelas Maret (2014). Pernah menempuh Sandwich Like Program di School of Economics, Law, and Governemnt Utrecht University, Netherland (2012) untuk memperdalam riset hukum dan penulisan jurnal internasional. Pernah menjabat sebagai Sekretaris Badan Mediasi dan Bantuan Hukum Universitas Sebelas Maret (2004-2011), Kepala Pusat Penelitian Konstitusi dan Hak Asasi Manusia LPPM Universitas Sebelas Maret (2010-2012), dan Koordinator Tenaga Ahli Rektor Bidang Hukum (2015-sekarang). Aktif melakukan penelitian antara lain Hibah Kajian Wanita (2005), Hibah Strategi Nasional Dirjen Dikti (2012 dan 2013), Hibah Penelitian Unggulan Perguruan Tinggi (2015), dan Hibah Prioritas Nasional MP3EI Dirjen Dikti (2016), serta penelitian yang dibiayai oleh PNBPN Universitas Sebelas Maret (2013 dan 2015). Ia juga aktif menulis di media

nasional dan lokal untuk isu-isu hukum dan politik serta berpengalaman melakukan advokasi kebijakan publik dan menjadi mentor dalam bimbingan teknis pengembangan fungsi lembaga-lembaga pemerintahan.