



Teori-teori HUKUM

Prof. Dr. I Dewa Gede Atmadja, S.H., M.S.
Dr. I Nyoman Putu Budiarta, S.H., M.H.

TEORI-TEORI HUKUM

SEBAGIAN KEUNTUNGAN PENJUALAN AKAN DIDONASIKAN UNTUK Mendukung
KEGIATAN SOSIAL DI INDONESIA
www.intranspublishing.com

Prof. Dr. I Dewa Gede Atmadja, S.H., M.S.

Dr. I Nyoman Putu Budiarta, S.H., M.H.

TEORI-TEORI HUKUM

Setara Press
Malang 2018

TEORI-TEORI HUKUM

Copyright © Februari, 2018

Pertama kali diterbitkan di Indonesia dalam Bahasa Indonesia oleh Setara Press. Hak Cipta dilindungi oleh undang-undang. Dilarang mengutip atau memperbanyak baik sebagian ataupun keseluruhan isi buku dengan cara apapun tanpa izin tertulis dari penerbit.

Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Ukuran: 15,5cm X 23cm; Hal: xiv + 218

Penulis:

Prof. Dr. I Dewa Gede Atmadja, S.H., M.S.

Dr. I Nyoman Putu Budiarta, S.H., M.H.

ISBN:

Cover: Dino Sanggrha Irnanda

Lay Out: Kamilia Sukmawati

Penerbit:

Setara Press

Kelompok Intrans Publishing

Wisma Kalimetro

Jl. Joyosuko Metro 42 Malang, Jatim

Telp. 0341-573650 Fax. 0341-588010

Email Pernaskahan: redaksi.intrans@gmail.com

Email Pemasaran: intrans_malang@yahoo.com

Website: www.intranspublishing.com

Anggota IKAPI

Distributor:

Cita Intrans Selaras

Pengantar Penulis ...

Dengan menghaturkan puji syukur dihadapan Ida Shang Hyang Widhi Wasa/Tuhan Yang Maha Esa karena atas segala dan rahmat-Nya, buku berjudul “Teori-Teori Hukum” yang kami tulis berdua dapat kami selesaikan sesuai dengan rencana.

Buku ini pada awalnya merupakan himpunan berbagai catatan penulis yang selama ini dipergunakan sebagai bahan perkuliahan dan hasil penelitian serta hasil analisis beberapa buku rujukan. Oleh karena semua dimaksudkan untuk kepentingan terbatas sebagai bahan kuliah dan diskusi bagi para mahasiswa yang kami ampu. Namun setelah subtansinya diperluas, dengan harapan dapat dibaca dan didiskusikan pula oleh kalangan pembaca terutama yang memiliki kepedulian terhadap perkembangan ilmu hukum baik para mahasiswa, dosen maupun masyarakat pada umumnya.

Bermula dari kesadaran bahwa ilmu pengetahuan terus tumbuh dan berkembang tidak dapat dilepaskan dari filsafat ilmu. Karena pengembangan ilmu berkaitan dengan esensi ilmu, proses pencapaian ilmu, dan manfaat/kegunaannya baik bagi ilmu itu sendiri maupun bagi kemanusiaan. Ilmu merupakan obyek material filsafat ilmu, sedangkan hakekat ilmu merupakan obyek formal filsafat ilmu.

Perhatian khusus untuk merefleksi secara mendasar terhadap ilmu dan dampak kemasyarakatannya telah menjadikan filsafat ilmu sebagai disiplin kefilosofatan mandiri dengan tokoh-tokoh dan aliran-alirannya. Tiap-tiap aliran melahirkan ajaran ilmu (*wetenschapleer*), yakni teori yang memuat rumusan tentang persyaratan yang harus dipenuhi sebuah teori atau kegiatan intelektual untuk dapat dikualifikasikan sebagai ilmu atau bersifat ilmiah. Beberapa aliran dalam merefleksikan ilmu adalah positivisme logikal, rasionalisme, rasionalisme kritis, metode keilmuan, teori perubahan paradigma, dan hermeneutik. Aliran-aliran tersebut juga berdampak pada perkembangan ilmu hukum termasuk perdebatan mengenai posisi keilmuan dari ilmu hukum telah terjadi sejak lama yakni sekitar abad ke-19 hingga abad ke-20 yang “menghasilkan” literatur hukum yang secara luas mendiskusikan pandangan *legal theory* yang menyebut bahwa ilmu hukum terdiri atas tiga lapisan yaitu filsafat hukum, teori hukum dan dogmatik hukum (ilmu hukum), yang ketiganya oleh para pemikir hukum dianggap masih terus mengundang kontroversi, karena kadang-kadang dalam teori hukum pun ditemukan berbagai topik yang masuk dalam bahasan filsafat hukum atau *Jurisprudence*, atau juga filsafat hukum pun dibahas dalam ilmu hukum.

Diskursus yang demikian akan dipaparkan secara sistematis dan lengkap di dalam buku ini, selain juga mengenai beberapa hal lain seperti: pada bab 1, seputar eksistensi teori hukum, memahami dan manfaat mempelajari teori hukum; pada bab 2, seputar sketsa konsepsi teori hukum: nuansa filosofis dalam ilmu hukum (orientasi umum, konsepsi teori hukum dalam nuansa filsafat hukum, dan konsepsi teori hukum dalam ilmu hukum); pada bab 3, seputar landasan keilmuan hukum dan perkembangan substansi teori

hukum, landasan keilmuan dan pengembangan ilmu hukum, dan perkembangan kualitas substansi teori hukum dan implikasinya terhadap pembinaan hukum nasional; pada bab 4, seputar jenis teori hukum dalam ilmu hukum normatif dan empiris; pada bab 5, seputar teori hukum dalam nuansa hukum praktikal dalam bidang hukum tata negara, pemisahan kekuasaan dan beberapa modifikasi, hukum dalam hukum pidana, dalam hukum acara, hukum dalam hukum acara, hukum pembangunan, negara hukum, teori demokrasi dan teori keadilan.

Kami menyampaikan terima kasih kepada yang terpelajar Prof. Dr. Dewa Putu Widjana, Sp. Park. yang telah berkenan memberikan sambutan untuk terbitnya buku ini. Sekaligus juga terima kasih kepada Penerbit Setara Press (*Intrans Publishing Group*) yang ada di Malang karena telah bersedia menerbitkan dan mempublikasikan buku ini sehingga dapat diakses dan dibaca oleh banyak pihak.

Akhirnya, semoga buku ini betul-betul dapat memberikan kemanfaatan terutama untuk peradaban dan tata hukum ke depannya. Oleh karena itu buku ini sangat dianjurkan dapat dibaca oleh para penstudi hukum di semua jenjang (S1 hingga S3), dan kalangan umum yang memiliki perhatian pada hukum. Walaupun, kami menyadari bahwa buku yang berisi uraian singkat ini masih banyak kekurangan di sana-sini sehingga perlu kritik dan saran untuk proses pengembangan berikutnya.

Bali, 22 Oktober 2018

Sambutan ...

Rektor Universitas Warmadewa

Saya mengenal baik yang terpelajar Saudara Dr. I Nyoman Putu Budiarta, S.H., M.H. yang merupakan dosen dan salah satu pimpinan di Universitas Warmadewa yang dikenal *expert* dalam bidang ilmu hukum. Perjalanan akademik beliau diawali ketika menjadi dosen di Yayasan Kesejahteraan Korpri Provinsi Bali Fakultas Hukum Universitas Warmadewa pada tahun 1985, kemudian pada tahun 1992 diangkat menjadi dosen Kopertis Wilayah VIII yang dipekerjakan pada Fakultas Hukum Universitas Warmadewa Denpasar, hingga saat ini. Karena keteladanan, selanjutnya beberapa periode beliau dipercaya sebagai pimpinan di Fakultas Hukum Universitas Warmadewa mulai dari Ketua Jurusan Hukum Internasional (1986-1987), Pembantu Dekan Bidang Kemahasiswaan (1987-1989), Pembantu Dekan Bidang Akademik (1989-1991), Wakil Dekan/Plt. Dekan selama dua periode (1991-1997), sampai pada akhirnya dipercaya sebagai Pembantu Rektor Bidang Kemahasiswaan (2001-2003 dan 2003-2007), sekarang Beliau dipercaya menjadi Dekan dari tahun 2015 hingga saat ini.

Sementara yang terpelajar Prof. Dr. I Dewa Gede Atmadja, S.H., M.S. adalah guru besar bidang ilmu hukum tata negara dari Universitas Udayana yang kini juga telah mengabdikan sebagai tenaga pengajar di Universitas Warmadewa. Kehadiran yang bersangkutan di civitas akademika Universitas Warmadewa sungguh sangat kami apresiasi karena tentu akan turut mengokohkan keilmuan hukum yang ada di kampus kami selain juga dapat menjadi teladan karena beliau terbilang cukup senior dalam bidang hukum di negeri ini.

Kolaborasi pemikiran dari kedua ilmuwan hukum tersebut berupa buku yang berada dihadapan sidang pembaca ini berjudul “Teori-Teori Hukum” yang diterbitkan oleh penerbit nasional asal Malang, Setara Press (*Intrans Publishing Group*). Walaupun buku serupa bisa jadi sudah banyak dipublikasikan dan beredar di tengah-tengah insan akademik, buku ini akan tetap mendapatkan ruang sebagai bahan bacaan atau referensi yang baik bagi kalangan akademisi hukum terlebih di internal civitas akademika Universitas Warmadewa.

Semoga, apa yang dipersembahkan oleh penulis buku ini betul-betul dapat memberikan sumbangan besar dalam khazanah pengetahuan hukum di Indonesia dan secara khusus dalam perbaikan tata hukum nasional.

Denpasar, Oktober 2018

Prof. dr. Dewa Putu Widjana, Sp. Park.

Pengantar Penerbit ...

Teori hukum, sejak kemunculannya, telah mengalami perkembangan dari abad ke abad dan dari generasi ke generasi. Perkembangan tersebut memperlihatkan bahwa ia sejalan atau mewakili semangat zamannya. Namun juga tak jarang terlihat bahwa ia mengalami pergeseran cara pandang sesuai dengan peralihan zaman baik di era klasik, abad pertengahan, modern, dan kontemporer. Akan tetapi pada saat yang sama pula, perkembangan tersebut juga mengalami “perjumpaan” dengan generasi hukum alam, generasi rasionalisme, generasi historisme, generasi positivisme, generasi sosio-antropologi, generasi realisme, dan generasi-generasi lain yang muncul sesudahnya.

Buku yang ditulis kedua orang yang kami kenal sangat terpelajar, yakni Prof. Dr. I Dewa Gede Atmadja, S.H., M.S. dan Dr. I Nyoman Putu Budiarta, S.H., M.H. kami pandang penting untuk dapat segera diterbitkan mengingatkan buku-buku bacaan

mengenai teori-teori hukum yang ditulis oleh orang Indonesia, dengan segala kacamata dan sudut pandang pemilihan tema, sangat minim. Oleh karena itu, kehadiran buku ini sangat membantu para mahasiswa ilmu hukum dalam memperoleh bacaan yang bermutu.

Sebagaimana buku-buku kedua penulis yang telah terbit sebelumnya di kami, Setara Press (*Intrans Publishing Group*), buku ini memang diperuntukkan untuk pegangan perkuliahan yang dihimpun dari materi-materi kuliah dengan ditambah beberapa hasil riset dan rujukan lainnya. Sehingga, dengan mudah, para pembaca terutama dari kalangan penstudi ilmu hukum dapat memahami masing-masing tema yang disajikan.

Akhirnya atas terbitnya buku ini, kami mengucapkan terima kasih dan kami haturkan apresiasi setinggi-tingginya kepada kedua penulis karena telah mempercayakan penerbitan dan publikasi buku ini beserta buku-buku lainnya yang telah terbit dahulu. Semoga buku ini betul-betul dapat memberikan kemanfaatan untuk para pembaca yang budiman.

Malang, 29 Oktober 2018

Daftar Isi ...

Pengantar Penulis ... v

Sambutan: Rektor Universitas Warmadewa ... viii

Pengantar Penerbit ... x

Bab 1: Pendahuluan ... 1

A. Eksistensi Teori Hukum ... 1

B. Memahami Manfaat Mempelajari Teori Hukum ... 5

Bab 2: Sketsa Konsepsi Teori Hukum: Nuansa Filosofis dalam Ilmu Hukum ... 11

A. Orientasi Umum ... 11

B. Konsepsi Teori Hukum dalam Nuansa Filsafat Hukum ... 14

C. Konsepsi Teori Hukum dalam Ilmu Hukum ... 47

Bab 3: Landasan Keilmuan Hukum dan Perkembangan Substansi Teori Hukum ... 85

A. Landasan Keilmuan dan Pengembangan Ilmu Hukum ... 85

B. Perkembangan Kualitas Substansi Teori Hukum dan Implikasinya Terhadap Pembinaan Hukum Nasional ... 102

Bab 4: Jenis Teori Hukum dalam Ilmu Hukum Normatif dan Ilmu Hukum Empiris ... 124

- A. Jenis-jenis Teori Hukum dalam Ilmu Hukum Normatif ... 124
 - B. Jenis-jenis Teori Hukum dalam Ilmu Hukum Empiris ... 132
-

Bab 5: Teori Hukum dalam Nuansa Hukum Praktikal ... 144

- A. Orientasi Umum ... 144
 - B. Teori Hukum dalam Hukum Tata Negara ... 144
 - C. Teori Pemisahan Kekuasaan dan Beberapa Modifikasi ... 145
 - D. Teori Hukum dalam Hukum Pidana ... 169
 - E. Teori Hukum dalam Hukum Acara ... 187
 - F. Catatan Penggunaan Teori Hukum dalam Karya Ilmiah ... 197
-

Daftar Pustaka ... 211

Tentang Penulis ... 216

Pendahuluan

1

A. Eksistensi Teori Hukum

Di akhir abad ke-20, literatur hukum tampaknya mulai secara luas mendiskusikan “*Legal Theory*”. Dalam pandangan *Legal Theory*, ilmu hukum terdiri atas tiga lapisan sebagaimana dikemukakan oleh **Jan Gijssels** dan **Mark van Hocke**, “*De darde trap van de rechtswetenschap, boven de rechtsdogmatiek en de rechtsteorie, wordt bezet door de rechtsfilosofie, voor zover althans men aanvaardt dat filosofie wetenschap is*”¹ (Pada teras/lapis ketiga ilmu hukum, di atas dogmatika hukum dan teori hukum ditempati filsafat hukum). Ini menunjukkan bahwa, di dalam lapisan Ilmu Hukum, Filsafat Hukum menduduki peringkat “tertinggi”, kemudian diikuti Teori Hukum dan Dogmatika Hukum. Karena Filsafat Hukum merupakan basis atau “ibu” bagi disiplin hukum lainnya.

Sebagaimana dinyatakan oleh **J.J.H. Bruggink**, “*De rechtsfilosofie is de moeder van alle juridische disciplines...*”². Sejalan dengan itu, **E. Fernando Manullang** menulis antara lain: “Filsafat

¹ Jan Gijssel dan Mark van Hocke, *Wat is rechtstheorie?*, Kluwer Rechtswetenschap, Antwerpen, 1982, hal. 10.

² J.J. H. Bruggink, *Rechtsrefecties; Grondbegrippen uit de rechtstheorie*, Kluwer - Deventer, 1993, hal. 120., Terjemahannya, “filsafat hukum ibu dari semua disiplin atau ilmu hukum. (Selanjutnya disebut J.J.H. Bruggink I).

Hukum, Ilmu Hukum (Dogmatik Hukum) dan Teori Hukum oleh para pemikir hukum masih terus mengundang kontroversi, karena kadang-kadang dalam Teori Hukum pun ditemukan berbagai topik yang masuk dalam bahasan Filsafat Hukum atau *Jurisprudence*, atau juga Filsafat Hukum pun dibahas dalam Ilmu Hukum. Namun dari segi metode kajiannya.”

Filsafat Hukum menjadi “teori payung” (*grand theory*) bagi pemikiran hukum lainnya.³ Meskipun dari sisi metodologi terdapat perbedaan baik dengan teori hukum maupun ilmu hukum dogmatik. Perbedaan dalam sisi metodologi, jika kajian Filsafat Hukum menggunakan metode “reflektif-spekulatif” terhadap semua gejala hukum, maka metode Teori Hukum adalah interdisipliner, mengkaji masalah-masalah hukum dari bahasa non-yuridis, atau menggunakan pendekatan (*approach*) ilmu-ilmu lainnya, dan ilmu Hukum Dogmatik menggunakan metode “normatif-positivis”. Ditinjau dari sudut pandang metodologi, dengan perbedaan metode, yakni cara memperoleh pengetahuan (epistemologis), maka benar bahwa ketiga lapisan Ilmu Hukum (arti luas) itu, Filsafat Hukum; Teori Hukum; dan Dogmatik Hukum, masing-masing merupakan “Ilmu Hukum yang mandiri”. Ini membuktikan bahwa dari titik tolak metodologi “eksistensi” Teori Hukum mendapat posisi mapan dalam studi hukum terutama di tingkat Pascasarjana. Sebagaimana halnya pada ilmu-ilmu lainnya, Teori Hukum yang tergolong masih relatif muda (abad ke-19), di Indonesia baru berkembang sejak akhir abad ke-20, sehingga menimbulkan kesulitan untuk menentukan secara pasti “ruang lingkup” kajian Teori Hukum. **G.W. Paton** menulis, “Kontroversi ruang lingkup kajian Teori Hukum (*Jurisprudence*) dan banyak metodenya yang ditentukan sendiri kalangan pemikir hukum” (*The great controversy has concerned the boundaries of Jurisprudence and the methods it should employ*).⁴ Pemikir hukum, **Meuwissen**, menyebutkan tiga ruang lingkup kajian atau tri tugas dari Teori Hukum, yakni (1) menganalisis

³ E. Fernando Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan: Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nilai*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2007, hal. 9.

⁴ G.W. Paton, *A Textbook of Jurisprudence*, Fourth Edition, Oxford University Press,, 1972, hal.

tentang pengertian hukum; dan pengertian-pengertian lain yang relevan; (2) menganalisis hubungan antara hukum dan logika; dan (3) menganalisis filsafat ilmu dari ilmu hukum serta suatu ajaran metode praktik hukum sejauh penting untuk perundang-undangan dan peradilan”.⁵

Pemikir hukum Indonesia, **B. Arief Sidharta**, berpendapat bahwa *Rechttheorie* yang diterjemahkannya sebagai “Teori Ilmu Hukum” secara sistematis dapat dibagi menjadi tiga cabang yakni: (1) Teori Hukum, (2) Hubungan Hukum dan Logika, dan (3) Metodologi. Ruang lingkup kajian Teori Hukum yang dapat dipandang sebagai kelanjutan dari *Algemeine Rechtslehre* (Ajaran Hukum Umum), di antaranya adalah: (i) analisis konsep-konsep dalam hukum (misalnya: perbuatan hukum, kontrak, perikatan, perkawinan, perbuatan melawan hukum, dsb.), (ii) analisis asas dan sistem hukum, (iii) Analisis kaidah hukum dan keberlakuan kaidah hukum.⁶

Mencermati pendapat ahli hukum (yuris) tentang ruang lingkup dan metode Teori Hukum yang begitu luas cakupannya, apabila dikembalikan pada sejarah eksistensi Teori Hukum, tampaknya hal ini merupakan konsekuensi logis dari peran “tengah” Teori Hukum yang menjembatani antara Filsafat Hukum yang sifat analisisnya sangat abstrak tentang semua refleksi teoritis kajian hukum; dan Ilmu Hukum Dogmatik yang kajiannya terbatas pada hukum positif dalam sistem hukum negara tertentu. Dengan demikian, Teori Hukum menduduki “peran tengah” dalam disiplin teoretikal lapisan Ilmu Hukum. Bagan yang tersaji berikut berupaya memperjelas “peran tengah” Teori Hukum dalam menjembatani Filsafat Hukum dan Ilmu Hukum Dogmatik dari sejarah perkembangan, latar belakang, obyek kajian, metode, sifat, lingkup kajiannya; dan relasi antara ketiganya.

⁵ B. Arief Sidharta, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hal. 31. (Selanjutnya disebut B. Arief Sidharta I)

⁶ B. Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1999, hal. 123. (Selanjutnya disebut B. Arief Sidharta II)

Bagan Ruang Lingkup Filsafat Hukum, Ilmu Hukum Dogmatik, dan Teori Hukum; Suatu Tanda Pembeda

Komponen-komponen penanda	Filsafat Hukum	Ilmu Hukum (Dogmatik Hukum)	Teori Hukum
Sejarah Perkembangan	Semenjak masa Yunani Kuno.	Semenjak masa pasca Abad Pertengahan.	Mulai Abad 19.
Latar Belakang	Mitologi Yunani dan eksistensi manusia dengan alam.	Faktor tidak konkretnya (sifat reflektif-spekulatif) Filsafat hukum dalam mengkaji hukum.	Menjembatani dua pendekatan dalam hukum: pendekatan empiris dan pendekatan normatif.
Objek Kajian	Gagasan-gagasan hukum dan gejala-gejala pada umumnya.	Atuan-atuan hukum positif dalam sistem hukum tertentu.	Hukum positif, dengan melakukan refleksi terhadap teknik-teknik yuridis menurut Dogmatik Hukum, yang telah secara positif eksis dalam sistem hukum tertentu.
Metode Kajian	Refleksi kritis dan analisis yang bersifat rasional-logis terhadap masalah-masalah umum dalam hukum	Metode yang normatif-positivis, dalam melakukan perumusan maupun penafsiran hukum (deduktif-logis)	Multi disiplin, dengan menggunakan ilmu-ilmu lainnya.

Sifat Kajian	Abstrak-kritis-etis-spekulatif	Positivis-preskriptif-praktis (teoritis-rasional)	Gabungan sifat kajian dalam Filsafat Hukum dan ilmu hukum
Ruang Lingkup Kajian	Meliputi bidang Ontologi, Aksiologi, Epistemologi, ideologi, Teleologi, Ajaran Keilmuan hukum dan Logika Hukum	Interpretasi dan sistematisasi hukum positif yang berlaku di suatu masyarakat atau negara.	Meliputi, diantaranya, bidang Analisis Yuridis, Ajaran Metode Ilmu Hukum, metode Dogmatik Hukum, dan Kritik Ideologi Hukum.

Sumber: diolah dari E. Fernando Manullang, 2007, hal. 17

Dalam usaha memperoleh pengertian tentang Teori Hukum, dan istilah-istilah yang digunakan oleh pemikir hukum asing beserta apa definisi serta manfaat Teori Hukum bagi kalangan penstudi hukum, perlu diuraikan ulasan-ulasan para ahli hukum (yuris). Berikut ini adalah ulasan para pemikir hukum yang telah penulis peroleh dengan menganalisa dan melakukan studi kepustakaan.

B. Memahami Manfaat Mempelajari Teori Hukum

Dalam kepustakaan Inggris, istilah yang paling umum dan paling tua untuk "Teori Hukum" adalah *Jurisprudence*. Istilah lain yang kini kita jumpai antara lain *Legal Theory* dan *Theory of Law*. **B. Arief Sidartha** merujuk pendapat **Jan Gijssel-Mark van Hocke**, bahwa dalam bahasa Belanda digunakan istilah *Rechtstheorie* yang diartikan sebagai "teori dari hukum positif, metode untuk memperoleh pengetahuan hukum, hubungan timbal balik antara hukum nasional dan hukum internasional."⁷

⁷ B. Arief Sidharta II, op.cit.,1999, hal. 121.

Istilah *Jurisprudence* yang digunakan di negara-negara Anglo-Amerika (Inggris dan Amerika) diberi arti dari yang sangat luas sampai pada yang sempit. Ilmuwan yang memberikan arti *Jurisprudence* secara luas, dapat disebut antara lain **Hilaire McCoubrey** dan **Nigel D. White**, dalam bukunya berjudul *Texbook On Jurisprudence, second edition*. Pada halaman satu buku tersebut. Mereka menulis, “masalah pokok *Jurisprudence* dapat diklasifikasi secara luas sebagai disiplin ilmu atau seni.” **Edgar Bodenheimer**, dalam bukunya *The Philosophy and Method of Law* juga mengonstruksikan *Jurisprudence* dalam arti luas bahwa cakupan kajian *Jurisprudence* meliputi nilai-nilai falsafah, aspek-aspek empiris seperti pendekatan sosiologis, historis, dan juga mengkaji komponen-komponen analitik serta teori hukum. **John Austin** memberi arti sempit bahwa *Jurisprudence* adalah mengenai pengkajian hukum positif yakni hukum yang ditetapkan superior politik diberlakukan untuk inferior politik. Di balik itu, **Frederick G. Kempin, Jr.**, dalam bukunya berjudul *historical Introduction to Anglo-American Law*, menulis, bahwa istilah Filsafat Hukum lebih tepat dinamakan *Jurisprudence* yang menentukan jalannya peradilan dan legislasi. *Jurisprudence* bukanlah hukum, melainkan tentang hakekat hukum (ontologis). **Lord Loyd**, dalam arti luas, mendefinisikan, *Jurisprudence* adalah studi mengenai teori umum tentang hukum dan sistem hukum, hubungan hukum dengan keadilan dan moralitas, serta tentang karakter kemasyarakatan dari hukum.⁸ **Holland** menggunakan istilah *Jurisprudence* dalam arti sempit, didefinisikan bahwa *Jurisprudence* adalah ilmu formal mengenai hukum positif.

Padanan istilah *Jurisprudence* untuk menunjuk studi mengenai teori hukum dalam bahasa Inggris adalah *Legal Theory*, meskipun ada ahli hukum yang membedakan antara *Legal Theory* dan *Jurisprudence*, walau perbedaannya hanya bersifat gradual. **Jerome Hall** misalnya menyatakan bahwa fokus kajian *Legal Theory* lebih ditekankan pada prinsip-prinsip umum hukum, sedangkan *Jurisprudence* fokus pada konsep-konsep hukum yang universal. **Gustav Radbruch** menegaskan, tugas *Legal Theory* adalah

⁸ Hamsteld Freeman, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Study Jurisprudence*, Sweet & Mac Well, London, LTD, 1994, hal.

membuat klasifikasi nilai-nilai hukum dan postulat-postulat dasar filosofis yang tertinggi. **Finsch**, menyatakan, *Legal Theory* adalah studi mengenai ciri-ciri pokok karakteristik sistem hukum. Di balik itu, **Schulz** berpendapat bahwa *Legal Theory* dan *Jurisprudence* adalah sama (sinonim). Kita tidak perlu membedakan *Legal Theory* dan *Jurisprudence*, karena pemberi kontribusi terhadap *Jurisprudence* dalam arti luas tidak lain adalah filsafat hukum dan *Legal Theory*.

Menyimak literatur *Jurisprudence* dan *Legal Theory*, tampak bahwa materi kajian keduanya memiliki kesamaan, antara lain sama-sama mengkaji hukum sebagai aturan tingkah laku, klasifikasi hukum, fungsi dan tujuan hukum, konsep hak dan kewajiban, interpretasi dan kodifikasi hukum. Dengan demikian, antara *Jurisprudence* dan *Legal Theory* dapat dikatakan identik. Bahkan kepustakaan hukum juga mengungkapkan baik *Jurisprudence* maupun *Legal Theory* sama-sama mengkaji berbagai pemikiran hukum dari aliran-aliran dalam ilmu hukum dengan pendekatan filosofis, maka *Jurisprudence* dan *Legal Theory* dapat juga dikatakan sama-sama merupakan sub divisi Filsafat Hukum. Di balik itu, **Achmad Ali**, merujuk pendapat **Richard Posner** dari bukunya yang berjudul *The Problematic of Moral and Legal Theory* (1999), menulis bahwa *Legal Theory* lebih luas daripada kajian Filsafat Hukum dan berbeda pula dengan analisis doktrinal.⁹

Menarik juga pandangan **Bruggink** yang membedakan Teori Hukum arti luas dan Teori Hukum arti sempit. Teori Hukum arti luas mencakup bidang kajian: Filsafat Hukum sebagai basis ilmu hukum, yakni Teori Hukum arti sempit, dan Ilmu Hukum yang terdiri atas lima bentuk berturut-turut: Dogmatika Hukum (*Rechtsdogmatiek*) Sejarah Hukum (*Rechtsgechiedenish*), Perbandingan Hukum (*Rechtsvergelijking*) Sosiologi Hukum (*Rechtssociologie*), dan Psikologi Hukum (*Rechtspsychologie*). Menurut pendapat **Bruggink** "Teori Hukum" (arti sempit) adalah teori yang mencakup dua cabang yaitu: (1) Dogmatika Hukum (cabang tertua Teori Hukum), teori hukum yang membatasi diri pada sistem hukum positif nasional tertentu, dan juga teori

⁹ Achmad Ali, *Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Prudence Theory)*, (Kencana Premedia Group, Jakarta, 2009, hal.

pembentukan hukum dan penemuan hukum. (2) Teori Hukum umum yang tidak terbatas pada negara nasional tertentu. Dalam sejarahnya, Teori Hukum ini diawali, lahir dari kandungan, "Ajaran Hukum Umum" di Jerman disebut *Algemeine Rechtslehre* kajiannya fokus pada asas-asas hukum umum yang berlaku untuk setiap tatanan hukum. Oleh karena itu disebut juga hukum alam positif, hukum alam disebabkan atas asas umum yang berlaku universal, disebut positif, asas-asas umum itu mengikat pada level hukum suatu negara.

Terkait dengan perbedaan antara Dogmatika Hukum dan Teori Hukum dapat dikatakan bahwa Dogmatika Hukum sebagai dogma obyek hukum positif harus diterima apa adanya dan harus dipatuhi; sedangkan Teori Hukum dalam mempelajari sebagian hukum positif mengkaji masalah-masalah umum yang sama pada semua sistem hukum secara kritis-argumentatif. Dalam usaha memahami secara ringkas pengertian "Teori Hukum Arti sempit" perlu dikutip beberapa definisi dari ilmuwan hukum (yuris), di antaranya:

- **John D. Finch**, *Introduction to Legal Theory* (1979), mendefinisikan, "*Legal Theory involves a study of the characteristic features essentials to law and common to legal system.* Terjemahan bebasnya adalah Teori Hukum termasuk adalah studi ciri-ciri tentang sifat esensial hukum dan sistem hukum pada umumnya.
- **Gijssels dan Mark van Hocke** (*Wat is rechtsteorie*, 1982), mendefinisikan Teori Hukum adalah cabang ilmu hukum yang mempelajari berbagai aspek fenomena hukum dalam konsepsi teoritis dan pelaksanaan praktis dengan tujuan memperoleh pengetahuan dan uraian yang lebih jelas tentang bahan-bahan hukum.
- **J.J.H. Bruggink** (*Rechtsreflecties Grondbegrippen uit de rechtstheorie*, 1993), Teori Hukum adalah keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum, dan dari sistem tersebut sebagian yang penting dipositifkan.

Di Indonesia, yuris (ahli hukum) **Oeripan Notohamidjojo** (Guru Besar Universitas Satyawacana, Salatiga), merumuskan definisi, Teori hukum (*Legal Theory*) adalah teori umum tentang hukum positif yang menggunakan metode pemahaman yuristik yang khas, karena secara murni. Metode yuristik adalah suatu cara memandang hukum sebagai penentuan normatif dari pertanggungjawaban yang dapat digambarkan dengan sebuah skema umum tentang perkaitan normatif antara kondisi dan konsekuensi-konsekuensi perilaku yang benar dan yang salah.¹⁰

Bernadus. Arief Sidharta memahami *Rechtsteorie*, yang diterjemahkannya sebagai Teori Ilmu Hukum secara lebih detail. Ia mengemukakan:

Teori Ilmu Hukum diartikan sebagai ilmu atau disiplin hukum yang dalam perspektif interdisipliner dan eksternal yang secara kritis menganalisis berbagai aspek gejala hukum, baik tersendiri maupun dalam kaitan keseluruhan, baik dalam konsepsi teoritisnya maupun dalam pengejawantahan praktisnya, dengan tujuan untuk memperoleh pemahaman yang lebih baik dan memberikan penjelasan sejernih mungkin tentang bahan hukum yang tersaji dalam kenyataan kemasyarakatan.¹¹

Definisi yang dikutip tersebut memberi pemahaman bahwa “teori hukum” merupakan suatu studi mengenai ciri esensial dari sistem hukum, dengan metode interdisipliner mengkaji fenomena hukum, baik aspek teoritis maupun praktis dengan tujuan dapat menjelaskan dan menguasai secara jelas dan baik tentang gejala umum hukum positif. Untuk itu, dalam membangun suatu “teori hukum” dipersyaratkan rumusan konsep atau pengertian yang jelas, bangunan yang konsisten, penataan sederhana, formulasi atau rumusannya cermat, dan jelas.

Dengan merujuk pendapat Sudikno Mertokusumo,¹² beranjak dari tujuan mempelajari Teori Hukum, kita dapat memahami manfaat mempelajari Teori Hukum. Menurut penulis,

¹⁰ Ny. Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia: Studi Kasus tentang Penerapan dan perkembangannya dalam Yurisprudensi*, Alumni, Bandung, 2002, hal. 20.

¹¹ B. Arief Sidharta II, *op.cit.*, hal. 122.

¹² Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, Edisi Revisi, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2012, hal. 9.

tujuan mempelajari Teori Hukum yaitu: *pertama*, pendalaman metodologis pada dasar dan latar belakang dalam mempelajari hukum arti luas, agar memperoleh pemahaman yang lebih baik dan lebih jelas tentang bahan-bahan yuridis, melalui kegiatan mengaplikasikan teori berkenaan dengan kegiatan praktik hukum yang meliputi: pembentukan undang-undang, peradilan, dan penyelenggaraan pemerintahan. *Kedua*, melalui penguasaan pada Teori Hukum, kita dapat menguasai kemampuan untuk memecahkan masalah-masalah hukum (menguasai *the power of solving of legal problem*) mencakup: kemampuan membuktikan peristiwa-peristiwa konkret, merumuskan masalah hukum (*legal issues*), dan memecahkannya, dan akhirnya membuat putusan (*decision making*).

Merujuk pada tujuan mempelajari Teori Hukum tersebut, dengan menyarikan pernyataan **McLeod** dalam bukunya *Legal Theory* (1999), diketahui bahwa manfaat mempelajari Teori Hukum, mencakup kegunaan pengetahuan tentang teori hukum memberikan pandangan yang mendasar mengenai hukum secara luas, dan yang memungkinkan para praktisi menguasai doktrin hukum yang dikemukakan para ahli, dan mengevaluasinya secara jelas keterkaitannya satu dengan yang lain; (2) dengan menguasai pengetahuan teori hukum, para praktisi akan mampu membangun argumentasi dan membendung argumentasi yang bertentangan dengan pandangan kita; dan (3) para praktisi yang menguasai pengetahuan teori hukum lebih percaya diri, dan berpeluang lebih sukses dalam menangani kasus daripada rekannya yang tidak menguasai teori hukum.¹³

Pernyataan **MC Leod** itu membuka mata kita betapa pentingnya bagi penstudi hukum, baik yang berprofesi sebagai teoritis maupun praktisi, untuk mempelajari dan menguasai Teori Hukum. Karena esensi Ilmu Hukum adalah ilmu praktis normologis. Dengan demikian, penguasaan yang mendalam atas Teori Hukum dapat dipastikan akan memperluas wawasan kita di bidang hukum dengan problematikanya yang sangat kompleks.

¹³ *Ibid*, hal. 10.

Sketsa Konsepsi Teori Hukum: Nuansa Filosofis dalam Ilmu Hukum

2

A. Orientasi Umum

Perlu strategi agar kita memperoleh gambaran terang berkenaan dengan ide (*notion*) teori hukum. Ini jelas bukan persoalan sederhana, memerlukan pandangan yang luas, dan pemikiran yang mendalam serta kritis terhadap hukum serta fenomena sosial, budaya, politik, ekonomi yang potensial berpengaruh atas konsepsi tentang hukum.

Memasuki zaman modern, mulai abad IX, keadaan peradaban di zaman itu mengalami perkembangan fisik yang luarbiasa disebabkan kontribusi sains dan teknologi. Pada waktu itu, hukum meresponnya dalam wujud melegitimasi temuan dan hal-hal yang dicapai oleh ilmu dan teknologi (sains dan teknologi) tersebut.¹⁴ Hukum pada saat itu dikonsepsikan sebagai norma tertulis yang dikodifikasi untuk menjaga kepastian hukum (*legal certainty*).

Kini memasuki abad XXI, seiring dengan kemajuan industri teknologi digital, terjadi pula perubahan citra tentang hukum. Merujuk pandangan Balkin (1994), di era postmodern, konsep

¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum dari Abad ke Abad, dalam Butir- Butir Pemikiran dalam Hukum*, Memperingati 70 Tahun Prof. Arief Sidartha, Reflika Aditama.

hukum tidak lagi didefinisikan secara abstrak, melainkan dalam konteks pelayanan publik yang dihitung seperti orang menghitung model produksi.

Soetandyo Wignyosoebroto menyatakan bahwa sepanjang sejarah studi hukum, tidak ada satu konsep tunggal tentang hukum. Dapat diidentifikasi paling sedikit ada enam konsep hukum yang berpengaruh pada kajian dan metode penelitian hukum. Keenam konsep hukum itu dianalisis sebagai berikut. *Pertama*, konsep yang paling abstrak, “hukum dimaknakan sebagai ide kebaikan dan keindahan (*on ethical good and aesthetical beauty*). Konsep hukum yang abstrak ini tak akan pernah diketahui manusia dan menjadi pengetahuan manusia, kecuali melalui kontemplasi (olah pikir) sebagaimana pemikiran epistemologi Platonian (Pengikut Plato) yang menjangkau alam transendental yang illahi. Begitu pula pandangan “realisme Aristotelian (Pengikut Aristoteles) bahwa hukum yang pada hakekatnya sebagai “ide ilahi” bisa saja hadir melalui kontemplasi dalam alam kesadaran manusia yang normatif. Hukum dipandang orde yang final sebagai pengetahuan manusia yang benar, namun tetap saja harus dinyatakan sebagai “bukan yang sebenarnya”. Berikutnya yang *kedua*, pemikiran “hukum kodrat” sekuler dipelopori oleh **Hugo de Groot**. Konsep hukum yang lebih konkret, memandang hukum sebagai asas-asas keadilan yang dipercaya secara kodrati berlaku universal. Kaum sekuler, yang kemudian mengembangkan aliran hukum alam, meyakini kebenaran paradigmatik tentang norma-norma yang berlaku sebagai *a universal higher order* (tatanan hukum yang lebih tinggi yang universal) yakni asas-asas moral yang berlaku umum dalam kehidupan manusia. Paham tentang adanya asas moral yang berlaku universal mendasari prinsip-prinsip hukum internasional.² Konsep hukum yang *ketiga*, dalam bentuknya yang lebih konkret, hukum dipandang sebagai seluruh preskripsi (norma) yang direpresentasikan dalam produk legislasi berupa undang-undang karya badan legislatif, disebut juga dalam istilah

² Soetandyo Wignyosoebroto, Keragaman Konsep Hukum, Tipe kajian, dan Penelitiannya, dalam *Butir-Butir Pemikiran dalam Hukum*, Reflika Aditama, 2012, hal.44.

latin "*ius constitutum*" atau "*ius positivum*" (hukum positif) yang berlaku sebagai *standard* perilaku warga bangsa. Karena norma undang-undang bersifat "umum-abstrak", di dunia akademisi dikenal sebagai hukum *in abstracto*. Masih ada konsep hukum positif selain dalam bentuk undang-undang (arti materiil), yaitu hukum sebagai produk yudisial disebut *judge made law* dalam tradisi penganut *common law system* atau *jurisprudentie* (Belanda), yurisprudensi (Indonesia) yakni kumpulan putusan pengadilan, disebut juga "hukum *in concreto*". Disebut hukum *in concreto*, karena merupakan putusan badan peradilan. Pemegang 'kekuasaan kehakiman' adalah kekuasaan hukum yang menetapkan apakah suatu fakta dan/atau peraturan itu, bersifat hukum atau tidak, berikut konsekuensi hukumnya. Konsep hukum yang **keempat**, hukum dipahami dalam wujud keteraturan perilaku warga masyarakat di dalam kehidupan mereka sehari-hari. **Van Vollenhoven**, menamakan konsep hukum yang manifest sebagai pola perilaku masyarakat yang ajeg dalam situasi-situasi non-konflik dengan *gedrageregels*. Di Indonesia pada era kolonial, perilaku masyarakat yang ajeg dalam suasana harmoni dilandasi asas patut dan laras atau tanpa konflik, namun jika terjadi perilaku warga masyarakat yang mengganggu keseimbangan 'magis', maka terjadi reaksi dari fungsionaris adat untuk memulihkan kembali keseimbangan 'magis' tersebut, inilah wujud dari konsekuensi hukum. Perilaku warga masyarakat yang ajeg yang berkonsekuensikan akibat hukum itu, oleh ahli-ahli hukum Belanda dinamakan "*adatrecht*" (pengaruh *Snocke Horgrunye*) yang diterjemahkan hukum adat di dalam bahasa Indonesia. Kini, dalam literatur mutakhir, keajegan perilaku warga yang berkonsekuensikan hukum lazim disebut *popular law* yang diterjemahkan 'hukum rakyat' dalam bahasa Indonesia.³ Masih ada lagi konsep hukum **keenam**, yang mendefinisikan hukum sebagai realitas yang manifest dalam bentuk aksi dan interaksi antar subyek. Di sini, hukum memperoleh bentuknya yang paling situasional, otonom, dinamis, manifestasi dari tafsir para subyek yang tengah berinteraksi.

³ *Ibid.*

Singkatnya di sini hukum dikonsepsikan sebagai manifestasi makna-makna simbolik para subyek yang tidak terikat atau terbebas dari intensi-intensi pembentuk undang-undang, dari kehendak tetua adat, ataupun terbebas dari fatwa para ulama pemuka agama.⁴ Inilah konsep hukum yang paling konkret dan sungguh-sungguh otonom, wujud otonom dari kehendak para subyek. Konsep-konsep hukum berpengaruh pada konsep teori hukum mulai dari “teori hukum dalam nuansa filosofis” yang diasumsikan berada pada tataran nilai (*value*) dan termanifestasi pada aliran-aliran filsafat hukum.

B. Konsepsi Teori Hukum dalam Nuansa Filsafat Hukum

Kajian konsep teori hukum pada tataran filosofis ini fokus pada dua aliran Filsafat Hukum yang sangat berpengaruh di dunia, khususnya Indonesia sampai saat ini, yaitu “Teori Hukum Alam” dan “Teori Positivisme Hukum”. Berbagai versi ditulis oleh ahli Filsafat Hukum tentang Teori Hukum Alam atau Hukum Kodrat. Dalam kajian ini diikuti pula versi **Andrew Altman**, dari bukunya yang berjudul *Arguing About Law: An Introduction to Legal Philosophy* (2001) yang mengkaji menurut rentang sejarah (membuat klasifikasi diakronis) yakni “Teori Hukum Alam Tradisional” (*Traditional Natural Law Theory*) dan “Teori Hukum Alam Modern” (*Modern Natural Law Theory*).

1. Teori Hukum Alam Tradisional

Dua pendukung utama teori ini bernama St. Augustine dan Thomas Aquinas. Keduanya memiliki persepsi yang sama tentang Hukum Alam, bahwa “hukum alam merupakan kewajiban tertinggi yang diciptakan oleh alam yang dapat membatalkan kewajiban setiap orang apabila bertentangan dengan moral atau immoral. Ada tiga tesis yang dikemukakan St. Augustine, yaitu:

- i. Hukum Alam digunakan standard untuk menilai peraturan yang ditetapkan oleh negara yang disebut hukum positif baik atau buruk (*that natural law providing standard should be used to evaluate positive laws as good or bad*);

⁴ *Ibid.*

- ii. Peraturan hukum positif yang bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum alam, tidak sah. Peraturan hukum tersebut batal demi hukum dan tidak membebaskan kewajiban kepada setiap orang (*Rules of positive law that conflict with principles of natural law are invalid. Such rulers are null and avoid and imposed no obligation to anyone*).
- iii. St. Augustine mendeclare, hal yang jarang dikemukakan oleh pandangan tradisonal: bahwa “hukum yang tidak adil bukanlah hukum (...St. Augustine gave a succinct statement of the traditional view: “a law that is no justice is not law”).⁵

Teori Hukum Alam Tradisional versi Thomas Aquinas merupakan suatu uraian Filsafat Hukum yang sistematis, komprehensif dan tetap dikembangkan. Tesis utama Thomas Aquinas, dideskripsikan, sebagai berikut:

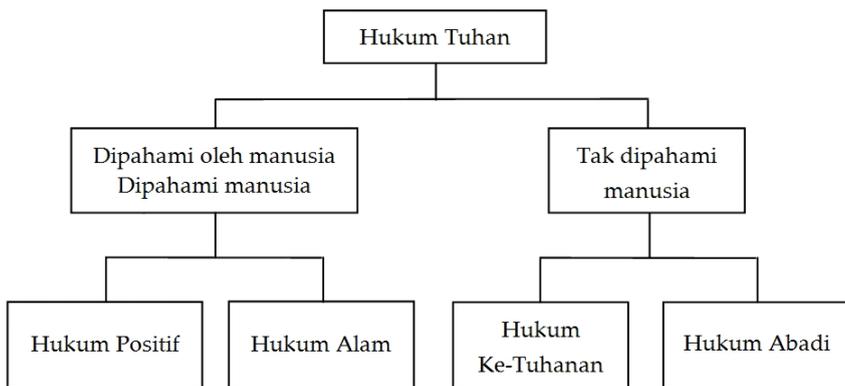
- a. Visi dasarnya bahwa alam semesta itu ciptaan oleh yang tunggal, pengatur abadi dan menganugerahkan sistem hukum (*It rest on his vision of the universe as governed by single, self-consistent, and overarching sysem of law*).
- b. Keseluruhan sistem itu didasarkan pada arahan dan otoritas pembentuk hukum dan hakim tertinggi, yakni Tuhan (*The entire system is under direction and authority of the supreme lawgiver and jugde, God*).
- c. Sistem hukum ini dalam peringkatannya (hirarkhi), tersusun paling atas hukum abadi, hukum tuhan, dan hukum alam, paling bawah hukum manusia (*Human law occupies the lower tier of this system. Above it are eternal law, divine law and natural law.*).
- d. Hukum abadi itu terdiri atas asas-asas yang ditetapkan Tuhan untuk tindakan dan menggerakkan benda-benda yang memungkinkan setiap benda menampilkan fungsinya yang baik dalam keseluruhan tertib alam semesta (*Eternal law consist of those principles of action and motion that God implanted in things in order to enable each thing to perform its proper function in the over all order of the universe*).

⁵ Andrew Altman, *Arguing About Law: An Introduction to Legal Philosophy*, Wadsworth Publishing Company, Australia, Canada, Mexico, Singapore, Spain, United Kngdom, United States, 2001, p. 49 dan 50.

- e. Hukum alam terdiri atas asas-asas khusus dari hukum abadi untuk umat manusia. Seperti asas-asas-asas yang dapat dikenali oleh kekuatan pikiran alamiah kita dan asas-asas itu memandu ke arah apa yang baik bagi manusia (*Natural law consist of those principles of eternal law specific to human beings. Such principles are knowable by our natural powers of reason, and they guide us toward what is good for humans*).
- f. Dengan demikian, asas-asas itu adalah baik bagi manusia untuk hidup dengan tenang satu sama lain dalam masyarakat, dan karena itu asas-asas hukum alam memerlukan larangan berperilaku jahat di masyarakat seperti halnya pembunuhan, dan pencurian (*Thus, it is good for humans to live peaceably with one another in society, and so natural law principles entail the prohibition of actions such as murder and theft that harms society*).
- g. Asas-asas hukum alam membantu kita mencapai kebaikan, yang dapat dicapai di dunia ini. Namun terlalu sedikit kebajikan yang bisa dicapai manusia di dunia yakni keselamatan abadi. Figur hukum yang eksis melampaui dan berada di atas hukum alam memandu kita untuk menuju kebaikan; yaitu Hukum Tuhan (*The principles of natural law help us reach the good, that is reachable in this world. Yet beyond this world there is the ultimate human good: eternal salvation. A type of law exists over and above natural law, guiding us to hat ultimate goal. That is devine law*).
- h. Menurut Aquinas, istilah hukum manusia adalah hukum positif yang terdiri dari peraturan-peraturan yang ditetapkan oleh pemimpin masyarakat politik (negara) untuk kebaikan umum warga negara. Dalam beberapa kasus misalnya menurut logika sederhana dideduksi dari asas-asas hukum alam. Contohnya, hukum positif, melawan pembunuhan, secara logika ditentukan oleh hukum alam yang pada umumnya melarang seseorang atas kesalahannya merugikan orang lain. Setiap orang akan setuju bahwa pembunuhan adalah satu bentuk kesalahan yang merugikan, hukum mengenai pembunuhan itu menurut logika diturunkan dari asas-asas hukum alam (*Human law Aquinas's term for positive law consist*

of rules framed by the head of the political community for the common good of its members. In some cases, such rules are simply logically deduced from natural law principles. For example, the positive law against murder is logically entailed by the more general law that prohibits a person from wrongfully harming someone else. Once we agree that murder is a form of wrongful harm, the law against murders logically follows from the natural law principle).⁶

Dalam versi yang sederhana, **Surya Prakash Sinha** (1993) mengemukakan bahwa **Thomas Aquinas** membuat skema hierarki hukum yang menempatkan hukum Tuhan (*divine law*) pada tingkat yang tertinggi (*supreme*). Konstruksi berpikir **Aquinas** yakni komunitas alam semesta diciptakan oleh rasio Tuhan. Tidak semua Hukum Tuhan dapat dipahami oleh manusia. Bagian yang dapat dipahami manusia menampakkannya sendiri melalui hukum abadi (*eternal law*), yang menyatu dengan kearifan Tuhan (*divine wisdom*), dan Hukum Tuhan (*Lex Divina*) ini ditetapkan Tuhan sebagaimana dijumpai dalam Kitab-kitab Suci. Asas-asas hukum abadi (*eternal law* atau *lex aeterna*) diungkapkan ke dalam hukum alam (*natural law* atau *lex naturale*), dan dari asas-asas hukum alam diturunkan kepada seluruh hukum manusia (*human law* atau *lex humana*) yang dinamakan hukum positif dibentuk oleh kekuasaan negara. Secara skematis, hierarki hukum menurut Thomas Aquinas, nampak sebagai berikut:



Sumber: diolah dari Surya Prakash Sinha, 1993, *Jurisprudence: Legal Philosophy In A Nutshell*, Sint Paul Min, 1993, hal. 93

⁶ Ibid.

Literatur Indonesia mendeskripsikan “Teori Hukum Alam Tradisional” dari Thomas Aquinas (1225-1274) dengan nama **teori hukum alam thomistis**, yang merupakan perpaduan pengaruh Filsafat Hukum Alam Yunani Kuno, Kaum Stoa dan pemikiran teologia Gereja Katholik (Filsafat Skolastik). Dalam teori tersebut hukum dikualifikasi menjadi, empat golongan dengan hierarki yaitu:

- a. **hukum abadi** (*lex aeterna*), hukum yang berisi kehendak Tuhan dalam arti segala sesuatu tentang komunitas alam semesta diatur oleh rasio Tuhan yang sulit untuk dapat ditangkap pikiran manusia. Hanya sebagian kecil saja dari rasio Tuhan yang dapat ditangkap manusia melalui wahyu;
- b. **hukum ke-Tuhanan** (*lex divina*), hukum yang dinyatakan oleh Tuhan melalui wahyu yang dapat dipahami rasio (akal-budi) manusia, sebagian berasal dari hukum abadi (*lex aeterna*);
- c. **hukum alam** (*lex naturalis*), sebagian kecil berasal dari hukum ke-Tuhanan yang ditangkap manusia melalui wahyu. Pada hukum alam (*lex naturalis*) dijumpai dua jenis hukum, yaitu: (1) hukum alam primer yang memuat asas-asas utama, seperti asas tidak seorangpun boleh melanggar hukum dan (2) hukum alam sekunder, menjabarkan asas-asas utama;
- d. **hukum manusia** (*lex humana*) yang dinamakan **hukum positif** yang sesungguhnya berlaku, terdiri atas (1) hukum positif yang berasal dari Tuhan yang diwahyukan kepada manusia, dan terdapat dalam Kitab Suci, (2) hukum positif yang dibuat manusia berdasarkan rasionya. Khusus untuk hukum alam sekunder terbagi menjadi dua, (1) norma yang dihasilkan dari deduksi logis, misalnya tak seorang pun boleh membunuh, tak seorang pun boleh mencuri, (2) norma yang dihasilkan secara khusus disebut *ius gentium*, seperti hak milik perseorangan.⁷ Deskripsi ini menunjukkan bahwa kategori hukum alam dari Thomas Aquinas, benar merupakan gambaran suatu hirarkhi hukum menurut “Teori Hukum

⁷ Ronald Titahelu, *Peneapan Asas-Asas Hukum Umum Dalam Penggunaan Tanah Untuk Sebesar-Besar Kemakmuran Rakyat: Suatu Kajian Filsafati dan Teoritik tentang Pengaturan dan Penggunaan Tanah di Indonesia*, Disertasi Universitas Airlangga, 1993, hal. 164.

Alam" tradisional. Hukum alam berkedudukan sebagai hukum yang *supreme* (lebih tinggi) dari hukum positif. Oleh karena itu hukum alam diposisikan sebagai kaidah penilaian, artinya jika hukum positif bertentangan dengan asas-asas moral dan keadilan, maka hukum positif itu bukan hukum, dan boleh tidak ditaati.

2. Teori Hukum Alam Modern

Andrew Altman menyebutkan ada dua tokoh utamanya yakni **Lon Fuller** dan **Donald Dworkin**. Keduanya ahli hukum dari Amerika Serikat, meski pendapat keduanya ada perbedaan. Kedua pandangan oponen utama Teori Hukum Alam Modern tersebut dideskripsikan dan dianalisa, seperti di bawah ini.

Pertama, konsep teori inner morality dari **Lon Fuller**, dikenal sebagai Bapak Kebangkitan Hukum Alam, yang tesis utamanya diidentifikasi sebagai berikut:

- a. Suatu sistem hukum yang asli sejatinya diikat oleh asas-asas moral tertentu, dan asas-asas moral ini disebut oleh Lon Fuller dengan istilah *inner morality* hukum (... *that any genuine system of law necessarily abides by certain moral principle. He calls these principles the inner morality of law*).
- b. *Inner morality* hukum, yang merupakan asas-asas moral diturunkan atau diderivasi dari ide bahwa hukum itu suatu instrumen untuk mengatur dan pengendali bagi perilaku manusia sebagai agen (pelantar) yang memiliki kemampuan mempertimbangkan dan memilih (*the principles that make up the inner morality of law; derives them from the idea that law is something intended to regulate and control ... are addressed to humans as agents capable to deliberation and choice*).
- c. Peraturan hukum harus diberlakukan ke depan tidak boleh berlaku surut, karena hanya dengan diberlakukan ke depan, manusia sebagai agen (pelantar) mampu menentukan pilihan dalam berperilaku. Sama halnya bahwa kaidah peraturan hukum harus relatif jelas, memungkinkan peraturan hukum yang berlaku dipatuhi (...*legal rules must be applied prospectively, rather than retroactively, because only prospective*

rules address humans as agents capable choice. Similarly, legal rules must be relatively clear in meaning, possible to comply with, adopted in accord with existing rules).

- d. Fuller mengakui bahwa di antara ide dasar Teori Hukum Alam dapat dipertahankan: perlunya mengaitkan antara hukum positif dengan moralitas, dan keterkaitan itu berakar pada sifat hukum itu sendiri, meskipun perlunya hubungan itu tidak sekuat pemikir-pemikir hukum alam yang mengemukakan postulat, hukum positif yang tidak adil dan bertentangan dengan moral tidak perlu dipatuhi. Tetapi menurut Fuller, kemungkinan fakta jika sistem hukum yang tidak adil secara moral hukum positif itu tidak wajib dipatuhi (*Fuller thus believes that the basic idea behind natural theory can be vindicated; there is necessarily connection between positive law and morality, and that connection stems from the nature of law itself. The necessarily connection is not as strong tradisional natural law thinkers had postulated, for it is possible that particular positive law are unjust and morally ought to be disobeyed*).
- e. Diperingatkan pula lebih tegas bahwa, *inner morality* tidak menjamin bahwa setiap sistem hukum *genuine* itu adalah hukum yang adil, dan apabila hukum itu secara serius tidak adil dari sisi moral fundamental maka kewajiban *prima facie* (kewajiban utama) untuk mematuhi harus dikesampingkan, dengan perkataan lain hukum yang tidak adil menurut moral secara fundamental tidak perlu ditaati (*The inner morality of law does not guarantee that every genuine legal is a just law. And if a law is seriously unjust, the prima facie obligation to obey it may be overridden. After all, a law might be so unjust that fundamental moral obligations require disobedience*).⁸

Dari lima tesis utama “Teori *Inner Morality*”, inti konsep teori hukum, menurut **Lon Fuller** yakni setiap sistem hukum *genuine* (asli) selalu terikat pada asas-asas moral tertentu, yang diberi istilah “*inner morality*”. Asas-asas moral inilah sejatinya yang menjadi dasar mengikatnya dan dihormatinya peraturan hukum.

⁸ Andrew Altman, *op.cit.*, p. 55-56.

Meskipun begitu, **Fuller** mengakui tidak semua produk hukum pengusa (hukum positif) yang berupa legislasi/regulasi konsisten dengan asas-asas moral yang melekat pada “*inner morality*” hukum. Legislasi/regulasi itu jelas tidak baik secara moral, tetapi hukum positif itu tidak serta merta kehilangan validitas (keabsahan), sebagaimana diklaim oleh penganut teori hukum alam tradisional. Bahkan dicatat pula, **Fuller** membuka kemungkinan lain bahwa produk hukum mungkin tidak memiliki keabsahan secara “*inner morality*”, tetapi dapat dibenarkan menurut tujuan-tujuan sosial.

Teori *Inner Morality* secara aktual berpengaruh pada aplikasi pembentukan hukum (legislasi/regulasi). Hal ini antara lain dikemukakan oleh **Hilare MacCobrey** dan **Nigel D. White**. Mereka menyatakan, “argumen Fuller bagian utamanya berkenaan dengan persyaratan untuk membentuk norma dalam konteks moralitas yang mewajibkan. Sasaran analisisnya ditekankan oleh **Fuller** pada pembentukan hukum yang tepat secara moral. Produk hukum itu esensinya menetapkan kriteria minimum bagi legislatif atau kegiatan hukum lainnya yang dapat dikenal, yang oleh **Fuller** diungkapkan dalam bentuk delapan kriteria negatif. Kedelapan kriteria negatif, legislasi, dan regulasi yang tepat secara moralitas, dalam Bahasa Inggris, adalah sebagai berikut:

- (a) *failure to establish rules at all, leading to absolute uncertainty* (suatu kekeliruan membentuk peraturan yang mengandung ketidakpastian sama sekali);
- (b) *failure to make rules public to those required to observe them* (suatu kekeliruan membentuk peraturan umum yang mewajibkan kepatuhan hanya kepada masyarakat);
- (c) *improper use of retroactive lawmaking* (tidak baik membentuk hukum yang berlaku surut atau diberlakukan secara retroaktif);
- (d) *failure to make comprehensible rules* (suatu kekeliruan membentuk peraturan hukum yang tidak dapat dipahami);
- (e) *improper making rule which contradict each other* (tidak baik membentuk peraturan hukum yang bertentangan satu dengan yang lainnya);

- (f) *making rules which impose requirements with which compliance is impossible* (tidak boleh membentuk peraturan hukum dengan membebaskan persyaratan yang tidak mungkin dipenuhi);
- (g) *changing rules to frequently that required conduct becomes whole unclear* (seringkali mengubah peraturan mejadikan perilaku yang diwajibkan tidak jelas sepenuhnya);
- (h) *discontinuity between the stated content of rules and their administration in practice* (ketidaksesuaian antara isi peraturan dan pelaksanaannya dalam pratik).⁹

Dalam konteks keindonesiaan, kriteria negatif legislasi menurut **Lon Fuller** pada huruf (c) keberlakuan atau penerapan peraturan berlaku surut, secara konstitusional dikategorikan sebagai bentuk pelanggaran hak asasi manusia. Ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, menentukan, “... **hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun**” (huruf tebal dari penulis). Kualifikasi hak asasi manusia yang bersifat mutlak digolongkan hak asasi yang tidak dapat dikesampingkan (*non-derogated human rights*). Dengan demikian peraturan hukum harus diberlakukan ke depan atau secara retrospektif atau dikenal dengan istilah “*asas non-retroaktif*”.

Kedua, Konsep Interpretive Theory (Teori Interpretif), dari **Donald Dworkin**, ada beberapa tesis utama, yaitu:

- a. setiap produk hukum, baik legislasi atau regulasi dengan sendirinya harus dapat ditafsirkan dan diterapkan melalui pendekatan moral;
- b. hukum positif harus memiliki integritas moral. Integritas mungkin tidak menjamin pencapaian keadilan, akan tetapi integritas moral menjamin adanya derajat moralitas yang cukup bahwa setiap legislasi atau regulasi sebagai produk hukum terhindar menjadi produk politik penguasa;

⁹ Hilaire McCobrey, *et.al.*, *Text Book On Jurisprudence*, Blackstone Press Limited, 1995, p. 89-90.

- c. hukum merupakan ungkapan filosofi pemerintahan; filosofi itu terdiri dari asas-asas moral yang menetapkan tujuan-tujuan fundamental pemerintah dan hubungan pemerintah dengan perseorangan atau individu.
- d. asas-asas moral itu merupakan dasar legitimasi keputusan-keputusan hukum, yang sekaligus menjadi pedoman untuk menafsirkan suatu peraturan hukum.¹⁰

Andrew Altman menilai bahwa argumentasi Teori Interpretif sangat kuat. Ia mengatakan bahwa begitu penting dan perlunya mengaitkan antara hukum dan moralitas namun, mengenai aplikasinya, menolak pendekatan (*approaches*) dari Aquinas dan Fuller. **Andrew Altman**, menulis:

*Unlike Aquinas's traditional version of natural law theory, Dworkin does not hold that unjust rules are invalid as laws. Unlike Fuller version, Dworkin does not hold that the principles of legality are by themselves... sufficient to create a prima facie moral obligation to obey the rules of any system of positive law. Dworkin seems agree with Fuller that obligation have some moral force: there is some moral reason to abide by such obligations. But Dworkin locates the source of moral not merely in the principles of legality, but in integrity of law. In other words, for Dworkin the inner of morality of law not only of the principles of legality but also of the best moral principles that underlie the settled law"¹¹ [Tidak seperti Aquinas penganut versi teori hukum alam tradisional, Dworkin tidak berpendirian bahwa peraturan yang tidak adil bukan sebagai hukum yang tidak sah. Tidak seperti versinya Fuller, Dworkin tidak berpegang pada bahwa, asas-asas legalitas dengan sendirinya cukup untuk menciptakan suatu kewajiban moral utama untuk mematuhi peraturan dari suatu sistem hukum positif. Dworkin tampaknya setuju pada Fuller bahwa kewajiban hukum memiliki kekuatan moral: suatu alasan moral mengikatnya kewajiban-kewajiban tersebut. Namun **Dworkin** menempatkan sumber kekuatan moral tidak semata-mata hanya dalam asas-asas legalitas, tetapi pada integritas hukum. Dengan perkataan lain menurut **Dworkin** "asas-asas moral" (*inner morality of law*) lebih luas daripada Fuller: terdiri dari tidak hanya asas-asas legalitas, tetapi juga asas-asas moral yang baik dilandasi oleh keberadaan hukum itu sendiri].*

¹⁰ Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan*, Alumnus, Bandung, hal. 236.

¹¹ Andrew Altman, *op.cit.*, 2001, hal. 65.

Pandangan **Dworkin** dan **Fuller** menunjukkan bahwa hubungan antara hukum alam dan hukum positif selalu aktual sampai abad ini. Aktualisasi versi teori hukum alam modern (abad ke-20) terlihat jelas pada Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia 1948 dan Deklarasi *Rule of Law, International Jurists Conference*, 1959 di New Delhi, dan Pengadilan Nuremburg tentang Kejahatan Perang Dunia II, mengadili pimpinan Nazi seperti Hermann Goering, Wakil Adolf Hitler, merangkap Komandan Angkatan Udara Nazi, yang dikualifikasi sebagai “pelanggaran HAM berat” tergolong “*extraordinary crime*” (kejahatan luar biasa). J.W. Harris (*Law and Legal Science: An Inquiry into the Concept of Legal Rule and Legal System*), memberi catatan, bahwa penempatan intuisi sebagai paham epistemologis dari Aliran Hukum Alam, mengedepankan penalaran intuisi bukan rasio. Intuisi sepenuhnya digunakan pada penalaran zaman klasik/kuno, sedangkan rasio merupakan dominasi penalaran zaman modern seperti dipraktikkan Positivisme Hukum. Di balik itu, Realisme Hukum justru mengembangkan jenis “intuisi baru” yang dinamikannya *trained intuitive judgeship* dapat diterjemahkan “intuisi hakim yang terlatih”.¹² Di bawah ini dianalisis teori hukum dari penganut Positivisme Hukum.

Positivisme Hukum menolak tesis Teori Hukum Alam tradisional, dengan postulat bahwa “hukum yang *genuine*” adalah “hukum yang adil”, dan “hukum yang tidak adil”, bukan hukum, sehingga tidak harus ditaati. Positivisme Hukum, lebih jauh juga menolak tesis Teori Hukum Alam modern yang secara mutlak mengaitkan antara hukum positif dengan moral sebagaimana didalilkan oleh Lon Fuller dan Donald Dworkin.¹³

Perlu diketahui menurut **L.B. Curzon**, Positivisme Hukum digunakan sebagai frase yang pada umumnya digunakan untuk merujuk pada hukum yang dibuat oleh manusia (“*Divine positive law*” yakni hukum yang diberikan kepada manusia oleh Tuhan). Istilah ini digunakan untuk menunjukkan Positivisme, yang mengindikasikan, yaitu:

¹² Shidarta, *op.cit.*, hal. 237.

¹³ Andrew Altman, *op.cit.*, hal. 66.

- (a) *the theory that a law is the command of sovereign or other recognized authority* (teoritis hukum itu perintah yang berdaulat atau yang lainnya hukum yang diakui oleh otoritas).
- (b) *the argument that there is no obvious or necessary link between law and moral* (argumen-argumen itu jelas tidak perlu mengaitkan antara hukum dan moral).
- (c) *the contention that rational arguments cannot be used to support or deny moral judgment*¹⁴ (pendirian bahwa argumen-argumen rasional tidak dapat dipergunakan untuk mendukung atau menolak penilaian moral).

Selanjutnya **Curzon**, mengemukakan *legal positivism, the phrase is widely to refer to that jurisprudential analysis involving a scientific study of the body of rules, termed "laws", without reference to extraneous matters such as social context, political, psycholocial background ect.*¹⁵ (Positivisme hukum adalah ungkapan yang luas merujuk pada ilmu hukum analitis termasuk studi ilmiah himpunan peraturan yang disebut "hukum", tanpa mengacu pada masalah-masalah di luar hukum, seperti latar belakang konteks sosial, politik, psikologi, etika-moral dll.).

3. Konsepsi Teori Positivisme Hukum

Penulis-penulis hukum menggunakan referensi pendapat H.L.A. Hart (filsof Inggris) mengenai esensi doktrin Postivisme Hukum. Dikemukakan oleh **Deryck Beylevald** dan **Roger Brownsword** (1986) bahwa **Hart** menginventarisasi esensi ajaran Positivisme Hukum, yaitu:

- (1) *the contention of that laws are commands of humans beings* (pendirian bahwa hukum perintah bagi umat manusia);
- (2) *the contention that there is no necessary connection between law and morals, or law as it is and ought to be* (pendirian bahwa tidak perlu mengaitkan antara hukum dan moral atau antara hukum positif dengan hukum yang seharusnya);
- (3) *the contention that the analysis (or the study of meaning) of legal concepts is (a) a worth pursuing and (b) to be distinguished from*

¹⁴ L.B. Curzon, *Jurisprudence*, M & E Handbooks, Macdonald And Evans, 1979, hal. 102.

¹⁵ *ibid.*

historical inquiries into the causes or origin of law, from sociological inquiries into the relation of law and other social phenomena, and from criticism or appraisal of law whether in term of morals, social aims, functions, or otherwise; {(pendirian bahwa analisis (atau studi tentang arti) dari konsep hukum adalah (a) memperoleh manfaat, dan (b) dibedakan dari penelitian sejarah dalam hal sebab atau asal-usul hukum, dari penelitian sosiologi dalam hal hubungan hukum dan gejala sosial lainnya, dan dari kritisisme atau penilaian pada hukum apakah dalam arti moral, tujuan sosial, fungsi, atau tujuan yang lainnya)};

- (4) *The contention that a legal system is a 'closed logical system' in which correct legal decisions can be deduced by logical means from predetermined legal rules without reference to social aims, policies, and moral standards; (pendirian bahwa sistem hukum adalah 'sistem logika tertutup' dalam mana putusan hukum yang benar dapat disimpulkan dengan sarana logika dalam mengantisipasi aturan hukum tanpa merujuk tujuan sosial, kebijakan, dan tolok ukur moral);*
- (5) *The contention that moral judgments cannot be established or defended, as statements of fact can, by rational argument, evidence, or proof ('noncognitivism in ethics').¹⁶ [(pendirian bahwa pertimbangan moral tidak mapan atau tidak dapat dipertahankan atau tidak tergantung sebagai pernyataan yang didapatkan dari fakta, argumen rasional, petunjuk atau bukti ("bukan aliran pengetahuan dalam hal etika"))].*

Menurut **Coleman**, "tesis pemisahan" (*separation thesis*) hukum dan moral adalah sifat esensial dari doktrin Positivisme Hukum. Dikemukakan oleh Coleman, sebagai berikut:

Legal positivists claim that there is no necessary connection between the conceptual and normative element of the theory of law. Above all else, positivists have insisted on distinguishing between law as it is and as it ought to be"¹⁷ [Penganut positivis hukum menyatakan tidak perlu mengaitkan antara unsur konseptual dan unsur

¹⁶ Deryck Beylveled, et.al., *Law as A Moral Judgment*, London Sweet & Maxwell, 1986, hal. 1-2, lihat juga, Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Alumni Bandung, 1986, hal. 237.

¹⁷ Coleman, Jules L., *Book Review of Ronald Dworkin's Taking Rights Seriously*, *California Law Review*, 1978, hal. 885.

normatif pada teori hukum. Di atas semuanya itu, kaum positivis telah dengan tegas membedakan antara hukum positif (*ius constitutum*) dan hukum yang seharusnya (*ius constituendum*).

Penganut positivisme hukum, seperti halnya teori hukum alam, juga mengemukakan versi atau konsepsi teori hukum yang berbeda, diawali oleh **John Austin** (abad ke-19), kemudian **Hans Kelsen**, dan di abad ke-20 **H.L.A. Hart**. Analisis teori dari tokoh-tokoh aliran Positivisme Hukum, seperti di bawah ini.

a. *Command Theory* (Teori Perintah) John Austin

Masa hidupnya (1790-1859), bukunya berjudul *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Inti teorinya:

- 1) *law are generals commands laid down by superiors to guide the actions of those under them* (hukum adalah perintah yang bersifat umum ditetapkan oleh yang berdaulat sebagai pedoman berperilaku bagi masyarakat di bawah penguasa).
- 2) *the general commands laid down by God for humans constitute divine law and imposed moral obligation. Those who act contrary to such rules are liable to punishment at the hands of God* (perintah yang bersifat umum yang ditetapkan oleh Tuhan bagi manusia merupakan Hukum Tuhan dan menentukan kewajiban moral).
- 3) *the general commands laid down by political rulers constitute positive law and imposed law obligation. Those who act contrary to such rulers are liable to punishment at the hand of the political rulers (or their desineted agents)* (perintah yang bersifat umum yang ditetapkan oleh penguasa politik merupakan hukum positif dan menentukan kewajiban hukum. Mereka yang berperilaku bertentangan dengan peraturan hukum positif dapat dikenakan hukuman yang ditentukan oleh penguasa politik atau di tangan yang mewakili).
- 4) *some of the rulers found in society are not laid down or enforced by the political rulers. Certain of these rules are laid down by superiors in private organization*, (sementara peraturan dibentuk masyarakat tidak ditetapkan atau ditegakkan oleh penguasa politik. Beberapa peraturan-peraturan ini ditetapkan oleh pemimpin perkumpulan organisasi perdata).

5) *others are not laid down by anyone at all and are enforced by general opinion. They consist of informal standards of behavior that society expects individuals to abide. Even though the political rulers will not punish persons for violating these informal standards*¹⁸ (peraturan lainnya yang sama sekali tidak ditetapkan dari siapapun dan ditegakkan oleh opini publik. Peraturan itu terdiri dari norma-norma informal untuk berperilaku yang diharapkan masyarakat mengikat individu. Meskipun penguasa politik tidak akan menghukum setiap orang yang melanggar norma-norma informal tersebut).

Beberapa penilaian yuris-filsafat terhadap Teori Austin, berturut-turut dikemukakan diantaranya oleh Hari Chand (Fakultas Hukum Universitas Malaya, Kuala Lumpur). Secara ringkas penilaiannya terhadap "Teori Komando" dari Austin adalah sebagai berikut. *Pertama*, menurut **Hari Chand**, bahwa **Austin** berpendapat fungsi *jurisprudence* adalah menjelaskan secara rinci gagasan-gagasan umum dan prinsip-prinsip yang abstrak dari sistem hukum positif. *Jurisprudence* itu menganalisis konsep-konsep, dan konsep hukum dari Austin bersifat imperatif, sama halnya dengan gurunya **Jeremy Bentham**, yang memandang hukum itu menjadi hukum hanya karena sifat perintah yang berdaulat ("*that law become law only by virtue of the command sovereign*"¹⁹). *Kedua*, **Austin** dapat dikatakan membuat dua kategori hukum, yaitu:

- 1) *Laws properly so called*, (Hukum yang sebenarnya) *and*
- 2) *Laws improperly so called* (Hukum yang tidak sebenarnya).

Kemudian kategori yang pertama, dibagi menjadi dua sub, yaitu:

- 1) *The devine laws, or laws of God, that is to say, the laws wich are set by God to his human creatures* (*Divine laws* atau Hukum Tuhan, yang dapat dikatakan hukum yang ditentukan oleh Tuhan diperuntukkan bagi manusia ciptaan Nya) *and*
- 2) *The Human laws* (Hukum Manusia).

¹⁸ Andrew Altman, *op.cit.*, hal. 67.

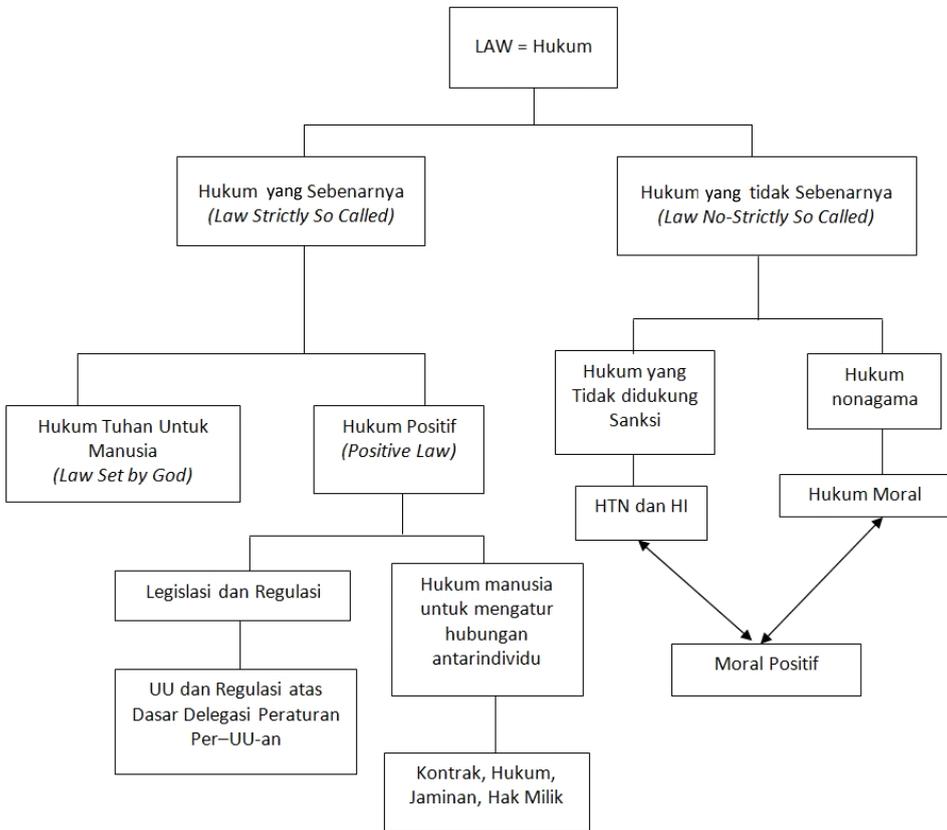
¹⁹ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, International Law Books Sevices, Kuala Lumpur, 1994, hal. 72.

Hukum manusia (*the human laws*), selanjutnya dibagi menjadi dua jenis, yakni:

- 1) *Laws which are set by political superiors. These are positive laws or law strictly so called;* (Hukum yang ditentukan oleh penguasa politik. Inilah hukum positif atau disebut hukum yang sempurna).
- 2) *Laws set by men, not so as political superiors nor in pursuance of legal rights. For example, those set by a master to a servant or rule of club. These are laws properly so called, but the distinguished from the first kind by the term positive morality²⁰* (Hukum ditentukan oleh orang-orang, bukan penguasa politik, tidak pula menentukan hak-hak menurut undang-undang. Contohnya aturan yang ditentukan oleh majikan untuk pelayan atau peraturan perkumpulan. Peraturan-peraturan ini disebut hukum yang sesungguhnya, tetapi dibedakan dari jenis yang pertama karena itu diberi istilah moral positif). Positif karena peraturan itu dibuat oleh manusia, dan moral karena tidak diperkuat oleh sanksi yuridis, tetapi sanksi moral, sifat mengikatnya disebut "*morality binding*".

Ketiga, Berdasarkan kategori itu, hukum yang tidak sesungguhnya/yang tidak sebenarnya (*improperly law so called*) menguraikan hukum dengan analogi, contohnya hukum kebiasaan atau hukum ahlak, dan hukum dengan metafora, contohnya, keseragaman sifat-sifat dasar/umum umat manusia. Dalam Bahasa Inggris, dikemukakan, "*Under the category, 'law improperly so called', he puts laws by analogy, for example laws of fashion or laws of honour; and laws by methaphor, for example, uniformities of nature*". Berdasarkan kategori hukum tersebut, dapat digambarkan klasifikasi hukum menurut Teori Komando dari **John Austin**, dalam bagan sebagai berikut:

²⁰ *Ibid*,



Sumber: diolah dari Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, 1994, hal. 75

Penilaian **Dias (1989)**, dalam Bahasa Inggris terhadap Austin, antara lain:

*That the distinctions the entirely arbitrary. He (Austin) excluded international law from his definition of law. He was misguided in applying the epithet "proper". To him, international law was a set of rules of positive morality. The key understanding a law properly so called lies in duty whici is created by the command of a sovereign. A law, there for, is a command of sovereign backed by sanction. Ferar of sanction is not the sole motive for obedience. Bentham says that legal restriction can be imposed upon the sovereign. The sovereign might be bind his successor*²¹

²¹ Hari Chand, "Law and Obediance", dalam *Journal Malay Cuala Lumpur (JCML)*, Vol. 16, hal. 113.

Terjemahan bebas, menurut **Dias**, yakni bahwa **Austin** dalam menentukan perbedaan kategori hukum itu secara sungguh sewenang-wenang. Austin mengeluarkan hukum internasional dari definisi hukum. Ia tersesat menerapkan julukan "hukum yang sebenarnya". Baginya hukum internasional adalah moral positif. Kunci memahami hukum yang sebenarnya terletak pada kewajiban yang diciptakan karena perintah dari yang berdaulat. Karenanya hukum adalah perintah yang berdaulat didukung oleh sanksi. Takut pada sanksi bukanlah satu-satunya motif untuk patuh kepada hukum. Seperti dikemukakan oleh **Bentham** bahwa pembatasan menurut undang-undang dapat dikenakan pada yang berdaulat. Pihak yang berdaulat akan terikat pada pengganti-penggantinya.

Sebagaimana dimaklumi, **Austin** menempatkan/menggolongkan Hukum Internasional (*International Law*) dan Hukum Tata Negara (*Constitutional Law*) sebagai hukum yang "tidak sempurna", karena tidak merupakan perintah yang berdaulat yang diperkuat oleh sanksi, karena itu dikategorikan bukan termasuk "hukum positif", melainkan "moral positif".

b. Teori Hukum Murni (*The Pure Theory of Law*) dari Hans Kelsen

Teori Hukum Murni adalah teori tentang hukum positif. Suatu teori umum tentang hukum, bukan tata hukum dari negara tertentu. Teori umum tentang hukum, bukan pula melakukan interpretasi terhadap norma-norma hukum nasional atau norma-norma hukum internasional. Teori yang menjawab pertanyaan tentang hukum yang ada dan bagaimana hukum-hukum positif itu dibentuk, bukan hukum yang seharusnya berlaku atau hukum yang ideal. Teori hukum adalah Ilmu Hukum (*Jurisprudence*), bukan politik hukum (*legal politics*). Dinamakan teori hukum "murni" ("*pure*" *theory of law*) karena hanya mengkaji hukum dan berusaha untuk mengeliminasi dari objek yang mendeskripsikan bukan "hukum yang sebenarnya" (*strict law*). Karena itu secara metodologis, Teori Hukum Murni (*The Pure Theory of Law*) disebut "metode monisme", yaitu pendekatan murni hukum, karena ilmu hukum (*science of law*) tidak boleh dicampuradukkan dengan unsur-unsur psikologi, sosiologi, etika,

dan teori politik. Meskipun **Kelsen** menyadari bahwa disiplin psikologi, sosiologi, etika, dan politik bertalian erat dengan hukum. "Teori Hukum Murni" (*The Theory of Law*) hanya membatasi hubungan hukum terhadap disiplin tersebut, bukan mengabaikan atau menolak pertaliannya dengan hukum. Tetapi **Kelsen** mengkritisi pendekatan (*approach*) pencampuradukan antara disiplin yang berbeda-beda (metode sinkritisme). Metode sinkretisme (*methodological syncretism*) mengaburkan essensi dari Ilmu Hukum, dan menghilangkan batas-batas yang menentukan karakter obyek Ilmu Hukum.²²

Menurut **Kelsen**, metode sinkretisme yang mencampuradukkan pemikiran hukum dengan disiplin psikologi, sosiologi, etika, dan teori politik mengancam keilmiahan teori hukum sebagai ilmu normatif. Oleh karena itu metode yang tepat meneliti objek (*subject matters*) Ilmu Hukum yaitu metode monism, pendekatan murni hukum. Lebih jelas, Hans Kelsen menegaskan dalam karyanya yang lain, bahwa tugas "Teori Hukum Murni" (*The Pure Theory of Law*) yakni untuk melindungi karakter keilmuan Ilmu Hukum dari pandangan *jurisprudence* dan filsafat hukum tradisional Barat. "Teori Hukum Murni" (*The Pure Theory of Law*) dilindungi dari dua arah. *Pertama*, dilindungi dari arah pernyataan-pernyataan pandangan "sosiologis" yang menggunakan metode ilmu kausal (sebab-akibat) untuk mengasumsikan hukum tersebut bagian dari alam. *Kedua*, dilindungi dari arah pernyataan-pernyataan pandangan teori hukum alam, yang menghilangkan teori hukum dari bidang norma hukum positif dan memasukkannya ke dalam bidang postulat etika-politik.

Esensi fondasi teori hukum Hans Kelsen, yakni:

- 1) *The aim of theory of law, as of any science, is to reduce chaos and multiplicity to unity* (Tujuan teori hukum sama halnya dengan ilmu lainnya, mengurangi kekalutan dan menuju keseragaman).
- 2) *Legal theory is science, not volition. It is knowledge of what the law is, not of the law ought to be* (Teori hukum adalah ilmu, bukan kemauan. Ia adalah pengetahuan tentang hukum positif, bukan hukum yang seharusnya atau hukum yang dicita-citakan).

²² Hans Kelsen, *The Pure Theory Of Law*, University Of California Press.

- 3) *The law is normative not a natural science* (ilmu hukum itu adalah normatif, dan bukan ilmu alam).
- 4) *Legal theory is a theory of norms, is not concerned with the effectiveness of legal norms* (Teori hukum adalah teori tentang norma-norma, tidak berurusan pada efektivitas norma-norma hukum).
- 5) *A theory of law is formal, a theory of the way of ordering changing contents in a specific way* (Teori hukum adalah formal, suatu teori mengenai cara mengatur isi yang berubah-ubah menurut pola yang spesifik).
- 6) *The relation of legal theory to a particular system of positive law is that of possible to actual law* (Hubungan teori hukum dan sistem hukum positif adalah sama halnya dengan hubungan hukum yang mungkin dan hukum yang berlaku).²³

Mencermati teori **Hans Kelsen** tentang hukum, yang dinamakannya "*Reinerechtsleer*" (Ajaran hukum murni) suatu teori kognisi hukum, teori pengetahuan hukum. Ajarannya fokus pada memecahkan antinomi tesis teori hukum alam tradisional dan teori positivisme-empiris klasik. Masalah utamanya mengenai hubungan hukum dan moralitas, serta hubungan hukum dan fakta. Untuk mencermati hubungan antara hukum dan moralitas serta hubungan hukum dan fakta, dikaji melalui dua tesis. *Pertama*, tesis "normativitas", yakni pandangan hukum dan moral tidak dapat dipisahkan, hakekat hukum menurut "*Natural Law Theory*" (Teori Hukum Alam), dan keterpisahan hukum dan fakta. *Kedua*, tesis "reduktif", menurut definisi adalah aspek "*Emperico-positivists Theory*" (Teori Empiris-positivistis) yang memandang hukum dan fakta tidak dapat dipisahkan atau ketakterpisahan hukum dan fakta. Skema di bawah ini menggambarkan tujuan **Hans Kelsen** menggabungkan tesis hubungan antara hukum dan moral dengan tesis-tesis tradisional tentang hubungan hukum dan moral, sebagai berikut.

²³ W. Friedmann, *Legal Theory*, Steven & Sons, Limited, London, 1949, hal.106, Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hal. 59-60).

Hukum dan fakta Hukum dan Moralitas	Tesis Normativitas (hukum dan fakta terpisah)	Tesis Reduktif (hukum dan fakta tidak dapat dipisahkan)
Tesis hukum dan moralitas (tidak dapat dipisahkan)	<i>Natural law theory</i> (teori hukum alam)	
Tesis hukum dan moralitas (terpisah)	<i>Kelsen's Pure Theory of Law</i> (teori hukum murni)	<i>Empirico-positivist theory of law</i> (teori hukum empiris-positivistis)

Sumber, diolah dari Stanley L. Paulson, *Hans Kelsen Pengantar Teori Hukum (terjemahan)*, hal. 10

Mencermati skema di atas, kolom vertikal menunjukkan hubungan antara hukum dan moralitas, sedangkan baris horizontal menunjukkan hubungan hukum dan fakta. Tesis utama teori hukum alam adalah tesis moralitas (*moralty thesis*) dan tesis normativitas (*normativity thesis*), sedangkan teori empiris-positivistis (*empirico positivist*) adalah tesis keterpisahan (*separability thesis*) dan tesis reduktif (*reductive thesis*). Teori Hukum Murni, **Hans Kelsen** adalah pada tesis, *separability thesis* dan *normativity thesis*, yang berarti pemisahan antara hukum dan moralitas, dan pemisahan hukum dan fakta. Kolom yang kosong, tidak terisi karena jika diisi akan menghasilkan sesuatu yang antonimi, sebab tidak mungkin memegang *reductive thesis* bersama-sama dengan *morality thesis*. Stanley L. Paulson, "kesalah penafsiran terhadap skema di atas", seolah-olah Teori Hukum Murni adalah jalan tengah di antara teori hukum alam dan teori empiris-positivistis. Kelsen sendiri menegaskan bahwa ia pendukung positivisme. Namun positivisme hukumnya adalah khas, berbeda dengan menggantikan tesis reduktif lama, dan mempertahankan tesis normativitas dengan mengabaikan tesis moralitas teori hukum alam. Dalam bahasa Inggris **Stanley L. Paulson**, dkk. menulis:

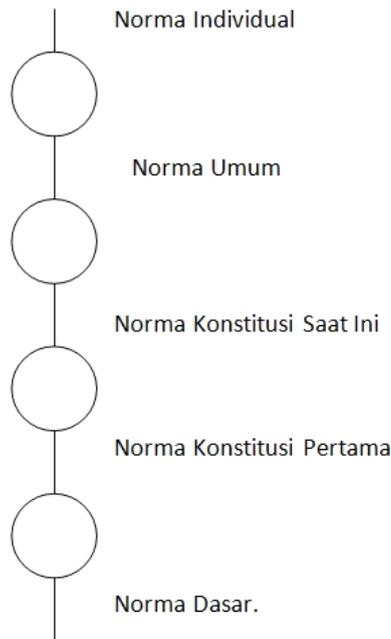
It would be misleading, to be sure, to take the scheme too literally, as though Kelsen's theory were equidistant from traditional natural law and the traditional empirico-positivist theory. In fact, Kelsen sees himself as a champion of legal positivism, defends the separability thesis with a vengeance, and readily acknowledges debt to the juridico-positivist tradition. His legal positivism, however, is difference: instead of the old reductive thesis, Kelsen defends a normativity thesis and does not appealing the morality thesis".²⁴

(Sebenarnya suatu kekeliruan menerima skema itu terlalu harfiah, walaupun teori **Kelsen** sama jauhnya dari teori hukum alam tradisional dan teori empiris-positivis. Secara tegas Kelsen menyatakan dirinya sendiri kampiun (pejuang) positivisme hukum, memertahankan tesis keterpisahan dengan sungguh-sungguh, dan dengan mudah menyatakan berutang pada tradisi empiris-positivis. Positivisme hukumnya berbeda daripada tesis reduktif yang tua/kuno, **Kelsen** mempertahankan tesis normativisme dan tidak mempertimbangkan tesis moralitas).

Konsepsi teori hukum **Hans Kelsen** dalam bukunya yang berjudul *Introduction To The Problem of Legal Theory* mengemukakan "antinomy" **Teori hukum** alam (*natural law theory*) dan teori positivisme hukum (*legal positivism theory*), dualisme, hukum publik dan hukum privat, serta antagonisme antara negara dan hukum. *Central problemnya* pada dualisme "teori hukum dinamis" dan "teori hukum statis" (*dynamic theory of law and static theory of law*). Analisis antinomy teori hukum Hans Kelsen adalah sebagaimana di bawah ini.

- 1) **Teori hukum dinamis** (*legal dynamic theory*) berusaha menjelaskan hukum (validitas dan lingkup validitasnya) merupakan bagian dari proses penciptaan/pembentukan hukum (*norm creation*) oleh otoritas legislatif, jadi suatu validitas serta lingkup validitas produk hukum. Rantai validitas dalam struktur hirarkhis sistem hukum dari **Hans Kelsen**, menurut **Joseph Raz** dalam bukunya berjudul *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. Rantai validitas norma menurut Teori Sistem Norma Hukum dari Hans Kelsen dipresentasikan dalam grafik, sebagai berikut:

²⁴ Binnie Litschewski Paulson and Stanley Paulson, *Introduction to the Problems of Legal Theory Hans Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1992, hal. XXVII.



Catatan: setiap garis mewakili suatu norma yang memiliki kewenangan atau otoritas menciptakan norma yang di atasnya doktrin norma umum menciptakan norma individual. Lingkaran mewakili kekuasaan legislatif, di mana satu orang dapat memiliki kekuasaan legislatif berdasarkan beberapa norma.²⁵ **Bonnie Litschewski Paulson** dan **Stanley L. Paulsen**, dalam terjemahan bahasa Inggris atas buku **Hans Kelsen** yang berjudul *Introduction to the Problems of Legal Theory*, halaman 63, menulis *Stufenbautheorie* bukan hierarki norma tetapi “Struktur Hierarki Sistem Hukum” (*The Hierarchical Structure of Legal System*), sebagai berikut:

- (a) *Constitution* (Konstitusi). Norma hukum positif tertinggi yang lahir pada peringkat kesadaran dari fungsi norma dasar (*basic norm*) atau *grundnorm* sebagai norma hipotesis sahnya norma hukum dalam satu sistem hukum. Konstitusi, norma hukum yang mengatur proses pembentukan hukum dan juga menentukan derajat isi dari

²⁵ Joseph Raz, *The Concept of Law A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press Oxford, 1980, hal. 98.

norma yang dibentuk. Ini menunjukkan karakter yang dinamis dari hukum, karena norma hukum valid (sah) ditentukan melalui prosedur pembentukannya dan keabsahannya ditentukan oleh norma lainnya yang lebih tinggi.

- (b) *Legislation; the Concept of Sources of Law* (UU; Konsep Sumber Hukum Formal), diturunkan dari konstitusi, dan UU merupakan norma umum yang direalisasikan melalui proses legislatif. Fungsi dari norma undang-undang menentukan prosedur, organ atau badan dan proses pembentukan/pencitaan norma-norma individual yang isinya lazimnya berupa keputusan pengadilan (*vonis*) dan keputusan badan dan/atau pejabat administrasi (*beschekking*). Ini berarti bahwa legislasi atau undang-undang yang menentukan ukuran mengenai substansi dan bentuk tindakan badan peradilan serta badan administrasi.
- (c) *Adjudication* (Ajudikasi), bahwa norma umum yang bersifat abstrak dan memiliki makna normatif memerlukan individualisasi melalui wewenang lembaga peradilan yang disebut ajudikasi. Fungsi ajudikasi (penyelesaian konflik) tidak hanya bersifat deklaratur tetapi juga konstitutif.
- (d) *Judiciary and Administration* (Peradilan dan Administrasi), seperti halnya ajudikasi yang merupakan wewenang badan peradilan begitu pula badan administrasi melakukan individualisasi dan konkretisasi dalam arti juga menerapkan undang-undang yang merupakan norma umum. **Hans Kelsen** dalam bukunya *The General Theory of Law and State* menulis persamaan dan perbedaan fungsi lembaga peradilan dan badan administrasi atau eksekutif sebagai berikut:

...This function of the administrative organ is exactly the same as the function of the courts, although the latter is called 'judicial' and the former 'executive' or 'administrative.' The cases settled by the administrative organs have the same character as those settled by the civil and criminal courts. Even the administrative function has the same character as the judicial function, the legal position and procedure of the courts may differ from those of the administrative organs. The judges are, for instance, ordinary 'independent', that is,

they are subject only to the laws and not to the order (instruction) of superior judicial or administrative organ. Administrative authorities, however, are mostly not independent. If administration is organized hierarchically, the administrative organs are bound by command from higher organs."²⁶ Terjemahan bebas menurut Hans Kelsen: "Fungsi organ administrasi dan fungsi pengadilan sejatinya sama, walaupun yang belakangan disebut 'badan peradilan', dan yang di depan dinamakan 'eksekutif' atau 'badan administrasi'. Kasus-kasus yang diselesaikan oleh badan administrasi pada prinsipnya sama sifatnya dengan yang diselesaikan oleh pengadilan perdata dan pidana. Meskipun demikian keduanya posisinya dalam prosedur penyelesaian kasus itu berbeda. Hakim-hakim pengadilan independen, hanya tunduk pada aturan hukum, dan tidak tunduk pada perintah atau instruksi baik dari pengadilan yang lebih tinggi maupun dari organ non-judisial (sesuai dengan asas kekuasaan kehakiman yang merdeka). Di balik itu pemerintahan (eksekutif) tersusun secara hierarkhis, karena itu badan administrasi terikat pada perintah atasan, jadi tidak independen.

(e) *Legal Transaction; Realization of the coercive acts* (Hukum mengenai transaksi; realisasi dari tindakan memaksa).

Dalam bidang hukum tertentu seperti bidang Hukum Perdata, individualisasi dan konkretisasi norma-norma umum tidak melalui tindakan pejabat negara seperti Putusan Pengadilan. Putusan Pengadilan hanya bersifat mengkondisikan diterapkannya norma hukum perdata ketika terjadi sengketa. Dengan demikian kekuasaan yang didelegasikan oleh UU berupa norma umum kepada pihak-pihak (swasta) untuk menetapkan norma kongkret bagi perilaku mereka sendiri dan jika mereka berperilaku sebaliknya dan pelanggarannya menjadi fakta material, maka sengketanya diputus oleh hakim.

2) Dibalik itu "**teori norma statis**", penentuan validitas atau keabsahan norma yang mengatur perbuatan manusia. Suatu norma tipe statis ditentukan oleh norma dasarnya baik

²⁶ Hans Kelsen, *The General Theory of Law and State*, Oxford University Press, 1961, hal. 274.

validitasnya maupun materinya. Validitas norma dan materinya atau kualitas norma itu dapat diderivasi melalui deduksi logis langsung, *direct* dari norma dasar tertentu. Bentuk umum dari norma yang valid berdasarkan nilai substansinya adalah norma moral. Norma dasar moralitas memiliki karakter substansi statis. Menurut teori norma statis, suatu norma yang valid atau sah, mengasumsikan bahwa perbuatan individu-individu yang perbuatannya diatur oleh norma harus berbuat, berperilaku sesuai dengan yang ditentukan oleh norma tersebut. Inti ajaran norma dasar (*Grundnorm*) Hans Kelsen, adalah sebagai berikut: (1) *Grundnorm* (*basic norm*) sebagai norma yang valid tidak dapat diderivasi/diturunkan dari norma yang lebih tinggi, karena *Grundnorm*, norma hipotesis diasumsikan sebagai dasar hierarkhi sistem hukum nasional paralel dengan hukum internasional, sesuai paham monisme yang dianut oleh Kelsen; (2) *Grundnorm* dijumpai dalam setiap tipe tata hukum (*legal orde*).

- 3) Antinomi validitas **Aliran Hukum Alam** dan **Positivisme Hukum**, menurut **Hans Kelsen** muncul karena menurut asumsi "teori hukum alam" (*natural law theory*) berada di atas hukum positif, karena hukum alam bersumber pada hal yang bersifat ketuhanan atau akal budi yang menjadi dasar validitas (keabsahan transendental) bagi hukum positif. Ini berarti teori hukum alam memandang ada nilai supra-positif berkarakter *transcendental* sebagai legitimasi hukum. Berbeda dengan teori hukum alam, bagi teori positivisme hukum, menolak atau tidak dibenarkan pandangan bahwa validitas hukum positif suatu negara didasarkan atas sistem hukum lain yang lebih tinggi (hukum alam). Validitas hukum positif didasarkan pada norma hukum yang lebih tinggi dalam sistem hukum negara itu sendiri (*Stufenbauteorie*) yang dinamakan validitas secara *regruses infinitum* (mundur ke belakang tanpa akhir, sampai pada norma hipotesis yang oleh **Hans Kelsen** dinamakan "*Grundnorm*"). *Grundnorm* inilah yang menjadi dasar validitas atau keabsahan tata hukum (*legal order*) dalam suatu sistem hukum nasional.

Problem of a legal dynamic theory are centered on the question of the various methods of creating law, where the question of the forms of law... the method of creating law at the highest hierarchical level of a legal system, the level of the constitution. It is the constitutionally governed method of creating general norms that is captured in the concept of the form of state".²⁷ (Persoalan teori hukum dinamis fokus pada persoalan berbagai metode pembentukan hukum pada peringkat hirarkhi tertinggi dari sistem hukum, peringkat konstitusi. Konstitusionalitas metode pembentukan norma-norma umum ditentukan oleh negara).

- 4) Pandangan antinomi antara hukum dan negara tesis **Hans Kelsen** tegas menolaknya, karena **Kelsen** berpendapat bahwa hukum dan negara identik, hukum adalah personifikasi dari negara.

G.W. Paton mengenai negara dan hukum (*law and state*) berpendapat ada tiga teori hukum (*juristic theory*) hubungan negara dan hukum, yaitu:

- a) Teori kedaulatan (*the theory of sovereignty*) cabang dari teori formal menyatakan hukum perintah yang berdaulat, karena itu negara di atas atau lebih tinggi dari hukum. Negara tidak terikat pada hukum (dianut oleh John Austin) Menurut Paton di Inggris yang menganut "supremasi parlemen" (kedaulatan Parlemen), **pengadilan** hanya akan mengakui aturan hukum yang dibuat oleh Parlemen dalam bentuk legislasi.
- b) Anterior (*the anterior theory*), memandang hukum keberadaannya mendahului dan menjadi dasar keberadaan negara. Dengan demikian hukum mengikat negara.
- c) Teori Hukum Murni sebagai teori tipe ketiga dijelaskan oleh **Hans Kelsen** bahwa sejatinya hukum dan negara adalah sama. Negara hanyalah tata hukum (*legal order*) di lihat dari sudut yang berbeda. Setiap orang dapat bertindak sendiri, dan penegak hukum peduli hanya apabila perilaku mereka sesuai dengan aturan hukum.

Bila dicermati teori kedaulatan parlemen dan teori anterior memandang hukum dan negara suatu hal yang antinomis, di satu pihak "teori kedaulatan parlemen" memandang negara di atas

²⁷ *Ibid.*

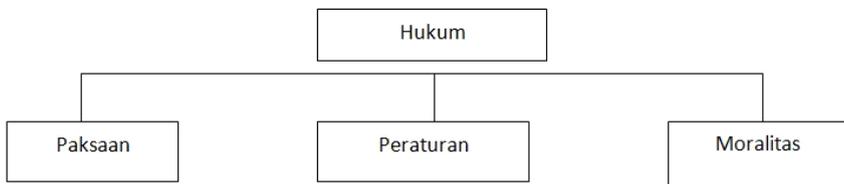
hukum, di pihak lain “teori anterior”, hukum mengikat dan menciptakan negara. Keadaan inilah yang dipandang sebagai antagonisme antara negara dan hukum yang ditolak oleh **Hans Kelsen** melalui “Teori Hukum Murni” dengan menyatakan bahwa “negara sebagai badan hukum adalah personifikasi dari tata hukum nasional”. Dalam kutipan bahasa Inggris dinyatakan, “*The state as juristic person is a personification of the national legal order*” (negara sebagai badan hukum merupakan personifikasi dari tata hukum nasional). Mengenai “hukum positif”, **Hans Kelsen** menulis:

Positive law appears empirically in the form of national legal orders connected each other by an international legal order. ... This is the problem which the State as a legal phenomenon presents and which is the task of the theory of the State to solve, as a branch of the theory of law.²⁸

Dari penggalan tulisan **Kelsen** ini, Ia berpendapat: “Hukum positif secara empirik nampak dalam bentuknya sebagai tata hukum nasional berkaitan satu sama lainnya dengan tertib hukum internasional. Ini suatu *problem* kehadiran negara sebagai fenomena hukum yang menjadi tugas dari “teori tentang negara” sebagai cabang dari teori hukum untuk memecahkannya. Bagi **Hans Kelsen** tugas “teori hukum” yakni menjelaskan hubungan antara *Grundnorm* (norma dasar) dengan norma-norma dibawahnya baik norma hukum umum-abstrak maupun norma hukum individual konkret tanpa mempersoalkan baik-buruk, adil atau tidak adil norma-norma hukum itu.

c. Teori Hukum H.L.A. Hart, disebut *The Rule Theory of Law* (Teori Hukum Peraturan)

Teori hukum selalu memunculkan tiga isu, yaitu: paksaan (*coercion*), kewajiban (*obligation*), dan moralitas (*morality*) ditetapkan oleh otoritas pembentuk hukum.



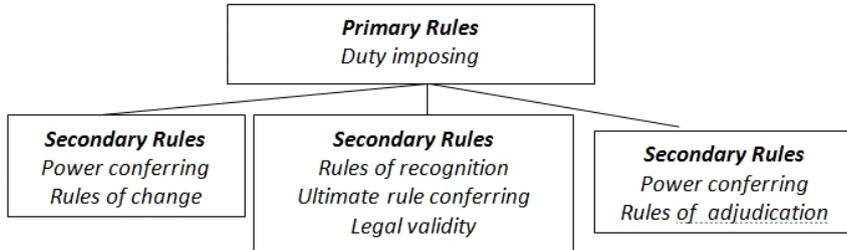
²⁸ *Ibid.*

Inti konsepsi H.L.A. Hart (*The Rule Theory of Law*), berdasarkan pada refleksi kritis, dapat dideskripsikan sebagai berikut:

1. Ia menolak, pandangan Austin yang mendefinisikan hukum hanya berdasarkan unsur-unsur eksternal dari hukum yaitu paksaan, kewajiban, dan sanksi. Sesungguhnya hukum memiliki dua unsur, yakni eksternal seperti paksaan, kewajiban dan sanksi; dan unsur internal yakni, peraturan, dan moralitas.
2. Unsur-unsur hukum, diilustrasikan berturut-turut: unsur eksternal paksaan (*coercion*) melahirkan kekuasaan dan sanksi, unsur internal yakni aturan (*rules*) melahirkan otoritas yang diterima, dan moral (*moral*) melahirkan kewajiban moral (*moral obligation*).
3. Hukum sebagai sistem merupakan kesatuan dari *primary rules* (peraturan pertama) dan *secondary rules* (peraturan kedua).
4. *Primary rules* merupakan kebiasaan masyarakat yang berisi kewajiban yakni menentukan apa yang wajib atau larangan yang harus ditaati.
5. *Secondary rules*, norma atau aturan yang menentukan bahwa *primary rules* yang merupakan kebiasaan seperti halnya pada masyarakat tradisional dipandang sebagai situasi pra-legal dapat menjadi norma hukum dalam *network* (jaringan) dari suatu sistem hukum yang terdiri atas tiga norma, masing-masing:
 - a) *Rules of recognition* yaitu norma yang memberikan pengakuan terhadap suatu aturan atau norma apakah tergolong hukum atau bukan aturan hukum. Karena itu *rules of recognition* diartikan sebagai pengakuan bahwa suatu norma atau peraturan itu valid atau tidak, sehingga "*rule of recognition*" dapat dipersamakan dengan *Grundnorm* dari **Hans Kelsen**. Hanya perbedaannya, jika *Grundnorm* itu abstrak dan norma hipotesis, maka "*rule of recognition*", sifatnya konkret/nyata keabsahan validitasnya diterima oleh pengadilan, pejabat dan perorangan secara faktual.

- b) *Rules of change*, aturan atau norma hukum yang mengatur perubahan, pembentukan dan pembaruan hukum.
- c) *Rule of adjudication*, aturan atau norma hukum yang memberikan wewenang kepada pengadilan untuk menyelesaikan sengketa dan menjatuhkan sanksi atas pelanggaran hukum.

Kesatuan Antara “Norma Primer” dan “Norma Sekunder”



H.L.A. Hart dalam literatur dikenal penganut Positivisme hukum kontemporer menentukan tolok ukur penanda bahwa norma itu hukum bukanlah peraturan primer, tetapi peraturan sekunder, yakni *rule of recognition* (norma pengakuan) merupakan petunjuk pengenal hukum positif yang memiliki kekuatan mengikat secara yuridis (*legally binding force*). Dari beragam “teori positivisme” yang berkarakter normatif, **H.L.A. Hart**, secara komprehensif mengidentifikasi unsur hukum terdiri atas (i) unsur internal, yakni *primary rules* (peraturan pertama) bersifat statis, sulit untuk ditegakkan karena tidak ada lembaga otoritatif yang berfungsi untuk menyelesaikan konflik/sengketa. (ii) Unsur eksternal (*secondary rules*) yaitu *rule of recognition* (norma pengakuan) yang menentukan validitas hukum; *rule of change* (norma perubahan) kewenangan pembaharuan hukum; *rule of adjudication* (norma ajudiksi) kewenangan badan memutus sengketa dan menjatuhkan sanksi.

Pemikiran kritis terhadap Teori Hukum dari **H.L.A. Hart** dengan menunjukkan kelemahan-kelemahannya dikemukakan oleh Surya Prakash Sinha, penulis dapat formulasikan sebagai berikut:

- a. **Hart** mendefinisikan hukum sebagai kesatuan dari norma primer atau peraturan primer (*rule of primary*) yang berisi kewajiban (*obligation*) dan norma sekunder (*secondary rule*) yang terdiri atas norma pengakuan (*rule of recognition*), norma perubahan (*rule of change*), dan norma adjudikasi (*rule of adjudication*). Pendefinisian ini tidak membantu kita untuk dapat membedakan antara tatanan hukum dengan tatanan sosial lainnya seperti perkumpulan atau klub.
- b. **Hart** juga membuat perbedaan yang tajam antara norma pertama yang menentukan kewajiban (*duty*) dan norma sekunder yang menetapkan kekuasaan (*power*). Nampaknya kedua norma atau peraturan itu sama, karena itu kita dapat melakukan keduanya. Penafsiran tentang penetapan kewajiban dan kekuasaan tidak tergantung pada norma primer dan norma sekunder, tetapi karena keadaan dan adanya masalah pada norma hukum yang ditetapkan. **Hart** mengeluarkan moralitas dari norma pengakuan, dikritik oleh **Dias**, dengan menyatakan bahwa pertimbangan “moral” akan mencegah penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*) dalam validasi pembentukan hukum.
- c. **Hart** tidak menjelaskan apa yang ia artikan dengan norma hukum atau peraturan, dan tidak membedakan norma hukum atau peraturan dengan asas-asas, *standard*, dan kebijakan (*policies*) yang memiliki kualitas sama dengan hukum.
- d. Teori **Hart** menunjukkan suatu transisi dari masyarakat sederhana atau masyarakat pralegal ke masyarakat modern dengan “norma kedua” yakni norma atau peraturan yang menetapkan kekuasaan. Gambaran transisi itu tidak tepat, karena dalam masyarakat paralegal atau masyarakat sederhana pun mereka mempunyai figur hukum tentang wewenang untuk menyelesaikan sengketa seperti perkawinan, perjanjian, dan sebagainya menurut hukum kebiasaan dalam masyarakat.

Penilaian **Andrew Altman**, terhadap teori Hart, secara ringkas, diidentifikasi sebagai berikut:

- (1) **Hart** mengkritik **Austin**, karena Teori Komando dari Austin tidak dapat membedakan hukum yang merupakan perintah

pemerintah yang berdaulat dengan perintah (komando) perampok bank, orang-orang bersenjata (teroris) yang juga bersifat paksaan (*coercion*) yang jelas tidak menimbulkan kewajiban. Kritik Hart sangat ekstrim terhadap Austin. Karena perintah kelompok bersenjata itu telah menjadi pengetahuan umum bahwa tindakan itu bertentang dengan hukum.

- (2) *Secondary rules* (peraturan/norma sekunder) dari teori Hart banyak kesamaannya dengan *inner morality of law* dari Lon Fuller, mereka keduanya sama-sama memberikan catatan apakah pemerintah menyelenggarakan pemerintahan menurut aturan hukum. Tetapi **Fuller** beranjak pada pendapat bahwa pemerintah terikat secara sukarela pada *inner morality of law* yang menciptakan suatu *prima facie* kewajiban moral.
- (3) **Hart** secara tegas menolak pendirian **Fuller**, yang menempatkan posisi positivis, bahwa kewajiban hukum (*legal obligation*) tidak perlu memperoleh kekuatan moral.
- (4) **Hart** bersikeras bahwa di samping moralitas, nalar yang baik untuk membedakan antara kesewenang-wenangan kedaulatan Austin dengan pemerintah bertindak melalui sistem *secondary rules* (peraturan sekunder) dan *primacy rule* (kekuatan peraturan).²⁹

Menyimak ketiga konsepsi teori hukum penganut positivism hukum, ada perbedaan prinsipal tentang kriteria dasar validitas (keabsahan) hukum dapat diidentifikasi sebagai berikut:

Pertama, pada "Teori Komando", **John Austin**, validitas hukum didasarkan pada kekuasaan legislatif tertinggi, karena ia memegang kedaulatan, supremasi dikalangan para subyek hukum (*legal person*).

Kedua, menurut "The Pure Theory of Law" (Teori Hukum Murni), **Hans Kelsen**, validitas hukum, didasarkan pada hierarki sistem norma, intinya norma hukum individual, yang ditetapkan oleh badan peradilan, dan badan dan/atau pejabat administrasi, validitasnya berdasar pada norma umum, yaitu hukum kebiasaan (*customary law*), dan undang-

²⁹ Andrew Altman, *op. cit.*, hal. 74.

undang merupakan norma yang lebih tinggi, *customary law* dan undang-undang validitasnya berdasarkan konstitusi, merupakan hukum positif tertinggi dalam sistem hukum suatu negara, yang validitasnya berdasar pada norma dasar (*grund norm*), jenjang norma tertinggi (*apex norm*) sebagai norma hipotesis (berada di luar sistem hukum).

Ketiga, H.L.A. (Harold Leonel Alfonso) Hart, "*The Rule Theory of Law* berpendapat, validitas hukum berdasarkan norma sekunder, yakni norma pengakuan didasarkan pada penilaian hakim yang berwenang menentukan pengakuan terhadap suatu peraturan atau fakta sah sebagai hukum atau sebaliknya betentangan dengan hukum. Perlu dicatat menurut Hart, bahwa **moralitas** merupakan isi minimal hukum. (*minimal content of law*). Ia menyatakan:

*... some very obvious generalizations... indeed truism—concerning human nature ... , show that as long as these hold good, there are certain rules of conduct which any social organization must contain if it is to be viable. Such rules do in fact constitute a common element in the law and convention morality of all societies (which distinguish them) as different social control*³⁰ (suatu generalisasi yang amat jelas yang sungguh-sungguh benar mengenai sifat manusia...., menunjukkan selamanya memegang kebaikan, di dalam peraturan perilaku tertentu di mana satu organisasi sosial harus berisi kebajikan bila ingin tetap tegak. Peraturan seperti itu dalam kenyataan merupakan unsur umum dalam hukum dan kaidah moralitas yang membedakan mereka seperti perbedaan dalam pengendalian sosial).

Meskipun konsepsi teori hukum penganut aliran filsafat hukum positivisme hukum itu satu dengan yang lain berbeda, tetapi satu persamaan yang prinsipial yakni pandangannya tentang pembentukan atau penciptaan hukum (*law creation*). Menurut kaum *positivist*, hukum dibentuk oleh seseorang atau badan yang memegang otoritas negara, melahirkan hukum positif, dan diperkuat oleh sanksi.

³⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, hal. 188.

C. Konsepsi Teori Hukum dalam Ilmu Hukum

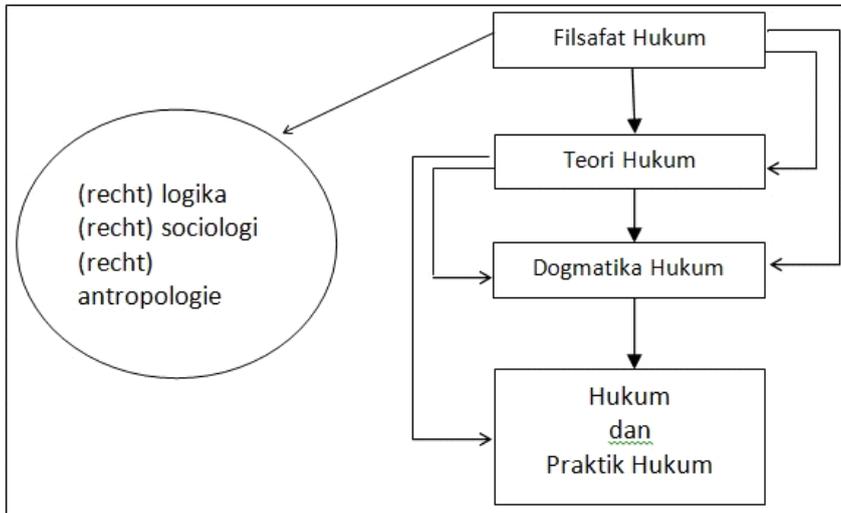
Terminologi teori dalam nuansa keilmuan ilmu hukum ini menjelaskan secara lebih jernih bekerjanya hukum di ruas jalur-jalur pengembangan hukum teoritikal dan praktikal. Oleh karena teori hukum dalam nuansa ilmu hukum dapat berfungsi sebagai “pisau analisis” untuk membedah masalah-masalah fenomena hukum aktual dari penilaian-penilaian khas normatif yang merupakan essensi karakter keilmuan ilmu hukum sebagai ilmu normatif.³¹ Dalam lapisan Ilmu Hukum, sifat khas normatifnya ada pada Ilmu Hukum Dogmatik atau Dogmatika Hukum yang orang Belanda menyebutnya “*Rechtsdomatiek*” adalah ilmu tentang kaidah-kaidah hukum positif dan kasus-kasus aktual yuridik.³² Penulis mengidentifikasi teori hukum yang bergerak di ruas jalur aliran teoritikal-praktikal, berturut-turut seperti di bawah ini.

1. Jan van Gijssels dan Mark van Hoecke

Sistematik ilmu hukum, menjadikan filsafat hukum sebagai meta-meta teori, dan teori hukum, meta teori dari dogmatika hukum. Meta teori berarti suatu disiplin yang menjadikan ilmu lain sebagai obyek kajiannya. Berarti disiplin teori hukum menjadikan filsafat hukum dan ilmu-ilmu hukum lainnya juga menjadi pusat perhatian, sehingga teori hukum pendekatannya bersifat interdisipliner. Dogmatika hukum yang merupakan disiplin ilmu hukum normatif juga menjadikan teori hukum dan filsafat hukum rujukan dalam kajian hukum dan praktik hukum. Peraturan-peraturan teknis yuridik dirumuskan berdasarkan kajian dogmatika hukum. Sistematika disiplin hukum, digambarkan oleh **Jan van Gijssels** dan **Mark van Hoecke**, dalam skema seperti di bawah ini.

³¹ Heman Bakir, *Kastil Teori Hukum*, PT Indeks Kelompok Gramedia, 2005, hal. 39.

³² *Ibid.*



Sumber: diolah dari Jan van Gijssels & Mark van Hoecke, *Wat is rechtstheorie*, Kluwer Rechtswetenschappen. Antwerpen, 1982, hal. 160

Skematika di atas mengandung tiga makna bagi penerapan hukum dalam praktik. **Pertama**, penerapan secara berjenjang, filsafat hukum, teori hukum, dan dogmatika hukum tanpa dipengaruhi bidang-bidang non-yuridis seperti yang tertera dalam lingkaran, dapat terjadi jika kita, yuris terikat pada teori hukum Hans Kelsen, *The Pure Theory of Norm* (Teori Hukum Murni), yang berpendapat hukum harus dimurnikan atau dieleminasi dari unsur-unsur non-hukum. Sebaliknya, bisa terjadi penerapan langsung dari filsafat hukum ke hukum dan praktik hukum, bila tidak terdapat keterikatan pada tata urutan (hierarki) seperti *Stufenbau theorie* dari Hans Kelsen. **Kedua**, skematika juga menunjukkan bahwa bidang-bidang nonhukum yakni logika (hukum), sosiologi (hukum), antropologi (hukum), sejarah (hukum), dan psikologi (hukum) dipandang merupakan faktor-faktor yang mempengaruhi penerapan filsafat hukum, teori hukum, dan dogmatika hukum. Bahkan di era globalisasi penerapan hukum tidak dapat mengabaikan teknologi digital, ilmu-ilmu nomologis, seperti kedokteran, dan ilmu-ilmu alam empiris lainnya. **Ketiga**, dengan titik tolak, “teori hukum” sebagai ilmu hukum mandiri yang tugasnya mencapai integrasi interdisipliner, teori hukum tidak dapat mengabaikan, jadi harus

dapat menjelaskan faktor-faktor hukum, karena itu diseyogyakan untuk minta bantu ilmu-ilmu, yaitu:

- (a) **Filsafat**, refleksi pikiran mendasar, fundamental tentang alam semesta dan manusia yang terorganisasi hidup dalam negara dan pemerintahan, didalamnya terdapat ide, gagasan liberalisme, sosialisme, gagasan negara hukum, demokrasi, pembagian kekuasaan, asas legalitas. Pandangan filsafat tersebut merupakan sumber legitimasi hukum. Lebih luas lagi manusia dalam lingkungan masyarakat melahirkan kebudayaan yang menentukan adat kebiasaan zaman.
- (b) **Etika**, pandangan-pandangan moral yang menentukan perilaku, perbuatan mana yang baik dan mana yang buruk yang ditentukan oleh nilai budaya masyarakat. Menjadi rujukan hukum, bahwa perilaku, perbuatan yang baik dilindungi, sebaliknya perbuatan buruk harus dikendalikan dan dilawan oleh hukum. Etika sejatinya merupakan nada-nada bawah dari hukum, karena itu disebut "hukum pra-yuridis".
- (c) **Sejarah**, mempelajari perkembangan, dinamika masyarakat dunia, baik politik, militer, ekonomi, sosial, kebudayaan, kelembagaan, dan juga peraturan-peraturan hukum. Hukum dapat dipandang suatu resultate dari rencana-rencana yang ditetapkan secara historis. Dengan begitu teori hukum tidak bisa mengabaikan faktor sejarah yang menyimpan fakta-fakta dan gagasan-gagasan.
- (d) **Sosiologi**, yang mempelajari masyarakat, diferensiasi masyarakat, pembentukan kelompok, sebab-sebab dan motif perilaku, interaksi individu-individu, individu dan kelompok, hubungan-hubungan kekuasaan, data demografi dan akibat-akibat daripadanya. Begitu pula hukum adalah fenomena sosial, karena itu sosiologi faktor mempengaruhi hukum dan praktik hukum. Sosiologi sangat penting untuk teori hukum.
- (e) **Politologi**, yang mempelajari perebutan, pelaksanaan kekuasaan dan akibat-akibatnya, kebijakan negara sebagai masyarakat yang terorganisasi. Politologi, yaitu studi politik diarahkan langsung kepada aspek kekuasaan, otoritas pengaturan secara yuridis, sehingga menjadi penting bagi teori hukum.

- (f) **Psikologi Sosial**, meneliti perilaku manusia dalam konteks sosial, baik individu-individu, maupun hubungan kelompok-kelompok, dan lembaga-lembaga, serta keluhan-keluhannya dalam kehidupan bersama, sampai sekarang sangat kurang mendapat perhatian ilmu hukum, hal ini dipandang melanggar kebenaran.
- (g) **Ekonomi**, kajiannya pada produksi dan distribusi barang-barang di dalam suatu kehidupan bersama yang memandang kepentingan-kepentingan material sebagai tema pokok kebijakan publik merupakan faktor pembentukan hukum. Hukum tidak dapat dijelaskan tanpa input dari Ilmu Ekonomi.
- (h) **Antropologi**, yang mempelajari kebudayaan dalam segala aspeknya, struktur sosial, pertalian keluarga, organisasi-organisasi sosial dan politik, teknik, agama. Hukum sebagai produk budaya, menunjukkan bahwa aspek-aspek kajian Antropologi, erat kaitannya dengan pembentukan hukum dan membantu mengaktualkan komunikasi hukum bagi masyarakat multikultural.³³

Konsepsi Teori Hukum Gijssels, dan Hoecke, yang penulis pandang relevan dalam kajian ini, meliputi; teori hukum empiris atau normatif, hubungan teori hukum dengan logika hukum dan sosiologi hukum, dan wilayah penelitian teori hukum. Dianalisis konsepsi, aspek Teori Hukum dari **Gijssels & Hoecke**, seperti di bawah ini.

a. Teori Hukum Empiris atau Normatif

Gijssels & Hoecke, mengemukakan, ada dua pandangan yang kontradiktif, antara pendukung teori hukum empiris dan teori hukum normatif. Kontradiksi itu dapat dicermati dari dua pertanyaan, yaitu: (1) apakah teori hukum harus membatasi diri pada pada deskripsi ilmiah positif, obyektif secara ketat, analisis-hipotesis dalam pembentukan teori? (2) Apakah teori hukum dibenarkan bersikap kritis-normatif terhadap manusia dan masyarakat tertentu dalam hal dogmatika hukum dan praktik hukum?

³³Bachtiar Ibrahim, *Apa Teori Hukum Itu?*, tanpa penerbit, 2000, Malang, hal. 39-40.

Beranjak dari tiga sudut pandang, (a) perspektif teori hukum yang interdisipliner, teori hukum mengkritisi secara ilmiah semua gejala hukum baik dalam konsepsi teoritis maupun praktis untuk menjelaskan data yuridis dengan memanfaatkan hasil penelitian ilmu-ilmu lain; (b) sudut pandang hubungan filsafat hukum dan teori hukum, dalam mana filsafat bersifat spekulatif, amat kuat menekankan nilai-nilai seperti keadilan, kepatutan, sebaliknya teori hukum dalam analisis-hipotesis bebas nilai, bersifat obyektif dan faktual; (c) sudut pandang ahli “teori hukum kritis”, kritik terhadap hukum positif, praktik hukum atau dogmatika hukum yang bercorak ideologi, dan teori yang tidak teruji, kajian tersebut masuk ranah filsafat hukum dan politik hukum, meninggalkan teori hukum. Berdasarkan tiga sudut pandang itu, **Gijssels & Hoecke**, berkesimpulan bahwa sebagai disiplin ilmu, teori hukum harus dimasukkan secara prinsipal ke dalam **teori hukum “empiris”**, bukan teori hukum “normatif kritis”.³⁴ Meskipun akhirnya orang juga dapat memandang karakter kritikal dari teori hukum sebagai suatu sikap kejiwaan normatif kritikal yang padanya orang, sama dengan seperti dalam dogmatika hukum mengajukan pedoman-pedoman, kaidah-kaidah yang oleh praktik dan/atau dogmatika hukum harus dipatuhi. Teori Hukum normatif kritikal, Teori Hukum Preskriptif sebagai lawan dari Teori Hukum Empiris, maka biasanya mengarah pada Teori Hukum Normatif.

b. Hubungan Teori Hukum dan Logika Hukum dan Sosiologi Hukum

Sebagaimana terlihat pada skematika Ilmu Hukum, bahwa penerapan Teori Hukum seperti halnya Filsafat Hukum dan Dogmatika Hukum dipengaruhi oleh ilmu-ilmu lain yang berobyek pada hukum, seperti, sejarah hukum, psikologi hukum, dan antropologi hukum. **Gijssels & Hoecke**, memusatkan perhatian pada dua cabang yaitu Logika Hukum dan Sosiologi Hukum. Kedua cabang ilmu itu dipandang paling erat kaitannya dengan wilayah penelitian Teori Hukum.

³⁴ Ibid; hal. 107; lihat juga, B Aref Sidharta, *Apakah Teori Hukum Itu?*, (terjemahan), Laboratorium Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2000, hal. 82.

c. Hubungan Teori Hukum dan Logika Hukum

Nampaknya ada dua cara pandang yang dijadikan dasar eratnya hubungan antara Teori Hukum dan Logika Hukum yang masing-masing menempati posisi sebagai “ilmu mandiri”. Kedua dasar pikiran tersebut dapat diidentifikasi, sebagai berikut.

- (a) Fokus kajian Teori Hukum secara tradisional pada penemuan hukum oleh hakim dalam penalaran untuk penyelesaian sengketa. Di sini Teori Hukum, memanfaatkan logika (yuridikal). Dalam praktik logika yuridikal berlaku sebagai prototipe sistem logika normatif yang lebih cocok untuk memahami penalaran yuridikal. Pada umumnya logika normatif atau logika hukum sebagai metode berpikir sifatnya deduktif yang menalar bertolak dari aturan-aturan hukum yang sudah ada. Dengan merujuk pendapat Chain Parelmann, Logika Hukum juga menyediakan tempat bagi logika induktif, yang menalar bertolak dari fakta-fakta dan keadaan-keadaan kongkret untuk penemuan hukum (*rechtsvinding*).
- (b) Demi kepentingan perkembangan ilmu, logika hukum telah mapan menggunakan cara berfikir ilmiah yaitu, gabungan metode logika deduktif dan logika induktif dipatuhi pula dalam penalaran yuridikal agar dikualifikasi valid. Dari pemaparan itu bahwa logika yuridikal bermuatan refleksi sistematis atas cara berpikir atau menalar para yuris. Dengan demikian logika hukum jelas mewujudkan bagian-bagian dari teori hukum, karena teori hukum merupakan suatu refleksi atas hukum dan kegiatan yuris, secara umum.

Bersandar pada dua cara pandang a. dan b. tersebut, **Gijssels & Hoecke**, mengatakan bahwa teori hukum dan logika hukum bertumpang tindih, meskipun sebagai ilmu mandiri masing-masing mempunyai wilayah penelitian dan pusat perhatian yang berbeda. Logika hukum meletakkan tekanan pada kegiatan berpikir, penalaran, sedangkan teori hukum tekanannya pada penerapan hukum dan kegiatan-yuridikal. Kesimpulannya teori hukum dan logika hukum mempunyai hubungan erat dalam pengembangan ilmu hukum teoritis dan praktikal.

d. Hubungan Teori Hukum dan Sosiologi Hukum

Ada tiga aspek yang dicermati sumbangan sosiologi hukum dalam sintesis interdisipliner dari karakter atau sifat khas Teori Hukum, mencakup:

- (a) merujuk pendapat **Schuit** yang mengemukakan bahwa sosiologi hukum tidak hanya terbatas pada penelitian berkenaan dengan aturan-aturan hukum dalam konteks kemasyarakatan mereka. Schuit membedakan tiga kualifikasi sosiologi (umum) termasuk sosiologi hukum dengan fokus kajiannya masing-masing. Sosiologi hukum makro mempelajari kesalingterhubungan hukum dengan institusi-institusi lain di dalam masyarakat dan hubungan dan hubungan saling memengaruhi (interaksi) hukum sebagai gejala kemasyarakatan. Pada tataran meso, sosiologi hukum mempelajari institusi-institusi dan organisasi-organisasi bagian, seperti perundang-undangan, peradilan, pengadilan, advokatur, pendidikan hukum, dan sejenisnya. Pada tataran mikro, sosiologi hukum meneliti bagaimana individu-individu sebagai pribadi mewujudkan hak-haknya, bersikap terhadap aturan-aturan hukum dan organisasi-organisasi yuridikal, bagaimana hubungan antara subyek-subyek hukum dan para perwakilan dari hukum (hakim, advokat, dan pejabat).
- (b) ahli-ahli teori hukum memanfaatkan sosiologi hukum untuk mendapatkan suatu pengertian yang lebih baik tentang bekerjanya organisasi aparat hukum, dan juga penelitian empiris efektivitas hukum.
- (c) teori hukum mengkaji dan menjelaskan hukum di dalam dimensi-dimensi dari beragam aspek, tidak hanya sosiologi, tetapi juga aspek logika, psikologi, dan sejarah. Namun melakukan sintesis interdisipliner sosiologi hukum memiliki spesifikasi berkenaan dengan menyumbang pemahaman interaksi saling memengaruhi antara hukum dan kehidupan masyarakat.

Merujuk pada cara pandang di atas, **Gijssels & Hoecke**, berkesimpulan **Sosiologi Hukum** memiliki hubungan spesifik dan sangat relevan dengan **Teori Hukum** yang secara esensial merupakan refleksi ilmiah pada hukum dari berbagai perspektif sosial.³⁵

e. Wilayah Penelitian Teori Hukum

Pada awal perkembangan Teori Hukum, ada tiga ranah yang diteliti, yaitu: (1) analisis data yuridis, (2) ajaran metode hukum, (3) ajaran ilmu dan ajaran metode dogmatika hukum. Kemudian yang terbaru fokus penelitian keempat (4) kritik ideologi hukum.

Tiga ranah penelitian Teori Hukum dapat dikatakan bersifat klasik, tampak dari substansi yang diteliti, dianalisis, seperti di bawah ini.

- (1) Analisis Data Yuridis, substansi yang diteliti, mencakup:
 - (a) Pengertian hukum, dicermati dari dua perspektif, yaitu
 - (i) perspektif formal, fokus pada peraturan tentang perilaku sosial seperti: moral kesusilaan, agama, budaya politik, otoritas, ideologi, dan ketertiban; (ii) perspektif substansial, fokus pada pendapat para ahli tentang hukum, seperti pandangan hukum Marxist Eropa Timur, pandangan Islam, atau pandangan Asia dan Afrika tentang hukum.
 - (b) Norma hukum, fokus pada struktur peraturan hukum dan komponen norma seperti perintah, larangan, dispensasi, izin yang erat kaitannya dengan bahasa dan logika. Penelitian diarahkan pada perbedaan antara peraturan hukum (*regulerend*) dan keputusan (*beschikking*), keputusan deklaratif dan keputusan konstitutif, hubungan antara norma hukum dan perbandingan hukum.
 - (c) Sistem Hukum, penelitian yang erat kaitannya dengan norma hukum, Karena sistem hukum diartikan sebagai suatu kumpulan peraturan hukum yang tertata dari norma-norma hukum. Fokus penelitian diarahkan pada sistem hukum sebagai keseluruhan aturan hukum yang berlaku yang secara relatif bersifat tertutup.

³⁵ Bachtiar Ibrahim, *Ibid.*, hal. 90.

- (d) Pengertian-pengertian teknik hukum, lembaga, dan bentuk hukum. Penelitian ini sesungguhnya obyek kajian Dogmatika Hukum, yang ditempatkan dalam kajian hukum positif. Teori Hukum fokus penelitian dari pendekatan Sejarah Hukum dalam kerangka isi, batas-batas dan arti yang terkandung di dalamnya, seperti pengertian "hak milik", bentuk hukum "adopsi", prinsip pemisahan kekuasaan, dan hak-hak asasi manusia. Bahkan diperluas pada penelitian teknik hukum di antaranya interpretasi hukum, hukum acara, hukum publik dan hukum privat. Penelitian Teori Hukum ini secara langsung sangat berguna bagi praktik hukum.
- (e) Pengertian-pengertian dalam Teori Hukum dan Filsafat Hukum, fokus kajian pada pengertian keadilan (*gerechtheid*), persamaan (*gelijkheids*), kelayakan (*bliksheid*), negara hukum (*rule of law*), itikad baik (*te goode traw*), kesadaran hukum (*rechtsbewust*). Kajiannya didominasi Filsafat Hukum, tetapi pengertian itu sangat bermanfaat dalam penelitian Teori Hukum, misalnya penelitian untuk membedakan legitimasi aturan hukum dan legitimasi sistem hukum.
- (f) Fungsi-fungsi Yuridis, fokus pada penelitian berkenaan dengan fungsi pembentuk peraturan hukum, baik legislator maupun regulator yang memiliki kewenangan delegasi membentuk peraturan perundang-undangan (*delegated legislation*). Juga fungsi para penegak hukum dan fungsi pelayanan hukum serta fungsi yuris pada umumnya (hakim, pengacara, notaris, sarjana hukum). Tema-tema penelitian, di antaranya kedudukan hakim dalam kehidupan bersama yang dikenal dengan penelitian sosiologi hukum hakim; hubungan hakim dengan pembentuk undang-undang, disebut penelitian hubungan hakim dengan kebijakan publik. Tema penelitian yang dipandang menarik yaitu pengaruh aliran-aliran teori hukum, filsafat hukum terhadap pendidikan hukum, dan praktik hukum.

(g) Sumber Hukum, penelitian fokus pada sumber hukum formal, bukan pada sumber hukum lainnya, karena berkaitan dengan aturan hukum yang dipandang sah pada penerapan hukum. Isu hukum yang sentral dalam penelitian “sumber hukum”, yang utama diterapkan hukum yang hidup (tumbuh) dari kebiasaan, hukumnya hakim (*rechtersrecht*) ataukah hukum yang dibuat pembentuk perundang-undangan ataukah kedua-duanya, atau juga filsafat hukum, teori hukum (doktrin). Tema penelitian di antaranya “penelitian tentang “tolok ukur proses pembentukan hukum yang sempurna yang dapat diatur oleh peraturan perundang-undangan”. Tema lainnya “tolok ukur yang sah untuk menilai hukumnya hakim (*rechtersrecht*) dan hukum kebiasaan dapat disahkan dalam konsep negara demokrasi.

(2) Ajaran Metode Hukum

Cakupan kajiannya hanya pada metode praktik hukum berada dalam tataran Dogmatika Hukum, mencakup metode pembentukan hukum dan metode penerapan hukum. Berturut-turut dianalisis, sebagai berikut:

(a) Metodologi pembentukan hukum, fokus penelitian teknik perundang-undangan yang dalam arti sempit harus mempertimbangkan Dogmatika Hukum, yang tema penelitiannya mengenai asas-asas pembentukan perundang-undangan yang baik. Dalam hal **Teori Hukum**, ada sejumlah persoalan, yakni: suatu teknik perundang-undangan (*legal drafting*) yang baik harus dapat menghindari problema-problema interpretasi/penafsiran. Karena banyak kesulitan-kesulitan yang dijumpai di dalam praktik penerapan hukum. Dalam teknik pembentukan perundang-undangan dapat dipelajari dari teori hukum yakni isu-isu penelitian antara lain: (i) penggunaan fiksi di dalam perundang-undangan, (ii) banyaknya peraturan perundang-undangan yang menimbulkan “banjir” norma terkait isu deregulasi dan debirokratisasi; (iii) struktur ekonomi yang secara optimal mempengaruhi pembentukan perundang undangan. Tema penelitian yang cukup luas yaitu “ke arah pemberian

bantuan kepada pembentukan undang-undang, dan kemungkinan kerja sama antara legislator dan penguasa (eksekutif) dalam pembentukan perundang-undangan sekitar administrasi dan peradilan".³⁶

(b) Metodologi Penerapan Hukum. Metode penerapan hukum terpusat pada penerapan hukum oleh hakim. Teori Hukum fokus pada penelitian/kajian logika dan psikologi dari putusan-putusan hakim. Fokus kajian pada putusan-putusan *secundum legem* (putusan menurut hukum), *praeter legem* (putusan tidak sesuai dengan hukum alam/umum) dan *contra legem* (putusan bertentangan dengan hukum). Metode penerapan hukum berkaitan dengan penalaran yuridikal yakni interpretasi dan konstruksi hukum, juga argumentasi hukum.

(3) Ajaran Ilmu dan Metodologi Dogmatika Hukum

Bidang penelitian ini mencakup dua aspek:

(a) Ajaran ilmu Dogmatika Hukum

Berkenaan dengan masalah karakter keilmuan dari dogmatika hukum, ada delapan pandangan mengenai karakter keilmuan dogmatika hukum yaitu:

- i) Disiplin normatif dalam arti ilmu hukum yang mempelajari norma-norma, dan landasan norma-norma tersebut.
- ii) Disiplin obyektif dalam arti ilmu yang bebas nilai. Karakter keilmuan obyektif berdasarkan fakta empiris ini diidealkan oleh Teori Hukum.
- iii) Disiplin yang logis, suatu yang amat ekstrim dilakukan oleh aliran *Begriffsjurisprudenz*, ilmu tentang pengertian-pengertian hukum (Jerman).
- iv) Juga dari pendekatan klasik, Dogmatika Hukum dipandang sebagai disiplin kreatif mengenai asas-asas hukum; asas-asas yang berada di belakang peraturan-peraturan hukum itulah yang menjadi sentralnya.

³⁶ Bachtiar Ibrahim, *ibid.*, hal. 134; perlu juga diingat, B. Seidman, memperkenalkan metode ROCCIPI dalam pembentukan perundang-undangan, juga Meuwissen, mengemukakan "momentum" pembentukan perundang-undangan.

- v) Disiplin yang menerangkan baik “keterangan diakronis” yakni faktor-faktor eksternal, seperti perkembangan sejarah, maupun “keterangan sinkronis” berupa kebutuhan atau kepentingan masyarakat yang aktual.
 - vi) Disiplin eksperimental dalam arti ilmu yang tidak membatasi diri pada menganalisis atau menguraikan mengenai hukum positif/hukum yang berlaku, tetapi dengan bantuan ilmu sosial mencari arah pemecahan masalah-masalah hukum yang konkret.
 - vii) Disiplin empiris dalam arti ilmu yang fokus pada prinsip-prinsip menjelaskan fakta dan dalam metode penelitiannya menerapkan metode yang sama dengan ilmu-ilmu alam. Menerima formulasi hipotesis dan verifikasi.
 - viii) Disiplin hermeneutik dalam arti ilmu mengenai pengertian dari peraturan-peraturan hukum melalui penafsiran atau interpretasi terhadap isi peraturan hukum itu baik yang tersurat maupun yang tersirat.³⁷
- (b) Ajaran Metoda Dogmatika Hukum

Kajian ini sangat tergantung pada pandangan yang dianut terhadap Dogmatika Hukum, jika Dogmatika Hukum dipandang sebagai disiplin normatif, maka metode penelitiannya tentu metode normatif. Begitu pula apabila Dogmatika Hukum dipandang sebagai disiplin hermeneutik, maka metode penelitiannya menggunakan metode penafsiran.

Sementara itu jika Dogmatika Hukum dipandang sebagai disiplin eksperimental, maka metode penelitiannya, metode eksperimen yang secara ketat menentukan persyaratan-persyaratan kontrol atas eksperimen yang dilakukan agar secara tepat dapat memberikan prediksi-prediksi. Begitu pula jika Dogmatika Hukum dipandang sebagai disiplin empiris, metode penelitiannya metode empiris atau metode non-doktrinal (*socio-legal research*).

³⁷ Ibid., hal. 141.

Meyer bertitik tolak pada pandangan bahwa Dogmatika Hukum adalah suatu sistem yang merupakan disiplin hukum mencakup: (i) **Ilmu tentang norma** terkait dengan refleksi dan penjabaran filsafat hukum, karena itu Filsafat Hukum berkedudukan sebagai “meta-meta” Dogmatika Hukum, dan Teori Hukum sebagai “meta” dari Dogmatika Hukum; (ii) **Ilmu tentang pengertian** (dalam) **hukum**, mengonstruksikan konsep-konsep hukum berorientasi pada struktur logikal pengertian teknis yuridis, oleh karena itu Dogmatika Hukum dekat dengan hukum positif.

(4) Kritik Ideologi Hukum

Gijssels dan Mark van Hocke mencatat bahwa domain penelitian “Kritik Ideologi” dari Teori Hukum suatu kajian tergolong baru, dan dimulai sejak dua dasa warsa yang lalu. Kritik Ideologi diartikan mengkritisi serta membuka selubung ideologi yang tersembunyi baik dalam peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan maupun literatur yuridis (doktrin hukum).

Ideologi Hukum mengandung arti netral yakni tidak ada kaitan dengan ideologi-politik, seperti Marxisme, Sosialisme, Kapitalisme, dan sebagainya. Ideologi Hukum adalah keseluruhan nilai-nilai, norma-norma yang membentuk pandangan atau visi seseorang terhadap manusia dan masyarakat. Dalam bahasa Belanda ditulis, “*ideologie wordt bedoeld het geheel van warden en normen diemands visie vormen op means en maatschappij*”.³⁸

Ada dua bidang “Kritik Ideologi Hukum” yakni:

- (a) Kritik Ideologi Hukum kualitatif bila *penelusuran* dilakukan terhadap nilai-nilai dan norma-norma apa yang terkandung dalam hukum atau dalam penalaran yuridikal.
- (b) Kritik Ideologi Hukum kuantitatif bila yang diteliti misalnya putusan pengadilan, berkenaan dengan frekuensi atau seberapa sering suatu nilai atau norma diterapkan oleh hakim dalam memutus perkara di setiap kasus.

³⁸ Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *op.cit.*, hal. 184.

Rincian dari wilayah penelitian kritik ideologi hukum, mencakup:

(a) Kritik ideologi hukum terhadap peraturan perundang-undangan

Karl Marx dengan Teori Hukum Marxist melakukan rintisan “Kritik Ideologi Hukum” yang membuka selubung atau topeng hukum bahwa undang-undang di negara-negara kapitalistik mengandung eksponen nilai-nilai dan norma-norma borjuistik. **Gijssels dan Mark van Hocke** mengemukakan bahwa untuk melakukan pengkajian atau diskusi tentang “Kritik Ideologi Hukum”, menurut Teori Hukum, harus dilakukan melalui empat fase, yaitu:

- (i) *Fase pertama pembatasan*, ‘Kritik Ideologi Hukum’ akan membatasi diri dengan memberikan nilai-nilai dan norma-norma yang seluruhnya atau sebagian implisit/termasuk di dalam satu peraturan hukum.
- (ii) *Fase kedua penggambaran*, fase bahwa berdasarkan nilai-nilai dan norma-norma itu dapat digambarkan adanya ideologi yang inheren melekat dalam undang-undang.
- (iii) *Fase ketiga penyelidikan*, dapat diselidiki sumber ideologi dari undang-undang melalui penelitian sejarah atau sosiologis (kemasyarakatan). Juga dapat diteliti nilai-nilai dan norma-norma yang dipandang cocok untuk direalisasikan oleh undang-undang yang telah disahkan dan diundangkan.
- (iv) *Fase keempat evaluatif*, penilaian ideologi yang dominan atau memiliki superioritas secara empiris, obyektif dalam praksis atau nilai-nilai dan norma-norma yang direalisasikan dalam praktik.

Contoh:

Bilamana dilakukan penelitian terhadap latar belakang ideologi hukum suatu undang-undang, maka istilah seperti “kesusilaan yang baik” atau “hak-hak manusia”, dan dari pengertian itu dapat dievaluasi nilai-nilai yang tersembunyi

di belakang undang-undang menjadi obyek studi “Kritik Ideologi Hukum”. Dapat dirujuk penelitian atas **Code Civil Perancis** tahun 1804, dengan “Kritik Ideologi Hukum” dapat diungkapkan endapan yang amat koheren dan sistematis bahwa dominasi atau superioritas “ideologi” warga-Negara Perancis yang “liberal” (Ingat semboyan revolusi Peancis, 1971 yakni: *liberty*=kebebasan, *equality*=persamaan, dan *praternity*=persaudaraan) Begitu pula dari segi Konstitusi Hindia Belanda yakni *Indische Staatsregeling* (IS) dengan penggolongan masyarakat Indonesia atas golongan Eropa, golongan Timur Asing, dan golongan Bumiputera di bawah penjajahan Belanda dengan kodifikasi *Burgelik Wetboek* (BW= KUPerd), *Wetboek van Koophandel* (Wvk= KUHD) dan *Wetboek van Strafsrecht* (KUHP), dari segi “Kritik Ideologi Hukum” jelas syarat muatan ideologi hukum “diskriminatif”.

(b) Kritik Ideologi Hukum terhadap Peradilan

Kritik ideologi di bidang “peradilan”, **Gijssels** dan **Hocke** mengatakan, lazim disebut “diskusi justisi-klas” (*de diskussie klasse-justitie*). Diskusi **kritik ideologi** itu berkaitan dengan penerapan nilai-nilai dan norma-norma non-yuridis dalam perkara yang memengaruhi putusan-putusan hakim. Contoh, ketika peradilan memutus perkara berdasarkan UU yang memberikan kewenangan bebas (diskresi) kepada hakim dalam hal-hal sebagai berikut:

- (i) ukuran “berat-ringannya” hukuman, “pertimbangan keadilan”,
- (ii) pengertian yang mengenai kebaikan berkenaan dengan “nilai-nilai moral”,
- (iii) pengertian normatif mengenai “kesalahan” merujuk pada norma-norma moral dalam masyarakat,
- (iv) pengertian yang bersifat evaluatif seperti konsep “besar” atau “penting” meskipun tidak menunjuk nilai-nilai yang begitu penting bagi “kritik ideologi hukum”, tetapi pengaruh pribadi penilaian dari hakim masih nyata.

Tugas dari Teori Hukum menunjukkan bahwa penelitian “Kritik Ideologi Hukum” juga sangat penting di bidang penerapan hukum oleh “penguasa” (eksekutif) seperti “Berita Acara” Pemeriksaan Kepolisian, “keputusan” badan dan atau pejabat tata usaha negara atau badan administrasi (*beschiking*).

Terakhir, tidak kalah pentingnya, yakni “ideologi hakim” yang bertalian dengan fungsinya baik dalam menciptakan hukum (*rechtschepping*) harus dicermati visi-misi hakim, maupun fungsi penemuan hukum (*rechtsvinding*). “Ideologi hakim” dalam fungsi penemuan hukum dapat dicermati dari tiga metode penemuan hukum yaitu “metode otonom” melalui interpretasi bebas (di luar UU), “metode heteronom”, penfasiran sempit atau kaku (interpretasi dari dalam UU), dan Metode Campuran yakni penafsiran “jalan tengah”. Tipe penafsiran itu akan memengaruhi proses penemuan hukum (*rechtsvinding=legal finding*) yang menggambarkan konsep hakim tentang ideologi hukum yakni gambaran terhadap nilai-nilai dan norma-norma manusia dan masyarakat yang dianut oleh hakim.

Di Amerika Serikat telah banyak dilakukan kajian untuk “mengenali ideologi hukum para hakim”. Hal ini disebabkan karena perilaku para hakim tampak dimotivasi oleh preferensi atau kepercayaan yang bersifat ideologis yakni ekspresi nilai-nilai yang mempengaruhi putusan-putusan hakim. Di antaranya karya **Harold Spaeth** yang memberi kode ideologis pada setiap Putusan MA Amerika Serikat (*Supreme Court*) dengan label “liberal” atau “konservatif”. Misalnya dalam putusan perkara pidana yang amar putusannya membebaskan terdakwa diberi label “liberal”, sebaliknya yang menghukum terdakwa diberi label “konservatif”. Di balik itu dalam perkara ekonomi-bisnis, ketika MA membatalkan suatu peraturan ekonomi, jika putusannya menolak permohonan penggugat, diberi label “konservatif”, sedangkan jika regulasi ekonomi yang lainnya dikuatkan, maka putusan MA tersebut diberi label “liberal”. Tentu model ideologi hakim yang bersifat dikotomi itu hanya menyederhanakan pertimbangan hukum

dan fakta hukum yang dihadapi oleh hakim dalam hal menilai hubungan saling memengaruhi antara fakta hukum, aturan hukum serta situasi kasus yang diperiksa dan diadilinya. Oleh karena itu dicatat ada empat kelemahan dikotomi klasifikasi label “ideologi” para hakim “liberal” dan “konservatif” dari **Harold Spaeth**, yaitu:

- (i) kategori dikotomi “liberal” dan “konservatif” tampak sangat menyederhanakan fakta hukum yang dihadapi dalam setiap kasus yang diputus hakim, apalagi dalam kasus-kasus yang berat (*hard cases*);
- (ii) tampaknya ideologi hukum para hakim itu multi-dimensional, di mana seorang hakim dalam satu kasus tertentu bisa bersikap “konservatif”, sedangkan pada kasus yang lain ia bersikap “progresif”. Karena itu kurang tepat mendikotomikan ideologi hukum hakim.

Ideologi hukum para hakim yang berkarakter multi-dimensional, dipengaruhi ideologi hukum rezim penguasa. **Contoh** sejarah Indonesia dapat dikatakan mengalami tiga karakter ideologi rezim penguasa yang berpengaruh pada ideologi hukum hakim terhadap putusan-putusan pengadilan berturut-turut sebagai berikut. **Pertama**, di masa rezim Demokrasi Terpimpin (1960-1967), para hakim harus menjalankan visi-misi “hukum sebagai alat revolusi” yang mengusung jargon-jargon politik antikolonialisme-imprealime, demi kepentingan revolusi sebagai jargon politik. Presiden dapat memerintahkan MA untuk menghentikan perkara. Terdakwa subversif dalam perkara politik yang dituduhkan terhadap tokoh-tokoh politik yang dikualifikasi anti revolusi oleh penguasa, para terdakwanya dihukum berat, bahkan tidak jarang divonis hukuman mati, bahkan dijadikan tahanan politik tanpa proses hukum. **Kedua**, era Orde Baru (Orba) ditahun 1967-1998, para hakim harus menjalankan visi-misi hukum sebagai instrumen memfasilitasi pembangunan atau “ideologi hukum pembangunan”. Dampaknya dalam perkara politik dan HAM para terdakwanya dihukum berat. Sebaliknya dalam perkara gugatan terhadap perbuatan

melanggar hukum pemerintah (*onrechtmatigoverheids-daad*), misalnya dalam kasus pembangunan waduk, jalan raya/tol, kawasan pariwisata, hakim biasanya menolak atau tidak mengabulkan gugatan masyarakat. **Ketiga**, era reformasi dan demokrasi, mulai tahun 1998, para hakim kembali pada jati dirinya, komitmennya pada “kekuasaan kehakiman yang merdeka” identik dengan “Ideologi Negara Hukum”. Aktualisasinya menunjukkan MA belum bisa lepas dari beban politis, psikologis sisa kekuatan otoritarian Orba, misalnya dalam kasus pelanggaran HAM di masa Orba, para hakim konservatif, dipengaruhi nilai dan visi impunitas, dengan membebaskan terdakwa. Tetapi dalam kasus gugatan dan rehabilitasi Tahanan Politik G. 30 S/PKI, 1965, MA bersikap progresif dengan mengabulkan gugatan tersebut. Sikap progresif juga ditunjukkan dengan memperberat hukuman para koruptor yang mengajukan kasasi.

Menarik pula di era reformasi mengenali “ideologi hukum” hakim Mahkamah Konstitusi dalam kasus pengujian undang-undang (*judicial review*) yang menunjukkan “ideologi multi-dimensional”, dalam suatu kasus seorang hakim bersikap progresif, sedangkan untuk kasus lainnya, ia bersikap konservatif. **Contohnya**, dalam kasus *judicial review* pasal pidana mati dalam UU Narkoba dan uji pasal penghinaan terhadap agama, para hakim MK bersikap “**konservatif**”, dengan menolak permohonan para pemohon yang diajukan oleh advokat untuk pengujian terhadap hukuman mati, dan permohonan LSM untuk pengujian penghinaan terhadap agama. Sebaliknya dalam *judicial review* terhadap konstitusionalitas pasal penabur kebencian dalam KUHP yang permohonannya diajukan pula oleh Advokat, para hakim MK bersikap “progresif”, dengan mengabulkan permohonannya tersebut. Selanjutnya terhadap *judicial review* sejumlah pasal UU Kelistrikan dan UU Migas, MK bersikap “**konservatif**”, para hakim mempertahankan konsep hak menguasai negara atas energi dan sumber daya alam untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat, kewenangannya tidak boleh dialihkan

kepada pihak swasta, kecuali melalui rezim hukum perizinan. Dari putusan-putusan atas kasus-kasus tersebut, menunjukkan ideologi hukum para hakim bersifat multidimensional.³⁹ **Catatan**, penulis tidak sependapat dengan pendapat mengenai sikap hakim yang mempertahankan dan memperkuat “hak menguasai negara” atas energi dan sumber daya alam sebesar-besar untuk kemakmuran rakyat diklasifikasikan sebagai “ideologi hukum konservatif”. Menurut pendapat penulis justru dalam kasus pengujian konstitusionalitas atas pasal-pasal UU Kelistrikan dan UU Migas itu, para hakim MK menganut “Ideologi Hukum Pancasila”, karena konsisten mempertahankan spirit atau roh Pasal 33 UUD Negara R.I. 1945 yakni bertumpu pada asas perlindungan kepentingan ekonomi yang menguasai hajat hidup orang banyak dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat, yakni **asas kemanfaatan**.

(c) Kritik Ideologi Hukum dalam Dogmatika Hukum

Kritik ideologi Hukum dalam Ilmu Hukum Dogmatik berkaitan dengan konstruksi-konstruksi yuridis baik berhubungan dengan deskripsi, sistimatisasi maupun evaluasi hukum positif. Bahkan lebih luas lagi dapat diteliti dari wawancara dengan para ahli hukum, penguasa, kejaksaan agung, juga pidato-pidato pejabat negara dapat dicermati dalam penelitian “kritik ideologi hukum” melalui penelitian teori hukum. Kepustakaan mencatat **Hans Kelsen** merupakan seorang ahli “kritik ideologi’ di bidang Dogmatika Hukum melalui Teori Hukum Murni (*Reineretsleer*), Ia mengeliminasi ideologi yang non-ilmiah dari metodologi ilmu hukum.

2. Konsepsi Teori Hukum DHM Meuwissen

Meuwissen mengembangkan pemikiran Ilmu Hukum dalam istilah Belanda dinamakan *Rechtsbeoffening* diindonesiakan disebut “pengembangan hukum” yaitu kegiatan manusia di bidang hukum yang mencakup pengembangan hukum teoritikal dan praktikal. Pengembangan hukum teoritikal adalah kegiatan yang

³⁹ Hakim Garuda Nusantara, Harian Umum *Kompas*, 3 Maret, 2014.

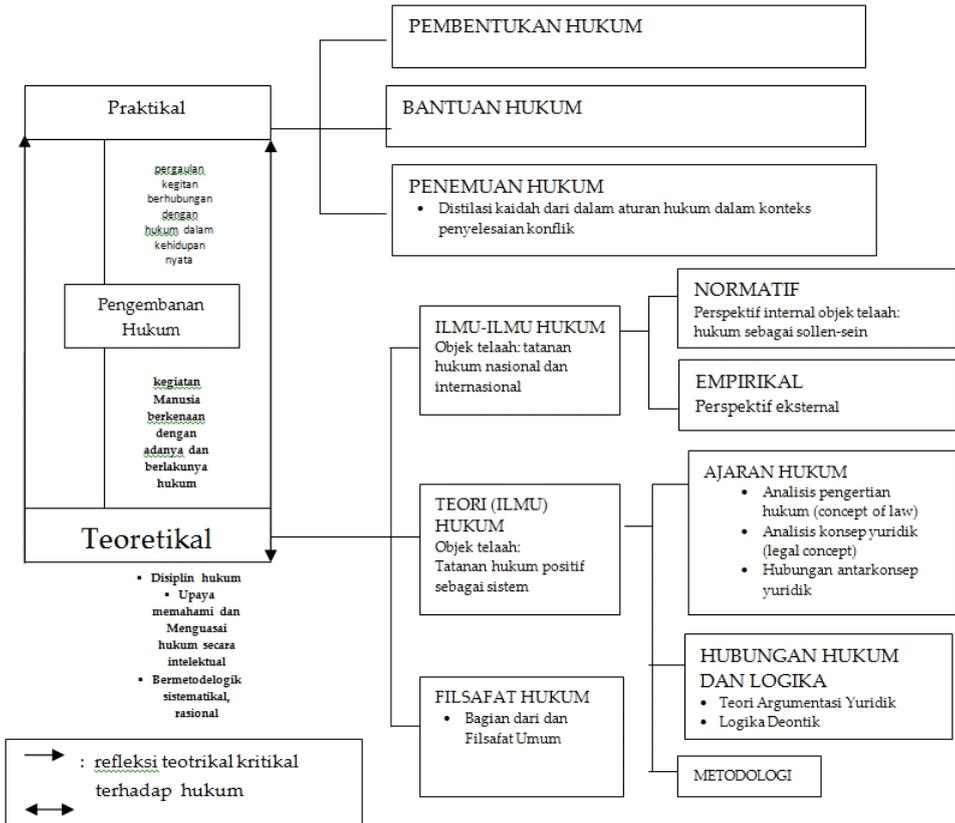
berkaitan dengan kegiatan manusia untuk menguasai hukum secara intelektual-ilmiah, meliputi menguasai Ilmu-ilmu Hukum; Teori (Ilmu) Hukum; dan Filsafat Hukum.

Ilmu-ilmu Hukum obyek telaah atau kajian tataran hukum nasional dan hukum internasional, meliputi: (i) Ilmu Hukum Normatif, memahami hukum dalam perspektif internal, berkaitan dengan penguasaan hukum sebagai norma yang bersifat *das solen* (yang seharusnya) dan fakta (*das sein*). (ii) Ilmu Hukum Empiris telaah hukum dalam perspektif eksternal, yakni hukum yang tidak dapat dipisahkan dengan fakta, berkaitan dengan kajian sosio-legal, *legal sociology* (kajian hubungan saling mempengaruhi hukum dan masyarakat), dan *sociology of law* (sosiologi hukum).

Teori (Ilmu) Hukum obyek telaah atau kajiannya adalah tataran hukum positif sebagai sistem, meliputi: *pertama*, penguasaan ajaran hukum (*concept of law*) seperti sumber hukum, subyek hukum, dan obyek hukum; analisis konsep yuridik seperti keputusan *contra legem* (bertentangan dengan hukum), itikad baik, dan pengaruh hukum (*rechtsverweking*); dan hubungan antarkonsep yuridik tersebut. *Kedua*, Hubungan hukum dan logika, berkaitan dengan penalaran hukum dalam pengambilan keputusan, dalam logika klasik dikenal telaah tentang logika-deduktif yakni ajaran silogisme yuridis, pengambilan keputusan melalui tiga langkah yaitu: premis mayor, pernyataan berupa norma hukum umum, premis minor berupa fakta yang dihadapi, dan konklusi (kesimpulan sebagai keputusan). *Ketiga* metodologi telaah ajaran metode penelitian hukum, yakni penafsiran hukum, konstruksi hukum, dan fiksi hukum. **Filsafat Hukum**, bagian dari filsafat umum, telaah refleksi terhadap semua gejala hukum baik gejala hukum yang fundamental maupun gejala hukum yang marginal.

Pengembangan hukum praktikal kegiatan manusia berkenaan dengan adanya dan berlakunya hukum kehidupan bersama, mencakup: (1) Pembentukan hukum (*Rechtsvorming*) yakni penciptaan hukum positif, seperti teori pembentukan produk hukum (undang-undang); (2) Bantuan Hukum (*Rechtshelp*) memulihkan keseimbangan kekuatan masyarakat, dan kegiatan

yuridis membantu warga baik orang-perorangan maupun warga masyarakat yang menghadapi kasus-kasus hukum. (3) Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*), yakni distilasi, menyaring kaidah hukum, melalui interpretasi hukum atau melalui konstruksi hukum. Skema Pengembangan Hukum **DHM. Meuwissen**, sebagai berikut:



Sumber: Meuwissen, terjemahan B.Arief Sidharta, *Meuwissen Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, 2002

Selanjutnya Meuwissen juga mengemukakan, Teori (Ilmu) Hukum, juga memusatkan telaaahnya pada, keberlakuan hukum berkaitan dengan kekuatan mengikat hukum sehingga ditaati. Analisis mengenai **Keberlakuan Hukum**, diuraikan seperti di bawah ini.

Meuwissen merujuk pandangan **R. Drier** dalam bukunya berjudul *Recht-Moral-Ideologie* (1981) berkaitan dengan keberlakuan normatif yakni menyangkut tiga bentuk keberlakuan hukum mencakup:

- (1) Bentuk keberlakuan pertama “keberlakuan sosial”, berkenaan dengan efektivitas norma hukum mencakup dua aspek yakni: aspek bahwa norma hukum secara nyata atau faktual dipatuhi; dan aspek kepatuhan karena secara *eventual* dibantu oleh paksaan sanksi-sanksi atas pelanggaran terhadap norma hukum.
- (2) Bentuk keberlakuan kedua “keberlakuan yuridik”, berkenaan keabsahan pembentukan norma hukum baik mengenai prosedur maupun aspek substansianya menurut struktur tata hukum yang hirarkhis. Prosedur pembentukan norma hukum sesuai dengan ketentuan prosedur yang berlaku dan secara substansial, isi norma hukum tidak bertentangan dengan norma hukum lainnya terutama norma hukum yang lebih tinggi. Keabsahan atau validasi norma hukum ini sesuai dengan *Stufenbauteorie* dari **Hans Kelsen**. Catatan atas keberlakuan yuridik berkenaan keabsahan norma hukum menurut “Ajaran Hukum Murni”, bagi Meuwissen tidak bersifat mutlak atau absolut. Karena norma hukum yang sah pun secara faktual dapat kehilangan keberlakuannya, begitu juga jika bertentangan dengan moral.
- (3) Bentuk keberlakuan ketiga “keberlakuan moral”, berkenaan dengan pandangan khas dari Hukum Alam, bahwa hukum kehilangan keberlakuan normatifnya jika isinya dari segi etik dengan acara apapun tidak dapat dibenarkan. Contoh, norma hukum bertentangan dengan HAM.
- (4) Menarik pula analisis Meuwissen dalam memahami perbedaan antara Ilmu Hukum Normatif (Dogmatik) dan Ilmu Hukum Empirik.

Ilmu Hukum Normatif yang dikatakan memiliki karakter sendiri (khas), disebut “*ilmu sui generis*” artinya karakternya bila diukur atau dinilai tidak dapat disamakan/dimasukan ke dalam rumpun ilmu manapun, baik rumpun ilmu sosial maupun

rumpun ilmu humaniora. Adapun ciri-ciri **Ilmu Hukum Normatif atau Dogmatik Hukum**, yaitu:

- a. memiliki sifat empirik analitik artinya Ilmu Hukum normatif memaparkan isi dan struktur hukum positif. Terkait dengan sifatnya itu, Ilmu Hukum dapat menggunakan metode empirik, tetapi itu tidak perlu, karena ia tidak menjelaskan pengertian-pengertian tetapi hanya memahami pengertian-pengertian hukum melalui analisis pemahaman akan asas-asas yang melandasi hukum terkait dengan ide hukum (cita hukum). Keterkaitan pada asas-asas hukum tampak jelas dalam studi hukum perdata.
- b. mensistematisasi gejala-gejala hukum, dan pensistematisasinya merupakan pengembangan suatu sistem hukum yang logikal-konsisten merupakan suatu "sistem terbuka". Artinya bahwa aturan-aturan dan keputusan dipikirkan dalam suatu hubungan yang relatif bebas antara yang satu dengan yang lainnya. Dalam konteks itu yang penting yang dipertautkan adalah antara norma-norma hukum dan asas-asas yang melandasi hubungan ini.
- c. menginterpretasi (melakukan penafsiran) bukan mendeskripsi hukum positif, oleh karena itu memiliki suatu sifat hermeneutikal, dan karena itu berarti pula terdapat suatu relasi dengan apa yang dinamakan ilmu-ilmu rohani (*Geisteswissenschaften*).
- d. menilai hukum yang berlaku (evaluasi terhadap hukum positif), dan dalam arti ini Ilmu Hukum Dogmatik relatif bersifat normatif, obyeknya norma-norma, pendirian-pendiriannya yang diambil juga memiliki dimensi penorma-an. Dengan demikian Dogmatika Hukum tidak bebas nilai.
- e. ciri yang terakhir, berkaitan dengan arti praktikal dari Ilmu Hukum Dogmatik karena, Dogmatika Hukum melakukan pemaparan, analisis, sistematisasi, dan interpretasi terhadap hukum positif dalam dimensi penerapan hukum. Pada tataran teoritikal Ilmu Hukum Dogmatik menyediakan model praktikal sebagai suatu praksis dari tujuan hukum, sehingga, perundang-undangan, peradilan, dan advokasi dapat berfungsi. Di balik itu, isi dari praktik hukum memberikan umpan balik pada model teoritikal.

Mengenai **ciri-ciri Ilmu Hukum Empiris**, dilukiskan, yaitu:

- a. Ilmu Hukum Empiris membedakan secara tajam antara fakta dan norma, antara proposisi-proposisi yang normatif (preskriptif) dan yang melukiskan (deskriptif).
- b. Gejala-gejala hukum dipandang sebagai fenomena empiris (faktual) yang murni hanya “fakta-fakta kemasyarakatan” (fakta sosial) seperti fakta sosial lainnya yang dapat diamati secara inderawi.
- c. Gejala-gejala yang merupakan “fakta-fakta kemasyarakatan” ini harus dipelajari dan diteliti dengan menggunakan metode empiris. Ini berarti hukum positif itu dipaparkan atau dilukiskan apa adanya, dianalisis, dan terutama dijelaskan (eksplanasi).
- d. Ilmu Hukum Empiris merupakan ilmu yang bebas nilai dan netral artinya “penstudinya” (pengembannya) sama sekali tidak mengambil sikap (pendirian) menilai atau kritis terhadap fenomena hukum yang dipelajari dan dijelaskannya.
- e. Dengan demikian Ilmu Hukum Empiris tidak hanya memisahkan antara hukum dengan etika-moral, tetapi juga memisahkan secara tajam antara hukum dan politik.

Ciri-ciri Ilmu Hukum Normatif (Dogmatika Hukum) dan ciri-ciri Ilmu Hukum Empirik melahirkan wawasan yang secara jelas menunjukkan ada kontroversi antara penganut “Teori Hukum Empirik” yang meragukan “Dogmatika Hukum”, bahkan dipandang hanya seni, kemahiran hukum (*legal skill*). Di balik itu penganut “Teori Hukum Normatif” memandang bahwa Dogmatika Hukum itu adalah ilmu yang bersifat *sui generis* (khas) tidak dapat disamakan dengan ilmu-ilmu lainnya. Bahkan penganut “Teori Hukum Normatif” menolak pandangan bahwa ilmu hukum merupakan fakta sosial “empiris murni”.⁴⁰

Inti perbedaan antara Ilmu Hukum Normatif dan Ilmu Hukum Empiris, sisi titik tolaknya dalam studi hukum, Ilmu Hukum Normatif, diawali pada norma, sedangkan Ilmu Hukum

⁴⁰ Arief Sidharta, *Mewissen Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2009, hal. 58.

Empiris, mulai dari fakta. Dari sisi metodologi, secara ilmiah Ilmu Hukum Normatif, metode pengungkapannya terikat pada persyaratan **logika deduktif**. Ilmu Hukum Empiris, karakternya teoritis-empiris, sehingga metode pengungkapannya **induktif logis**.

3. Konsepsi Teori Hukum Bruggink

Secara ringkas Konsepsi Bruggink, ditekankan pada dua wilayah kajian teori hukum arti luas dan arti sempit, serta dipengaruhi aliran sosiologi yakni sosiologi empirik dan sosiologi kontemplatif. Secara konseptual **Bruggink** memberikan pemahaman tentang teori hukum, ia memahami Teori Hukum sebagai keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan keputusan-keputusan hukum, yang untuk suatu bagian penting sistem tersebut memperoleh bentuk dalam hukum positif.⁴¹ Analisis kajiannya berturut-turut dicermati dari “wilayah kajian teori hukum” dan dua aliran teori hukum bertumpu pada perspektif Sosiologi Empirik dan Sosiologi Kontemplatif.

(1) Wilayah Kajian Teori Hukum

Bruggink membedakan wilayah atau ranah kajian Teori Hukum (arti sempit) dengan ranah pengembangan Dogmatika Hukum. Ranah kajian pengembangan Dogmatika Hukum berkenaan dengan hukum positif dari sistem hukum nasional tertentu. Di balik itu Teori Hukum dalam mengolah masalah-masalah umum hukum positif, sehingga secara teoritis tidak membatasi diri pada sistem hukum nasional tertentu.

Obyek kajian Teori Hukum (arti sempit) mencakup: (i) keterkaitan konsep-konsep hukum dan bahasa (ii) pengertian-pengertian dalam hukum, (iii) sifat-sifat norma-norma hukum, (iv) perbedaan antara asas-asas dan aturan hukum, (v) sistem hukum. Bruggink menunjukkan bahwa kompleksitas bahasa muncul kepermukaan berkaitan dengan hukum dan Teori Hukum. Ditegaskannya ketika orang belajar hukum, sesungguhnya ia mempelajari cara berpikir yuridis (*yuridisch denken*). Oleh karena

⁴¹ J.J.H., *Refleksi Tentang Hukum*, alih bahasa Arief Sidharta, PT. Citra ADitya Bakti, Bandung, 1996, hal. 3.

itu keterkaitan antara hukum, pikiran dan bahasa tidak boleh diabaikan atau dibiarkan lepas. Merujuk pendapat P.W. Brower (*TAAL EN BEGRIPSVORMING*, dalam *Inleiden tot de Rechtswetenschap*, 1990: 2) memberikan batasan bahwa bahasa sebagai suatu sistem tanda-tanda yang memenuhi syarat-syarat berikut:

- (a) dibuat oleh manusia;
- (b) mengabdikan komunikasi antar manusia;
- (c) diterima dalam suatu masyarakat manusia;
- (d) terdiri atas bunyi-bunyi dan/atau tanda-tanda.⁴²

Keterkaitan bahasa dengan konsep-konsep hukum berkenaan dengan klasifikasi putusan, proposisi empiris berkenaan dengan fakta, dan proposisi normatif berkenaan dengan substansi norma yakni, perintah atau larangan, atau kebolehan berupa dispensasi atau izin.

Suatu hal yang dipandang penting berkenaan dengan hukum dalam keterkaitannya dengan bahasa sebagai ruang lingkup atau wilayah kajian Teori Hukum menurut Bruggink juga "Aturan Hukum" dan "Norma Hukum". Uraian diawali dengan keterkaitan bahasa dengan pengertian aturan hukum (*rechtsregel*). Bruggink memandang aturan hukum (*rechtsregel*) sebagai suatu bentuk pernyataan dan memaknai bahwa arti dari aturan hukum itu ditunjuk dengan istilah "norma hukum" (*rechtsnorm*). Ditegaskan pula aturan hukum harus ditautkan dengan isi norma dan lingkup norma.

Isi norma hukum adalah keseluruhan ciri (unsur-unsur) yang mewujudkan norma itu. Lingkup norma diartikan merupakan wilayah penerapan norma yang bersangkutan. Ada dua hal yang perlu dicermati dalam pengkajian aturan dan norma hukum. **Pertama**, mengenai jenis-jenis norma, disebutkan ada tiga jenis norma, yaitu:

- i. **Norma hukum sebagai norma perilaku**, isinya mencakup tiga golongan yang paling umum sebagai berikut:
 - perintah (*gebod*) adalah kewajiban umum untuk melakukan sesuatu;

⁴² Ibid, hal. 9.

- larangan, kewajiban umum untuk tidak melakukan sesuatu;
- pembebasan yakni dispensasi, boleh untuk tidak melakukan sesuatu yang secara umum diharuskan;
- izin pembolehan khusus untuk melakukan sesuatu yang secara umum dilarang.

ii. Norma hukum sebagai meta-norma, ada tiga kelompok, yaitu:

- Norma pengakuan (*rule of recognition*) yang menetapkan norma perilaku mana dalam suatu masyarakat tertentu harus dipatuhi. *Contoh Pasal 4 AB (Algemene Bevelingen van Wetgeving) yang berbunyi: "Undang-undang hanya mengikat untuk peristiwa-peristiwa yang akan datang".*

- Norma perubahan (*rule of change*), norma yang menetapkan bagaimana suatu norma perilaku dapat diubah.

Contoh: Pasal 5 AB yang berbunyi: "Undang-undang hanya dengan undang-undang berikutnya dapat kehilangan kekuatan berlakunya, untuk sebagian atau unuk keseluruhannya".

- Norma kewenangan (*rule of adjudication*), norma yang menetapkan siapa dan melalui prosedur yang mana norma perilaku diterapkan jika terjadi sengketa atau terdapat ketidakjelasan norma.

Contoh: Pasal 112 ayat (1) Grondwet (UUD Belanda): "Kekuasaan Kehakiman berwenang mengadili perselisihan-perselisihan tentang hak-hak keperdataan dan tentang gugatan-gugatan". Dalam hal interpretasi dengan hubungan yang erat antara dua jenis norma yang disebut terdahulu. Kekuasaan Kehakiman merupakan jaminan bagi perubahan suatu norma perilaku, misalnya Yurisprudensi Hoge Raad (MA Belanda), sesuai dengan konstitusi mengimplikasikan bahwa norma-norma perilaku yang diderivasi dari putusan-putusan hakim harus diakui sebagai hukum.⁴³

Beberapa hal yang perlu diperdalam karakter meta norma:

- khusus untuk norma kewenangan (*rules of adjudication*) masih dapat diklasifikasi atas: norma kewenangan publik dan norma kewenangan perdata. Norma kewenangan

⁴³ *Ibid*, hal.104.

publik dibedakan atas kewenangan pembentukan undang-undang, kewenangan kehakiman, dan kewenangan pemerintahan.

- norma kewenangan memberikan persyaratan kualifikasi yang harus dipenuhi seseorang untuk dapat melakukan perbuatan hukum tertentu. Misalnya orang (subyek hukum alamiah) harus sudah dewasa untuk dapat melakukan perbuatan hukum (harus cakap, *handling bekwaaan*).
- norma kewenangan dalam arti sempit memberikan kepada orang yang memenuhi kualifikasi suatu kewenangan khusus untuk melakukan perbuatan hukum tertentu. Contohnya berdasarkan perjanjian pemberian kuasa (*lastgeving*) orang berwenang untuk melakukan perbuatan hukum atas nama pemberi kuasa.
- meta-norma selain yang dirujuk dari pandangan A.L.H. Hart yakni norma primer dan norma sekunder, masih ada dua jenis meta norma yaitu; **norma penilaian** dan **norma definisi**. Norma penilaian adalah norma-norma yang menetapkan penilaian yang berakar dari perintah dan larangan. Bruggink berpendapat dari perspektif sistem hukum atau tata hukum norma penilaian sangat penting, dan ia menyebut norma penilaian dengan istilah **asas hukum**.

iii. Norma mandiri dan norma tak mandiri, yang kontroversial, karena itu **Bruggink** berpendapat ini bukan jenis norma, tetapi lebih tentang “teori hukum” yang dianut oleh para penulis. Dikutip dua orang penulis, seperti di bawah ini.

- **Engish** menulis Teori imperatif diformulasikan, intinya hukum terdiri atas perintah dan larangan. Norma perintah dan larangan dipandanginya sebagai **norma mandiri**, dan norma lainnya **norma tidak mandiri**, yang baru mempunyai arti dalam kerangka perintah dan larangan itu. Misalnya norma yang memuat definisi, pemberian dispensasi, pemberian izin bukan norma mandiri, karena norma tersebut harus dipertautkan pada perintah atau larangan yang terkait agar memperoleh arti penuh sebagai norma hukum.

- **Ron Jue**, berpendapat lain tentang norma perilaku dan wewenang. Menurut pandangannya, norma perilaku dan norma wewenang merupakan **norma mandiri**, karena “dalam kedua tipe utama norma hukum ini yang tampil kemuka merupakan fungsi pokok tata hukum” yakni regulasi perbuatan manusia berkenaan dengan hubungan antara yang satu terhadap lainnya. Menurut pandangannya yang termasuk norma **tidak mandiri** adalah norma yang memuat definisi. *Kedua*, menurut Teori Hukum juga terdapat suatu perumusan penormaan hukum yang baku yang berlaku bagi prototipe aturan hukum. Prototipe itu menurut **Stromholm**, ada dua pola penormaan baku yakni **norma primer** yang merumuskan perilaku orang tertentu yang berisi perintah dan **norma sekunder** yang merumuskan akibat hukum berupa sanksi. Prototipe aturan hukum, yang didalamnya mengandung **norma primer** dan **norma sekunder** yang lazimnya dipertautkan, terdapat baik dalam hukum pidana maupun dalam hukum perdata.

Contoh:

hukum pidana, Pasal 302 ayat (1) *Wetboek van Strafsrecht* (WvS) rumusan normanya: “*Barang siapa yang dengan sengaja menyebabkan luka badan berat karena kesalahannya melakukan penganiayaan berat, dihukum dengan hukuman pidana penjara paling lama delapan tahun atau denda kategori kelima*”. **Norma primernya** hal yang menimbulkan luka badan berat” (syaratnya); **norma sekundernya** sanksi pidana (akibat hukumnya).

Hukum perdata, Pasal 1:151 *Burgelijkwetboek* (BW) rumusan normanya: “*Perceraian ditetapkan berdasarkan tuntutan salah satu pihak dari pasangan suami istri, jika dalam perkawinan itu terdapat perkecokan yang tidak dapat didamaikan*”. Perumusanya agak berbeda dengan WvS, karena dalam BW, bagian pertama memuat akibat hukumnya (**norma sekunder**) yakni “*perceraian*”, dan bagian kedua memuat syaratnya yakni “*perkecokan yang tidak dapat didamaikan*” (*duurzam is onwricht*).⁴⁴

⁴⁴ *Ibid.*, hal.113.

Norma perilaku, biasanya perkataan yang diformulasikan:

- **perintah** digunakan dengan bantuan kata kerja “mengharuskan” (*moeten*), atau dengan ungkapan seperti “mengharuskan” (*gehouden zijn tot*), atau “berkewajiban untuk” (*verplicht zijn tot*).

Contoh:

“Pemberi kerja berkewajiban membayar upah kepada pekerja pada waktu yang ditentukan” (Pasal 1638 BW).

- **larangan**, digunakan fomulasi “tidak boleh” atau “dilarang”.

Contoh:

“Orang dibawah umur tidak boleh melangsungkan perkawinan tanpa persetujuan dari orang tua yang mempunyai hubungan hukum kekeluargaan dengannya” (Pasal 1: 35 ayat: 1 NBW).

- **Izin**, digunakan perkataan atau ungkapan: “boleh” (*mogen*), “mempunyai hak untuk” (*het recht hebben om*), dapat (*kunnen*), “berwenang untuk” (*bevoeg zijn tot*).

Contoh:

“Setiap orang berhak untuk mengajukan permohonan tertulis kepada pejabat yang berwenang” (Pasal 5 Grondwet Belanda).

“Pada waktu yang sama seorang laki-laki hanya dapat dengan seorang wanita, dan seorang wanita hanya dapat dengan seorang laki-laki terikat dalam perkawinan”. (Pasal 1: 33 NBW).

“Setiap orang di Nederland adalah bebas dan berwenang menikmati hak-hak keperdataan” (Pasal 1:1 BW).

- **dispensasi**, biasanya dipergunakan untuk penolakan sebuah perintah, formulasinya, “tidak berkewajiban untuk” (*niet verplicht zijn om*) dan “tidak terikat dengan” (*niet gehouden zijn om*).

Contohnya:

“Tersangka tidak berkewajiban untuk menjawab” (Pasal 29 ayat 1 Wetboek van Strafvordering = KUHAP Nederland).

*“Pengibah dalam hal terjadi gugatan tidak wajib memberi pembebasan” (*vrijwaring*); Pasal 1711 BW.*

Kajian dari Teori Hukum lainnya yang dicermati "**Asas Hukum**" dan "**Sistem Hukum**". **Bagian pertama**, mengenai "Asas Hukum dan Norma Perilaku" penulis memahami "asas hukum" diposisikan sebagai "meta-norma", posisi atau kedudukan sebagai meta-norma karena asas hukum secara substantif mengandung norma penilaian yang bersifat fundamental dalam suatu sistem hukum. Dalam memperkuat pandangannya, dirujuk beberapa pengertian asas hukum menurut pendapat beberapa teoritis hukum, sebagai berikut:

- a. **Paul Scholten** mendefinisikan, asas hukum adalah "pikiran-pikiran dasar yang terdapat di dalam dan dibelakang sistem hukum, masing-masing dirumuskan dalam aturan-aturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim, yang berkenaan dengannya ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya". (*Rechtsbeginselen*, 1935 dalam *Verzamelde Geschriften*, jilid, 1, 1949: 402).
- b. **Karl Larens**, mendefinisikan, asas hukum adalah "gagasan yang membimbing pembentukan aturan hukum, yang dirinya sendiri bukan merupakan aturan hukum yang dapat diterapkan, tetapi yang dapat dijadikan dasar untuk menafsirkan aturan hukum. (*Richtiges Recht; Grundzuge einer Rechtstechnik*, 1979: 208).
- c. **Ron Jue**, membatasi pengertian asas hukum sebagai "nilai-nilai yang melandasi norma-norma hukum. Asas hukum itu menjelaskan dan melegitimasi norma hukum; diatasnya bertumpu muatan ideologis dari tatanan hukum". (*Rechtsregeln Und Rechtsprinzipien*, 1985: 19-21).

Dari konsep para teoritis hukum itu, Bruggink berpendirian bahwa asas hukum itu sebagai meta-norma, asas hukum juga dapat memenuhi fungsi yang sama seperti norma perilaku. Sebab meta-norma itu memuat ukuran atau kriteria penilaian (sah atau tidak sah, dan adil atau tidak adil). Fungsi asas hukum adalah merealisasikan ukuran nilai itu sebanyak mungkin dalam norma-norma pada hukum positif dan penerapannya. Pakar hukum Indonesia, antara lain, **O. Notohamidjojo** memandang

“*asas hukum*” adalah garis dasar dari hukum positif, sebagai peraturan hukum umum. Asas hukum untuk menganjurkan apa yang seharusnya menurut hukum”. Dikemukakan ada empat fungsi asas hukum, yaitu:

- i. asas hukum pedoman bagi pembentuk undang-undang;
- ii. hakim seharusnya dan sepatutnya bekerja dengan asas-asas hukum apabila melakukan interpretasi.
- iii. hakim perlu mempergunakan asas hukum apabila ia perlu mengadakan analogi.
- iv. hakim dapat melakukan koreksi terhadap peraturan perundang-undangan, apabila peraturan perundang-undangan itu terancam kehilangan maknanya.⁴⁵

Satjipto Rahardjo berpendapat, **asas hukum** berfungsi sebagai “*ratio legis*”, karena asas hukum itu merupakan dasar lahirnya peraturan hukum, bahkan ia juga menegaskan asas hukum merupakan “nutrisi” (gizi)nya undang-undang.⁴⁶

Perlu diketahui perbedaan antara asas hukum dan norma hukum:

- (i) Asas hukum bersifat abstrak sedangkan norma hukum bersifat lebih kongkret. Karena itu asas hukum wilayah keberlakuannya lebih luas daripada norma hukum.
- (ii) Asas hukum tidak dapat diterapkan secara langsung, sedangkan norma hukum yang isinya kongkret dapat diterapkan secara langsung dalam satu kasus.
- (iii) Asas hukum tidak pernah kehilangan daya keberlakuannya, sedangkan hukum positif atau norma hukum dapat kehilangan kekuatan hukumnya, jika konflik dengan peraturan hukum yang lebih tinggi. (Ingat asas “*lex superioritit derogaat legi imprioritit*”).
- (iv) Asas hukum tidak memiliki sifat “semua” atau “tidak” (*alles of niet karakter*), sedangkan norma hukum sifat semua atau tidak sama sekali”. Artinya beberapa asas hukum dapat diterapkan secara bersama-sama, sedangkan norma hukum

⁴⁵ O. Notohamidjojo, *Demi Keadilan Dan Kemanusiaan Beberapa Bab Dari Filsafat Hukum*, BPK Gunung Mulia, Kwitang, Jakarta Pusat, hal. 52.

⁴⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Alumni Bandung, 1986, hal. 85.

dari aturan hukum positif menutup kemungkinan bagi suatu aturan hukum positif lain yang dapat diterapkan terhadap kasus itu.

- (v) Perbedaan asas hukum dan norma hukum terletak pada inferensial. Dalam perbedaan ini, bahwa asas-asas hukum memiliki sifat atau karakter yang lebih umum ketimbang rata-rata norma perilaku.⁴⁷

Bagian Kedua, kajian mengenai “asas hukum dan sistem hukum menunjukkan saling keterkaitan keseluruhan aturan-aturan dan keputusan-keputusan hukum yang tertata dalam suatu ikhtisar. Dengan merujuk teori dari **Kees Schuit** (*Rechts en Samenleving*, 1983: 11-18) bahwa ikhtisar sistem hukum itu terdiri atas tiga unsur yang saling terkait dengan identitas yang memiliki bata-batas relatif jelas. Ketiga unsur yang mewujudkan sistem hukum itu adalah:

- i. *unsur idiil*. Unsur ini terbentuk oleh sistem makna dari hukum, yang terdiri atas aturan-aturan hukum, norma-norma, asas-asas. Unsur inilah oleh para yuris yang disebut “sistem hukum”. Bagi para sosiolog hukum, masih ada unsur lainnya:
- ii. *unsur operasinal*. Unsur ini terdiri atas keseluruhan organisasi-organisasi dan lembaga-lembaga yang didirikan dalam satu sistem. Yang termasuk kedalamnya para pengemban jabatan berfungsi dalam kerangka suatu organisasi atau lembaga.
- iii. *unsur operasional*. Unsur ini berupa keseluruhan putusan-putusan dan perbuatan konkret yang berkaitan dengan makna sistem hukum, baik dari para pengemban jabatan maupun dari para warga masyarakat, yang didalamnya terdapat sistem hukum itu. Inilah yang dinamakan unsur budaya hukum.⁴⁸

Inti kajian “Asas Hukum dan Sistem Hukum” itu menganalisis fungsi asas hukum dalam sistem hukum positif, dan menurut **Bruggink** asas hukum itu memiliki fungsi ganda

⁴⁷ J.J.H. Bruggink, *op.cit.* hal.135.

⁴⁸ Bruggink, *op. cit.*, 140., Bandingkan dengan L. M. Friedman, *Legal System: Perspective Social Science*, tiga unsur sistem hukum yaitu; *legal substance*, *legal structure*, dan *legal culture*.

yaitu (i) asas hukum berfungsi sebagai “fondasi” dari sistem hukum positif dan (ii) asas hukum juga berfungsi sebagai “batu uji kritis” terhadap sistem hukum positif. Dalam kaitan itu dari perbedaan antara asas hukum dan norma di lihat sifat infrensialnya, yakni asas hukum memiliki sifat yang lebih umum daripada rata-rata norma perilaku, **Paul Scholten** membuat kategori asas-asas hukum menurut derajat keumuman dari asas-asas hukum itu. Paul scholten menyebutkan ada lima asas-asas hukum dengan kategori berderajat asas-asas hukum universal terdiri atas dua pasang asas yang saling berhadapan, yaitu: “asas kepribadian” berhadapan dengan “asas persekutuan” (masyarakat); “asas persamaan” berhadapan dengan “asas kewibawaan”; dipelihara keseimbangan asas pemisahan antara baik dan buruk, merupakan asas universal yang kelima. Di negeri Belanda asas-asas hukum universal ini diformulasikan sebagai berikut: “asas kebebasan (kepribadian) berhadapan dengan cinta kasih (masyarakat), asas keadilan (persamaan) berhadapan dengan kepatuhan (kewibawan), dan dengan asas pemisahan antara baik dan buruk”. Asas-asas umum itu dalam kaitannya dengan sistem hukum diisi dengan asas kebebasan (yang diidealkan oleh asas kepribadian), yang berhadapan dengan cinta kasih (diidealkan oleh asas kemasyarakatan); asas keadilan (yang diidealkan oleh asas kesamaan) dan berhadapan dengan kepatuhan (diidealkan oleh kewibawaan).

Berbeda dengan **Paul Scholten**, penulis-penulis lain berpendapat orang sebaiknya jangan membuat penggolongan asas-asas hukum begitu banyak, tetapi sederhana saja. **Meuwissen** misalnya dalam bukunya “*Rechtsbeginsellen en natuurrechts*” (Ars Aequi, 1991:40), membuat kategori atau penggolongan asas hukum secara sederhana. Ia membedakan antara asas hukum materiil dan asas hukum formal. Asas-asas materiil adalah sebagai berikut:

- i. asas respek terhadap kepribadian manusia, turunannya:
- ii. asas respek terhadap aspek-aspek kerohanian dan pejasmanian dari keberadaan sebagai pribadi, yang dipikirkan dalam hubungannya dengan pribadi-pribadi lain memunculkan;

- iii. asas kepercayaan (*verstrouwensbeginsel*), yang menuntut timbal balik dan memunculkan:
- iv. asas pertanggungjawaban. Dua asas terakhir (3, 4) menentukan struktur masyarakat dan memunculkan:
- v. asas keadilan.

Tiga asas hukum formal:

- i. asas konsistensi logikal,
- ii. asas kepastian, dan
- iii. asas persamaan.

(2) Dua Aliran Teori Hukum

Menurut **Bruggink**, perbedaan dua aliran Teori Hukum didasarkan atas dua aliran sosiologi hukum yakni sosiologi hukum empirik atau kuantitatif dan sosiologi hukum kontemplatif. Sosiologi empirik penelitiannya ditekankan pada efektivitas hukum baik efektivitas peraturan perundang-undangan maupun efektivitas putusan-putusan pengadilan (Yurisprudensi). Sosiologi hukum kontemplatif yang berkarakter normatif-evaluatif. Teori Hukum memang tidak memiliki kepentingan pratikal secara langsung, tetapi, karena teori itu memberi pemahaman umum tentang karakter hukum dalam berbagai kegiatan yuridik tertentu, maka dengan demikian Teori Hukum tentu juga memainkan peranan peningkatan kualitas praktik hukum.⁴⁹ Jadi, dua aliran yang muncul dalam sosiologi hukum yaitu “sosiologi empirik” yang perspektifnya empirik-informatif dan “sosiologi kontemplatif” yang perspektifnya normatif-evaluatif, dan nuansa filosofis tersebut menurut **Bruggink** ditemukan kembali dalam Teori Hukum arti luas yang dinamakannya Teori Hukum arti sempit”. **Bruggink** secara skematik melukiskan dua aliran Teori Hukum” mencakup: (1) Teori Hukum Empirik dan (2) Teori Hukum kontemplatif dalam bentuk ikhtisar yang dinamakan Teori Hukum (arti sempit), sebagai berikut:

⁴⁹ B. Arief Sidharta, *Struktur Tentang Ilmu Hukum*, 1999, hal. 175.

TEORI HUKUM ARTI SEMPIT

	TEORI HUKUM	
	EMPIRIK	KONTEMPLATIF
Objek	1. Gejala umum dalam hukum positif. 2. Kegiatan yuridik: <ul style="list-style-type: none">- Dogmatika hukum.- Pembentukan hukum.- Penemuan hukum.	
Tujuan	Teoritikal	
Perspektif	Eksternal	Internal
Teori Kebenaran	Sering: Teori korespondensi.	Teori pragmatik.
Proposisi	Hanya informatif atau empirik.	Juga normatif dan evaluatif.

Sumber: diolah dari B. Arief Sidartha, 1999: 176

Senada dengan itu karena pengaruh Filsafat Ilmu, berkaitan dengan relasi inti peneliti (subyek) dengan obyek yang diteliti, jenis pengetahuan, teori kebenaran ilmiah, **Bruggink** membedakan dua pandangan karena pengaruh filsafat ilmu atau keilmuan Teori Hukum (arti luas) yakni: “pandangan positivistik” dan “pandangan normatif. Perbedaan kedua pandangan keilmuan Teori Hukum dibuat dalam bagan sebagai berikut:

Skema Teori Hukum Arti Luas Pengaruh Filsafat Ilmu

No	Pandangan Keilmuan Pembeda	Positivistik	Normatif
1	Relasi inti	Subjek-objek	Subjek-subjek
2	Jenis pengetahuan	Objektif	Inter-subjektif
3	Sikap ilmuwan	Pengamat	Partisipan
4	Perspektif	Eksternal	Internal
5	Teori kebenaran	Korespondensi	Pragmatik
6	Metode	Hanya pengamatan indrawi/empiris	Normatif juga metode lain
7	Hubungan hukum-moral	Pemisahan antara hukum dan moral	Hukum dan moral tidak di pisahkan
8	Ilmu	Sosiologi hukum empirik dan teori hukum empirik arti sempit (yang lain termasuk keahlian hukum)	Tiap teori hukum dalam arti luas dapat menjadi ilmu

Sumber diolah dari B. Arief Sidartha (1999:189)

Dalam bagan di atas terlihat adanya pengaruh Filsafat Ilmu dalam Ilmu Hukum yang digolongkan atau termasuk ke dalam klasifikasi Ilmu Kemanusiaan (*Geisteswissenschaften*) telah menerapkan metode pengamatan inderawi. Dengan demikian dapat dicermati bahwa "Teori Hukum" sebagai disiplin atau ilmu hukum diakui memiliki dua derajat keilmuan (ilmiah) yakni yang bertolak dari pandangan normatif yakni pengembangan "Teori Hukum Normatif" yang berpegang teguh pada keterjalinan antara hukum dan moral. Juga pendekatan inderawi, ilmuwan hukum pengembangan "Teori Hukum Empiris". Akar keilmuannya "sosologi kontemplatif". Di pihak lain ilmuwan yang bertolak dari sudut pandang positivis-empiris yang hanya menggunakan metode pengamatan inderawi, yang memisahkan antara hukum dan moral, serta memandang moral non-kognitif (bukan pengetahuan). Akar keilmuannya bertumpu pada "sosiologi empiris".

Landasan Keilmuan Hukum dan Perkembangan Substansi Teori Hukum

3

A. Landasan Keilmuan dan Pengembangan Ilmu Hukum

Ilmu pengetahuan (ilmu) tumbuh dan berkembang tidak bisa dilepaskan dari filsafat ilmu, karena pengembangan ilmu berkaitan dengan esensi ilmu, proses pencapaian ilmu, dan manfaat/kegunaannya baik bagi ilmu itu sendiri maupun bagi kemanusiaan. Ilmu merupakan obyek material filsafat ilmu, sedangkan hakekat ilmu merupakan obyek formal filsafat ilmu.

Perhatian khusus untuk merefleksi secara mendasar terhadap ilmu dan dampak kemasyarakatannya telah menjadikan filsafat ilmu sebagai disiplin kefilosofatan mandiri dengan tokoh-tokoh dan aliran-alirannya. Tiap-tiap aliran melahirkan ajaran ilmu (*wetenschapleer*), yakni teori yang memuat rumusan tentang persyaratan yang harus dipenuhi sebuah teori atau kegiatan intelektual untuk dapat dikualifikasikan sebagai ilmu atau bersifat ilmiah. (J.J.H. Bruggink, 1999: 184-185) Beberapa diantara banyak aliran dalam merefleksikan ilmu adalah: (1) positivisme logikal, (2) rasionalisme, (3) rasionalisme kritis, (4) metode keilmuan, (5) teori perubahan paradigma, dan (6) hermeneutik. Bahwa sesuatu dikatakan ilmu atau bukan ilmu bergantung pada sudut pandang aliran-aliran ini. Tidak terkecuali mengenai ilmu hukum. Ada atau tidak adanya ilmu hukum dengan kata lain diakui atau tidaknya

keilmuan hukum tergantung pada sudut pandang aliran ini. Empat aliran yang sangat relevan untuk merefleksikan ilmu hukum adalah: (1) positivisme logikal, (2) rasionalisme kritis, (3) teori perubahan paradigma, dan (4) hermeneutik (Bernard Arief Sidharta, 2000: 84).

Berdasarkan karakteristiknya yang khas, menurut aliran positivisme logikal, bahwa: (1) sosiologi hukum kontemplatif, (2) dogmatika hukum atau ilmu hukum dalam arti sempit, (3) teori hukum kontemplatif dalam arti sempit, dan (4) filsafat hukum bukan merupakan ilmu hukum, (J.J.H. Bruggiuk, 1999: 185) meskipun demikian berdasarkan aliran-aliran lainnya keilmuan hukum tidak diragukan lagi.

Perdebatan mengenai posisi keilmuan dari ilmu hukum telah terjadi sejak lama, yakni pada abad 19, muncul pandangan yang meragukan keilmuan hukum antara lain J.H. von Kirchmann pada tahun 1948 dalam pidato yang berjudul *Die wertlosigkeit de Jurisprudens als wissenschaft* (ketakberhargaan ilmu hukum sebagai ilmu) menyatakan bahwa ilmu hukum adalah bukan ilmu. Hukum tidak dapat menjadi objek ilmu, sebab hukum bukanlah hal atau peristiwa nyata. Pada abad 20 juga muncul pandangan yang menolak keilmiahan dari ilmu hukum oleh A.V. Lundstedt dalam karyanya yang berjudul *Die Inwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* (ketakilmiahan Ilmu Hukum) tahun 1932 dengan metodenya, A.V. Lundstedt dengan tegas menolak keilmiahan dari ilmu hukum (Paul Scholten, 2003: V-VI).

Atas pandangannya yang minor terhadap ilmu hukum tersebut, Paul Scholten melalui karyanya *De structure der Rechtswetenschap* tahun 1942 mencoba menjernihkan tentang status ilmu hukum sebagai ilmu yang sesungguhnya. Di mana secara ringkas, jernih, dan jelas memaparkan pandangannya tentang hukum, keadilan dan ilmu hukum (Paul Scholten, 2003: V-VI).

Pandangan yang mengatakan ilmu hukum itu ilmu atau ilmu hukum itu ada, juga didukung oleh Bellefroid, Zevenbergen, Hari Chard, dan di Indonesia didukung oleh B. Arief Sidharta dan Peter Mahmud Marzuki. Menurut Abdul Rachman Budiono, (Abdul Rachman Budiono, 2008: 1) bahwa setelah abad 19 pendapat-

pendapat itu semakin mengerucut ke arah satu pendapat bahwa ilmu hukum adalah sesuatu yang ada. Ada pengakuan mengenai keberadaan atau eksistensi ilmu hukum.

Kenyataan di atas menunjukkan bahwa perkembangan keilmuan hukum tidak dapat dilepaskan dari filsafat ilmu. Apabila hukum ingin berkembang seperti ilmu-ilmu lainnya, maka ia harus menjadikan filsafat ilmu sebagai dasar dan arah. Menjadikan filsafat ilmu sebagai dasar dan arah berarti perkembangan ilmu hukum harus mengikuti langkah-langkah dan tahap-tahap yang telah dikembangkan oleh filsafat ilmu (Abdul Rachman Budiono, 2008: 2).

Dari uraian di atas nampak jelas bahwa masih perlu ada pemahaman dan penjelasan yang lebih mendalam tentang kriteria keilmuan dari ilmu hukum, demikian juga mengenai kejelasan filsafat hukum sebagai landasan dasar dan arah pengembangan ilmu hukum, agar di satu sisi dapat bermanfaat/berguna bagi ilmu hukum itu sendiri, dan di sisi lain bermanfaat dan berguna bagi kemanusiaan.

1. Landasan Ilmu dan Keilmuan Hukum

a. Landasan Ilmu

Untuk membedakan dengan entitas lainnya, maka ilmu sebagai bagian dari pengetahuan niscaya memiliki ciri-ciri khas. Ciri khas atau karakteristik pengetahuan keilmuan ini mencerminkan apakah pengetahuan itu dapat dikategorikan sebagai ilmu atautkah hanya berhenti pada pengetahuan saja. setidaknya ada tiga yang melandasinya, yaitu: (1) ontologi, (2) epistemologi dan (3) aksiologi (Jujun S, Suriasmumantri, 1991: 1).

Berbicara tiga aspek landasan ilmu adalah merupakan aspek kajian ilmu berdasarkan filsafat ilmu. Filsafat ilmu yang dalam bahasa Inggris disebut *philosophy of science*, bahasa Jerman: *wissenschaftlehree* dan bahasa Belanda: *wetenschaptleer*, secara ringkas diartikan sebagai penyelidikan tentang ciri-ciri pengetahuan ilmiah dan cara-cara untuk memperolehnya (beerling, Kwee, Mooj, Van Peursen, 1990: 1). Ini berarti filsafat ilmu merupakan suatu penyelidikan lanjutan. Sementara itu untuk

memperoleh pengertian filsafat ilmu dapat diawali dengan memahami pengertian filsafat. Jika filsafat dipahami sebagai suatu cara berpikir yang radikal dan menyeluruh, suatu cara berpikir yang mengupas sesuatu sedalam-dalamnya, maka filsafat itu adalah suatu cara berpikir yang mengupas ilmu (sebagai objek) sedalam-dalamnya.

Berikut ini uraian tiga landasan keilmuan. Landasan ontologis, membahas apa yang ingin diketahui, atau dengan kata lain ontologis merupakan pengkajian mengenai teori tentang ada. Dasar ontologi dari ilmu berhubungan dengan materi yang menjadi objek penelaah ilmu. Berdasarkan obyek yang ditelaahnya, ilmu dapat disebut sebagai pengetahuan empiris karena objeknya adalah sesuatu yang berada dalam jangkauan pengalaman manusia yang mencakup seluruh aspek kehidupan yang dapat diuji oleh panca indera manusia (Anis Ibrahim, 2007: 6). Berlainan dengan agama atau bentuk-bentuk pengetahuan yang lain, ilmu membatasi diri hanya pada kejadian-kejadian yang bersifat empiris, dan karenanya selalu terhadap dunia empiris.

Landasan epistemologis, membahas secara mendalam segenap proses yang terlibat dalam usaha manusia untuk memperoleh pengetahuan. Dengan kata lain, epistemologi adalah suatu teori pengetahuan. Ilmu merupakan pengetahuan yang diperoleh melalui proses tertentu yang dinamakan metode keilmuan. Kegiatan dalam mencari pengetahuan tentang apapun selama hal itu terbatas pada obyek empiris, dan pengetahuan tersebut diperoleh dengan mempergunakan metode keilmuan sah, disebut keilmuan. Kata-kata sifat keilmuan lebih mencerminkan hakekat ilmu dari pada istilah ilmu sebagai kata benda. Hakekat keilmuan ditentukan oleh cara berpikir yang dilakukan menurut syarat keilmuan, yaitu bersifat terbuka dan menjunjung kebenaran di atas segala-galanya. Oleh karena itu ilmu barangkali boleh salah, tetapi yang tidak boleh (haram) adalah bohong (menutupi), menghilangkan kebenaran dalam ilmu (Anis Ibrahim, 2007: 7).

Berikut ini akan dipaparkan secara ringkas mengenai metode-metode epistemologis. Satu di antaranya, yaitu teori perubahan paradigma akan diuraikan lebih lanjut saat membahas keilmuan hukum.

b. Rasionalisme

Pokok ajaran rasionalisme adalah bahwa hanya rasio saja yang dapat membawa orang pada kebenaran. Hanya rasio yang dapat memberikan pimpinan dalam segala jalan yang menyatakan bahwa yang benar itu hanya tindakan budi (rasio) yang terang benerang, yang disebutkan: *idees claires et distines*, (Poedjowijatua, 1990: 100).

c. Empirisme

Sebagai reaksi dari teori rasionalisme lahirah teori empirisme yang dipelopori oleh Thomas Hobbes. Pokok ajaran empirisme adalah memberikan tekanan pada empiris atau pengalaman sebagai sumber pengenalan. Dengan kata lain, orang hanya dapat menemukan pengetahuan secara pasti lewat pengalaman (Poedjowijatua, 1990: 8).

d. Rasionalisme Kritis

Teori rasionalisme kritis yang lazim juga disebut kritisme, berusaha menjelaskan sebanyak mungkin masalah dengan bersandar pada akal, yaitu pikiran jernih dan pengalaman. Ia merupakan sikap bersedia mendengarkan penalaran kritis dan belajar dari pengalaman. Inilah pokok ajaran Karl R. Paper dalam menjembatani pertentangan antara teori rasionalisme dan empirisme, pengikut teori ini adalah Immanuel Kant (Poedjowijatua, 1990: 8).

e. Positivisme

Positivisme membatasi filsafat dan ilmu pengetahuan pada bidang gejala-gejala saja. Menurut teori positivisme, berangkat dari apa yang sudah diketahui, yang faktual, yang positif. Semua uraian yang berada di luar sesuatu yang ada sebagai fakta atau kenyataan dikesampingkan. Oleh karena itu metafisika ditolak. Tokoh utama positivisme adalah Aguste Comte (Poedjowijatua, 1990: 9) Ada persamaan teori ini dengan empirisme yaitu sama-sama mengutamakan pengalaman. Sedangkan perbedaannya, bahwa positivisme hanya membatasi diri pada pengalaman yang obyektif. Sedangkan empirisme menerima juga pengalaman-pengalaman subyektif (batiniah).

f. Fenomenologi

Yaitu suatu aliran yang memberikan fenomena atau gejala sesuatu yang memaparkan diri. Filsafat fenomenologi dipelopori oleh Edmund Husserl. Aliran ini menekankan, harus menerobos segala gejala/fenomena yang menampakkan diri dan menuju pada “barangnya sendiri”. Yang harus dicari adalah “hakekat segala sesuatu atau mencari yang esensial atau (essensi) dari apa yang disebut fenomena (Mohamad Muslih, 2008:146). Metode yang digunakan untuk mencari yang esensial adalah dengan membiarkan fenomena itu berbicara sendiri tanpa dibarengi dengan prasangka. Jadi peranan subyek dalam kegiatan pengetahuan dikesampingkan.

g. Hermeneutik

Seperti dalam fenomenologi, dalam hermeneutik, peranan subyek yang menafsirkan sangat jelas. Dunia kehidupan sosial bukan hanya dunia yang hanya dihayati individu-individu dalam masyarakat, melainkan juga merupakan obyek penafsiran yang muncul karena penghayatan. Dengan demikian hermeneutika merupakan penafsiran atas dunia-kehidupan sosial. Konsep penafsiran dan pemahaman ini sekali lagi merupakan usaha untuk mengatasi obyektivisme dari positivisme yang secara berat sebelah melenyapkan peranan subyek dalam membentuk kenyataan sosial. Jelasnya, hermeneutik yang berarti penafsiran, adalah menunjukkan peranan subyek dalam kegiatan pengetahuan. Tokoh populer pendukung teori ini adalah Schleiermacher dan Wilhelm Dilthey (Mohammad Muslih, 2008: 154-155).

2. Landasan Aksiologis

Aksiologi atau teori tentang nilai adalah pembahasan tentang nilai kegunaan pengetahuan ilmiah. Ia meliputi nilai-nilai (*values*) yang bersifat normatif dalam pemberian makna terhadap kebenaran atau kenyataan. Tegasnya adalah manfaat ilmu bagi kehidupan manusia. Francis Bacon, seorang filsuf yang amat terkenal mengatakan bahwa pengetahuan adalah kekuasaan (Abdul Rachman Budiono, 2008: 10). Kekuasaan ilmu yang demikian hebat mengharuskan seorang ilmuwan mempunyai

landasan moral yang kuat. Tanpa landasan moral yang kuat, seorang ilmuwan akan merupakan drakula yang menciptakan keresahan bagi kehidupan. Jadi, ilmu merupakan sarana untuk membantu manusia dalam mencapai tujuan hidupnya. Untuk itu tanggung jawab ilmuwan harus “dipupuk” dan berada pada tempat yang tepat, tanggung jawab akademis, dan tanggung jawab moral (Amsal Baktiar, 2007: 162-163).

3. Keilmuan Hukum

Polemik yang berkepanjangan di antara para ahli tentang apakah ilmu hukum itu ada atau adakah ilmu yang disebut ilmu hukum belum dapat diakhiri secara tuntas. Hasilnya tetap dua pendapat. Pendapat pertama menegaskan, bahwa ilmu hukum sungguh-sungguh ada, sedangkan pendapat kedua menegaskan bahwa ilmu yang disebut ilmu hukum itu sesungguhnya tidak ada.

Berikut ini akan dijelaskan landasan keilmuan hukum yang dikaji dari pendekatan yang berdasarkan filsafat ilmu, sebagaimana aliran-aliran filsafat ilmu yang memberi landasan keilmuan sesuatu ilmu yang telah diuraikan di muka yang meliputi: 1) aspek ontologis, 2) aspek epistemologis, dan 3) aspek aksiologis. Pada aspek epistemologis berkembang beberapa aliran, yaitu: (1) rasionalisme, (2) empirisme, (3) rasionalisme kritis, (4) positivism, (5) fenomenologi, (6) Hermeneutik, dan (7) perubahan paradigma.

Dari aliran filsafat ilmu tersebut di atas, yang relevan dengan pembahasan keilmuan hukum adalah: (1) positivism, (2) rasionalisme kritis, (3) hermeneutik, dan (4) teori perubahan paradigma. Untuk menjelaskan keilmuan hukum dari empat aliran ini, berikut akan dipaparkan melalui dua pokok bahasan, yaitu pandangan positivisme dan normatif, dan teori paradigma: Thomas Khun. Sebagai bahasan pelengkap yang cukup dan memberi kriteria keilmuan hukum adalah kriteria ilmu Aechie J. Bahm.

a. Pandangan Positivisme dan Normatif

Pendapat yang menegaskan bahwa ilmu hukum adalah ilmu, dilandasi pemikiran bahwa di samping sisi normatif, hukum juga memiliki empiris. Sementara itu pendapat yang mengatakan ilmu hukum itu tidak ada dilandasi pemikiran bahwa hukum hanya

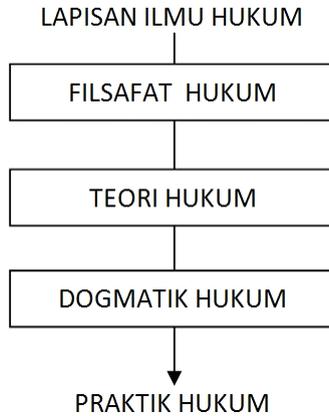
punya sistem nilai tentang sesuatu yang seharusnya atau tidak memiliki sisi empiris yang empiris itu bukan hukum (Abdul Rachman Budiono, 2008: 11).

Setelah para ahli merefleksikan ilmu hukum, muncul pendapat yang lebih moderat seperti J.J.H. Bruggink dalam bukunya "*Rechtsreflecties*" dan Bernard Arief Sidharta dalam buku "Refleksi tentang struktur ilmu hukum, yang diangkat dari disertasi.

J.J.H. Bruggink mengatakan bahwa terhadap pertanyaan apakah ilmu hukum itu ilmu, memberikan analisis sebagai berikut (J.J.H. Bruggink, 1999: 184-185). Ada dua jawaban yang saling berlawanan, yang dua-duanya timbul dari titik-titik berdiri (*standpoint*) dalam ajaran ilmu yang umum. Dua jawaban yang berlawanan itu berangkat dari dua pandangan, yaitu pandangan (1) positivistik, dan (2) normatif.

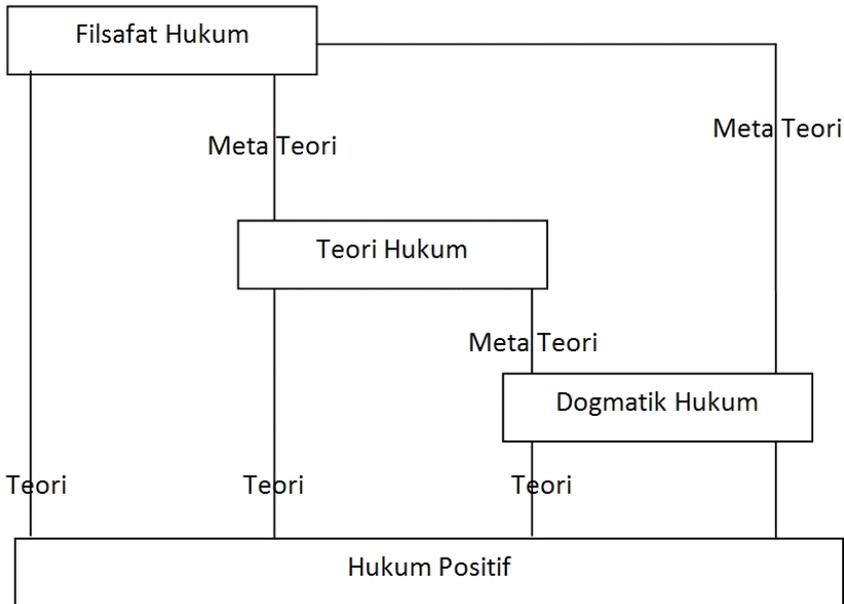
Menurut pandangan positivistik hanya sosiologi hukum empirik dan teori hukum empirik dalam arti sempit yang dapat disebut sebagai ilmu berdasarkan kriteria ilmu yang ditentukan kaum positivistik. Dalam hal ini ilmu dikatakan hanya diperoleh dari pengalaman yang obyektif, karena itu harus dapat diverifikasi secara empiris. Oleh karena itu kegiatan sosiologi hukum kontemplatif, dogmatika hukum (ilmu hukum dalam arti sempit) teori hukum kontemplatif dalam arti sempit, dan filsafat hukum harus dipandang sebagai bukan ilmu, melainkan hanya sebagai *Rechtsgeleerdheit* atau keahlian hukum terdidik atau kemahiran hukum terdidik. Pandangan positivism tersebut akan nampak jelas dengan bagan tentang lapisan ilmu hukum berikut (Philipus M. Hadjon, 1996: 6).

Ilmu hukum atau *rechtswetenschap* dalam arti luas meliputi filsafat hukum, teori hukum (dalam arti sempit), dan dogmatik hukum. Sementara itu teori hukum atau *rechtstheorie* juga mengandung arti sempit dan luas. Dalam arti sempit teori hukum adalah lapisan ilmu hukum yang berada di antara dogmatik hukum dan filsafat hukum. Ia merupakan ekplanasi hukum atau *een verklarende wetenschap van het recht*. Teori hukum dalam arti luas sama dengan ilmu hukum dalam arti luas (Philipus M. Hadjon, 1996: 7).



Filsafat hukum, teori hukum, dan dogmatik hukum menunjukkan praktik hukum. Praktik hukum menyangkut dua objek utama, yaitu pembentukan hukum dan penerapan hukum. beberapa permasalahan penerapan hukum antara lain interpensi atau penafsiran hukum, kekosongan hukum, antinomi dan norma yang kabur. Hubungan antara filsafat hukum, teori hukum dan dogmatik hukum dapat digambarkan dalam skema berikut ini (J.J.H.Bruggink, 1999: 172).

Setiap lapisan ilmu hukum memiliki karakter khusus mengenai: konsep, eksplanasi dan sifat atau hakekat keilmuannya. Kaum positivistik berpendapat bahwa kebenaran adalah kesamaan antara teori dan kenyataan. Oleh karena itu, menurut aliran ini, teori yang berhasil berkorespondensi dengan dunia kenyataan akan menghasilkan pengetahuan yang obyektif. Ilmuan bekerja dari perspektif eksternal. Ia mendekati dunia kenyataan sebagai seorang pengamat. Pandangan positivistik memberi nilai tinggi pada panca indera manusia, karena panca indera akan bekerja secara obyektif.



Karena pandangannya yang demikian itu, mengenai keilmuan ilmu hukum, maka kaum positivistik hanya sosiologi hukum empirik dan teori hukum empirik dalam arti sempit saja yang dapat dikatakan sebagai ilmu seperti yang telah diuraikan di muka (Abdul Rachman Budiono, 2008: 13).

Pandangan normatif berbeda dengan pandangan positivistik. Pandangan normatif menganut teori itu berfungsi secara memuaskan. Hubungan yang inti bukan terletak antara subyek dengan obyek, melainkan subyek dengan subyek. Teori yang berhasil memperoleh persetujuan yang cukup (dari komunitas ilmiah) menghasilkan pengetahuan intersubyektif. Ilmuwan bekerja dari sudut pandang internal. Ia mendekati gejala-gejala yang hendak dipelajarinya sebagai seorang partisipan (ikut serta) yang langsung terkait pada gejala yang dipelajarinya.

Dengan demikian, menurut pandangan normatif, tiap teori hukum (dalam arti luas) dapat memenuhi syarat-syarat yang diterapkan bagi ilmu, sehingga tiap cabang teori hukum (dalam arti luas) dapat menyandang gelar “ilmu” (J.J.H. Bruggink, 1999: 187).

Termasuk dalam pandangan normatif adalah aliran-aliran: Rasionalisme kritis fenomenologi dan hermeneutik. Hal ini

disebabkan bahwa teori rasionalisme kritis yang pada dasarnya berusaha untuk memecahkan sebanyak mungkin masalah dengan bersandar pada akal, yaitu pikiran jernih dan pengalaman. Ia merupakan sikap bersedia mendengarkan pikiran kritis dan belajar dari pengalaman. Dengan demikian teori rasionalisme kritis mengandung aspek normatif dan empiris seperti apa yang dimiliki pandangan normatif.

Fenomenologi menekankan pada pengamatan yang menghubungkan kesadaran dengan (benda) obyek di luar. Pengamatan merupakan sesuatu yang kompleks. Kalau kita mengamati suatu benda, akal kita tidak positif, melainkan bersifat aktif. Akal mengatur segala yang nampak. Akal menyusun segala gejala hingga menjadi obyek. Akal dan seluruh proses pengamatan menentukan atau mengonstitusikan arti obyek pengamatannya. Yang dicari di sini adalah hakekat segala sesuatu. Karena itu fenomenologi juga menerima pengalaman yang subyektif di samping yang obyektif. Ini merupakan ciri pandangan normatif, yang menerima ilmu hukum sebagai ilmu yang ada.

Pandangan normatif juga melekat pada teori hermeneutik, terutama dalam penelitian sosial dan penelitian hukum. menurut hermeneutik bahwa ilmuwan membangun teori-teori ilmiahnya sebagai partisipan (*deelnemer*) pada gejala-gejala. Pendekatan eksternal adalah tidak mungkin karena gejala-gejala yang dipelajari tidak dapat dibawa kembali pada fakta-fakta yang harus diuji secara empiris. Pendekatan eksternal sebetulnya merupakan suatu momen dari pendekatan internal. Posisi eksternal itu adalah suatu variasi dari titik berdiri internal (D.H.M Meuwissen, 2007: 56). Dalam kaitan ini, ilmu hukum menginterpretasikan hukum yang berlaku (J.J.H Bruggink, 1999:207). Karena itu inti dari hermeunetik ialah interpretasi.

b. Teori Paradigma Thomas Kuhn

Thomas Khun adalah seorang ahli sejarah dan ilmu sosial yang menulis buku *The Structure of Scientific Revolution* tahun 1962. Ia membedakan adanya dua tahap atau periode dalam setiap ilmu, yaitu (1) tahap pra-paradigmatik, dan (2) tahap ilmu normal (Bernard Arief Sidharta, 2000: 84).

Pada tahap pra-paradigmatik, pengumpulan fakta atau kegiatan penelitian dalam bidang tertentu berlangsung dengan cara yang hampir dapat dikatakan tanpa mengacu pada perencanaan atau kerangka teoritikal yang diterimanya umum, atau menurut istilah David Aldroyd, "*facts are gathered, almost randomly, without reference to any accepted plan or theoretical structure*" (Bernard Arief Sidharta, 2000: 84).

Sementara itu yang dimaksud Thomas Kuhn ilmu normal adalah kegiatan penelitian yang secara teguh berdasarkan satu atau lebih pencapaian ilmiah (*scientific achievement*) di masa lalu, yakni pencapaian-pencapaian oleh komunitas atau masyarakat ilmiah bidang tertentu pada suatu masa dinyatakan sebagai pemberi landasan untuk praktik selanjutnya (Bernard Arief Sidharta, 2000: 89-90).

Menurut Thomas Kuhn, istilah *paradigm* mencakup tujuh hal, tetapi yang akan diuraikan berikut ini adalah tiga hal yang relevan dengan pembahasan keilmuan hukum, yaitu: model yang berdasarkan muncul sejumlah tradisi peneliti ilmiah yang terpadu. Pencapaian (hasil-hasil) ilmiah yang diakui secara universal yang untuk suatu masa tertentu menawarkan model-model, masalah-masalah, dan solusi-solusi kepada praktisi.

Hampir merupakan pandangan dunia yakni cara memandang dunia melalui kaca mata yang disediakan oleh cabang ilmu tertentu (Bernard Arief Sidharta, 2000: 90). Walaupun ilmu normal melakukan kegiatan-kegiatan kolektif berdasar paradigma tertentu, kemungkinan bisa terjadi adanya penyimpangan terhadap paradigma yang diacu yang akhirnya akan terjadi anomali. Adanya anomali ini merupakan prasyarat untuk penemuan baru, yang akhirnya dapat mengakibatkan perubahan paradigma. Sikap ilmuwan terhadap paradigma yang berubah dan sesuai dengan itu sifat penelitian mereka juga berubah. Hal ini memungkinkan berlangsungnya suatu "revolusi ilmiah" (*scientific revolution*) (Bernard Arief Sidharta, 2000: 92).

Ilmu hukum dilihat dari paradigma Thomas Kuhn sangat relevan. Artinya pencapaian pengetahuan hukum menjadi ilmu hukum dapat menggunakan teori perubahan paradigma Thomas

Khun. Artinya dalam pengembangannya ilmu hukum itu disadari atau tidak selalu berkiprah dalam kerangka paradigma tertentu, yang menetapkan batas-batas wilayah kegiatan ilmiahnya serta menentukan keabsahan masalah yang menjadi obyek penelitiannya (Bernard Arief Sidharta, 2000: 217-218).

Di depan telah diuraikan secara panjang lebar tentang landasan keilmuan hukum dari aspek epistemologi, yang dapat meyakinkan kita bahwa ilmu hukum itu ada, terlepas dari keterbatasan pengakuan dari aliran positivistik yang mengedepankan ilmu dari sisi empiris belaka. Padahal ilmu hukum di samping memiliki sisi normatif, juga memiliki sisi empiris.

Landasan keilmuan hukum dari aspek ontologis dapat dikatakan bahwa esensi ilmu hukum adalah mempelajari hukum dalam arti luas jadi obyeknya adalah hukum dalam arti luas. Artinya, hukum tidak hanya dipandang normatif berupa kaidah norma, tetapi hukum itu dibentuk atau diterapkan sehingga berkaitan dengan perilaku manusia yaitu sebagai sisi empiris. Bahwa manusia dapat secara panca indera menangkap hukum sebagai objek kajian ilmu, karena hukum di samping bentuk tertulis, tidak tertulis dapat berwujud peraturan, keputusan, putusan kontrak. Dapat juga dilihat melalui figur dan lembaga hukum yang ada. Figur hukum seperti, perkawinan, jual beli dan lain-lain sedangkan lembaga hukum seperti keluarga, walikota, pengadilan dan lain-lain. Dengan demikian, hukum pada hakikatnya merupakan obyek yang dapat dikaji berdasarkan panca indera manusia.

Dari segi aksiologis, hukum memiliki tujuan untuk menjaga ketertiban masyarakat, keadilan, kepastian hukum, karena itu secara aksiologi, ilmu hukum itu ada karena bukan hanya berguna dan bermanfaat bagi ilmu hukum itu sendiri tetapi juga memiliki manfaat dan kegunaan bagi pengaturan tertib manusia dalam bermasyarakat. Dengan kata lain berguna bagi kehidupan manusia baik sebagai individu maupun dalam kaitan hidup bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

c. Kriteria Ilmu Archie J. Bahm

Menurut Archie J. Bahm dalam Surajiyo, ilmu pengetahuan paling tidak melibatkan enam macam komponen, yaitu: (1) masalah (*problem*), (2) sikap (*attitude*), (3) metode (*method*), (4) aktivitas (*activity*), (5) kesimpulan (*conclusion*) dan pengaruh (*effects*) (Surajiyo, 2008: 57).

Apabila pendapat Bahm ini diikuti, maka keilmuan hukum tidak diragukan lagi sebab keenam komponen pokok dapat dipenuhi oleh hukum (Abdul Rachman Budiono, 2008: 15).

Adapun komponen ilmu-ilmu yang dimaksud adalah (Surajiyo, 2008: 57-58):

- **Masalah (*problem*):** masalah adalah sesuatu untuk dikomunikasikan atau dapat diuji.
- **Sikap (*attitude*):** adanya rasa ingin tahu tentang bagaimana sesuatu itu ada, baik sifatnya, fungsinya dan bagaimana sesuatu dihubungkan dengan sesuatu yang lain. Harus mempunyai hasrat untuk memecahkan masalah bersikap sabar dan bijaksana.
- **Metode (*method*):** yaitu memiliki metode ilmiah dalam pencapaian atau kegiatan ilmiah.
- **Aktivitas (*activity*):** Para ilmuwan yang tergabung dalam suatu ilmu memiliki ruang dan kegiatan penelitian ilmiah.
- **Kesimpulan (*conclusion*):** Kesimpulan yang merupakan pemahaman yang dicapai sebagai hasil pemecahan masalah adalah tujuan dari ilmu, yang diakhiri dengan membenaran sikap, metode, dan aktivitas.
- **Pengaruh (*effect*):** Sebagian dari apa yang dihasilkan melalui ilmu pada gilirannya memberi berbagai pengaruh. Pertimbangannya dibatasi oleh dua penekanan, yaitu (1) pengaruh ilmu terhadap ekologi melalui apa yang disebut *applied science* dan (2) pengaruh ilmu terhadap atau dalam masyarakat serta membudayakannya menjadi berbagai macam nilai.

Dari komponen ilmu tersebut di atas, nampak ilmu hukum memenuhi keenam komponen kriteria ilmu. Hal ini disebabkan bahwa ilmu hukum memiliki masalah atau isu sesuai dinamika

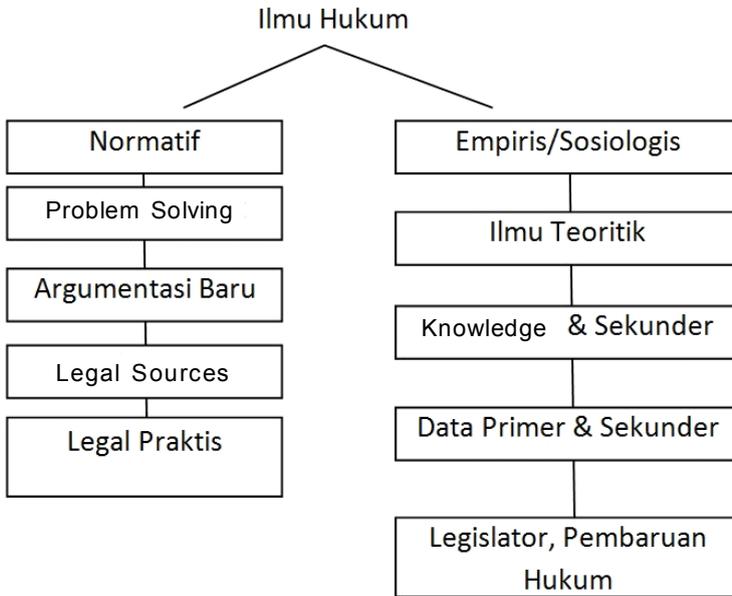
masyarakat. Masalah isu itu selalu dapat dikomunikasikan baik normatif maupun empiris, Ilmu hukum juga memiliki ilmuwan yang punya hasrat ingin tahu, ingin memecahkan masalah, sabar, dan bijaksana.

Metode ilmu hukum (metode penelitian hukum), yang khas yaitu penelitian normatif di samping penelitian empiris dimiliki ilmu hukum, dan ini sekaligus sebagai landasan dalam aktivitas ilmiah yang ingin dicapai ilmu hukum. Dari aktivitas ilmiah yang dilakukan diperoleh kesimpulan baik yang berupa pemecahan masalah hukum, maupun menekankan paradigma/teori-teori hukum baru yang akhirnya dapat mengubah sikap, metode, dan aktivitas ilmuwan hukum. Apa yang dihasilkan tersebut dapat memberikan pengaruh yang dapat diterapkan bagi lingkungan dan masyarakat serta membudayakannya menjadi nilai-nilai yang mengatur kehidupan manusia.

4. Pengembangan Ilmu Hukum

Dalam mengembangkan ilmu hukum, agar sederajat dengan ilmu-ilmu lain sudah seharusnya menjadikan filsafat ilmu sebagai dasar dan arah pengembangannya. Di muka telah diuraikan bahwa para ahli hukum telah melewati perjuangan yang panjang untuk menunjukkan bahwa keilmuan hukum telah sesuai dengan metode ilmiah yang disyaratkan oleh filsafat ilmu. Memang tidak dapat dipungkiri bahwa hukum tidak dapat dilepaskan dari hal-hal yang bersifat normatif, karena ia pasti mengandung norma. Sesuatu yang didekati dengan norma memang tidak bebas nilai (*value*). Akan tetapi, hukum juga memiliki sisi empiris yang bebas nilai. Apabila ini merupakan jalan terakhir (ilmu hukum harus bebas nilai, tetap saja ada ilmu hukum, yaitu sosiologi hukum (Abdul ranchman Budiono, 2008: 16).

Keadaan yang demikian itu tidak memuaskan para ahli hukum, sebab jika ia mendalami persoalan norma, maka kegiatannya itu bukan merupakan kegiatan ilmiah. Akhirnya di samping hal-hal yang telah diuraikan di muka, dimulailah pikiran untuk memantapkan keilmuan hukum dengan cara membagi ilmu hukum menjadi: (1) ilmu hukum normatif, dan (2) ilmu hukum empiris. Skemanya adalah sebagai berikut (Abdul Rachman Budiono, 2008: 16).



Ilmu hukum normatif merupakan *problem solving*. Artinya ia merupakan analisis ilmiah tentang bagaimana memecahkan atau menguraikan berbagai problem hukum. Aktivitas ini menghasilkan argumentasi baru. Di dalam melaksanakan aktivitas ini, ilmu hukum memerlukan *legal sources* (bahan hukum) yaitu bahan-bahan hukum, misalnya peraturan perundang-undangan, putusan hukum. Keseluruhan aktivitas tersebut untuk menunjang praktik hukum (*legal praktik*), misalnya, pengacara, hakim, jaksa.

Sementara itu ilmu hukum empiris merupakan ilmu teoritik. Ia menghasilkan teori-teori atau pengetahuan (*knowledge*). Untuk menunjang kegiatannya, ia memerlukan data primer dan data sekunder. Kegiatan ilmu hukum empiris amat bermanfaat bagi para legislator, pemburu hukum, reformasi hukum, dan lain-lain.

Analisis di atas merupakan analisis berdasarkan filsafat ilmu sendiri, sebagaimana diuraikan sebelumnya, yakni mengalami perkembangan yang pesat, misalnya pemikiran-pemikiran oleh Thomas Kuhn, Karl R. Popper, Archie J Bahm, dan lain-lain. Bahkan apabila mengikuti syarat-syarat minimal yang diuraikan oleh Archie J Bahm, ilmu hukum tidak perlu sibuk dengan berbagai persoalan internal sampai-sampai melahirkan ilmu

hukum normatif dan ilmu hukum empirik. Sebab bahwa sama sekali tidak mensyaratkan adanya obyek empiris untuk meyanggah ilmu (Bernard Arief Sidharta, 2000: 216-219).

Kesimpulan disertasi dari B. Arief Sidharta dapat ditunjuk sebagai bukti bahwa ilmu hukum telah mengembangkan dirinya dengan mendasarkan pada filsafat ilmu (Bernard Arief Sidharta, 2000: 216-219). Pertama, aspek ontologi, berarti bahwa obyek ilmu hukum adalah hukum positif atau hukum yang berlaku di suatu negara pada saat tertentu, misalnya asas hukum, norma hukum dan putusan hukum. Kedua, aspek epistemologi ilmu hukum, yaitu dalam pengembangan ilmu hukum mensistematisasi bahan hukum, artinya menghimpun, menginterpretasi, memaparkan dan mensistematisasi bahan hukum yang terdiri dari asas hukum, norma hukum, putusan hukum dan lain-lain. Ketiga, aspek aksiologi, berarti kegunaan/manfaat ilmu hukum adalah untuk mempersiapkan putusan, baik makro maupun mikro. Di samping itu ilmu hukum bermanfaat untuk menunjukkan tentang hukum suatu persoalan. Sedapat mungkin ilmu hukum mengeliminasi kontradiksi yang nampak dalam tata hukum.

Dengan demikian pengembangan ilmu hukum yang berdasarkan dan berarahkan filsafat ilmu seperti yang telah terurai di muka niscaya tidak akan menimbulkan aktivitas dan hasil dari aktivitas ilmiah yang kontra produktif. Artinya dengan sifat keilmuan hukum, maka ilmu hukum akan dapat berguna baik bagi arah pengembangan ilmu hukum itu sendiri, maupun bagi kepentingan Praktik (pembentukan dan penerapan hukum) yang muaranya untuk mengatur kehidupan manusia.

Berdasarkan pendekatan filsafat hukum, maka keilmuan hukum tidak diragukan lagi karena: 1) secara ontologis, ilmu hukum memiliki obyek kajian yang diselidiki, yaitu hukum dalam arti normatif yaitu norma/kaedah dan hukum dalam arti empiris yaitu hukum dalam kenyataan sosial, 2) secara epistemologi, ilmu hukum memiliki proses pencapaian yang ilmiah, di mana untuk ilmu hukum normatif dengan melakukan sistematisasi, interpretasi, klasifikasi, bahan hukum, dengan membangun argumentasi baru.

B. Perkembangan Kualitas Substansi Teori Hukum dan Implikasinya Terhadap Pembinaan Hukum Nasional

Adagium yang diungkapkan oleh Aristoteles tentang manusia sebagai makhluk sosial (*zoon politicon*) sampai saat ini tak terbantahkan. Sebagai makhluk sosial, manusia tidak bisa lepas dari kehidupan bermasyarakat; hidup manusia yang satu sesungguhnya saling ketergantungan (*interdependensi*) dengan manusia yang lainnya di dalam hidup dan memenuhi kebutuhan hidupnya. Agar manusia dapat menjalani kehidupannya dengan tertib dan teratur dalam masyarakat, diperlukan tatanan. Tatanan yang membuat kehidupan dalam masyarakat tertib dan teratur adalah hukum, kebiasaan dan kesusilaan (Satjipto Raharjo, 2006: 14).

Pameo Romawi *Ubi Societas Ibi Ius*, yang diungkapkan Cicero (Mochtar Kusumaatmadja, 2006: 3) dengan tepat sekali menggambarkan keadaan antara manusia, masyarakat, dan hukum. Artinya bahwa tidak akan ada masyarakat tanpa hukum atau sebaliknya tidak akan ada hukum jika tidak ada masyarakat. Jadi demikian erat hubungan antara hukum dan masyarakat (manusia), sebagai suatu kesatuan integral bagaikan satuan mata uang yang memiliki dua sisi yang berbeda.

Setiap perkembangan peradaban manusia, senantiasa diikuti oleh perkembangan tatanan hukum yang mengaturnya. Perkembangan hukum dipengaruhi oleh dinamika masyarakat yang diaturnya. Jadi perkembangan hukum yang dilandasi dengan teori-teori hukum yang menyertainya dari peradaban manusia yang satu ke peradaban manusia yang lainnya sesuai zamannya cukup mengindikasikan betapa eratnya hubungan manusia dan hukum.

Sesuai namanya, hukum memang menyangkut peraturan. Tetapi identifikasi hukum sebagai soal formal-legalitas hanya salah satu riak pemikiran tentang hukum. Di samping segi formalnya peraturan, orang masih berbicara tentang muatan nilai dari peraturan itu, berikut contoh, konteks, tujuan, relevansi dan *summum bonum*nya. (Bernard L. Tanya dkk, 2006: iii) Oleh karena itu, hukum sebagai "tatanan tertib" manusia lebih kaya dari sekedar kumpulan aturan formal yuridis. Hukum merupakan

dunia yang kompleks, serumit dan sekompleks dunia manusia yang diaturnya. Sebuah dunia penuh pergulatan sosial-manusiawi dalam ruang dan waktu, kini dan di sini.

Teori hukum senantiasa tidak dapat dilepaskan dari konteks zamannya, karena syarat dengan penjelasan-penjelasan hukum secara dialektis, sebagai hasil dari konstruksi sosial. Teori hukum juga sering dilihat sebagai suatu jawaban yang diberikan terhadap permasalahan hukum atau menggugat pikiran hukum yang dominan pada suatu saat (Khudzaifah Dimiyati, 2005: 30). Oleh karena itu, kendatipun suatu teori berkeinginan untuk mengungkapkan suatu pikiran secara universal, tetapi yang perlu dicermati adalah bahwa teori itu memiliki latar belakang pemikiran masing-masing. Sehubungan dengan keadaan yang demikian, nampaknya tidak dapat dilepaskan teori-teori itu dari konteks waktu pemunculannya, sesuai dengan fase perkembangannya.

Teori-teori hukum yang bermunculan dengan latar belakang sesuai fase perkembangannya, kemudian diapresiasi dalam kehidupan masyarakat dan bernegara. Bukan saja untuk tertib dalam menjalankan pembangunan, tetapi juga untuk pembangunan dan pengembangan hukum itu sendiri. Indonesia sebagai negara hukum, sudah tentu sangat amat berkepentingan terhadap teori-teori hukum tersebut agar dapat diaplikasikan dalam upaya pembinaan dan, pembentukan atau pengembangan hukum nasional yang tidak tercabut dari nilai-nilai budaya yang hidup dan jiwa bangsa Indonesia.

1. Pengertian dan Tugas Teori Hukum

Teori hukum dipandang sebagai suatu disiplin yang mandiri dengan objek kajian yang khusus, berbeda dengan ajaran hukum umum dan filsafat hukum. Teori hukum sebagai kelanjutan dari ajaran hukum umum memiliki objek disiplin mandiri, suatu tempat di antara dogmatik hukum di satu sisi dan filsafat hukum di sisi lainnya. Sama seperti ajaran hukum umum dewasa ini, teori hukum setidaknya oleh kebanyakan orang dipandang sebagai ilmu normatif yang bebas nilai. Ini yang persisnya membedakan Teori Hukum dan Ajaran Hukum Umum dan Dogmatik Hukum (Jan Gijssels-Mark van Hoeke, 2000: 51).

Teori hukum boleh disebut sebagai kelanjutan dari usaha mempelajari hukum positif, setidaknya-tidaknya dalam urutan yang demikian itulah kita merekonstruksikan kehadiran teori hukum secara jelas (Satjipto Rahardjo, 2004: 253).

Menurut J.J.H. Bruggink, (J.J.H. Bruggink, 2000: 159-160) teori hukum adalah keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum, dan sistem tersebut untuk sebagian yang penting dipasifkan. Definisi ini memiliki makna ganda, yaitu dapat berarti produk, yaitu keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan itu adalah hasil kegiatan teoritik bidang hukum. Dalam arti proses, yaitu kegiatan teoritik tentang hukum atau pada kegiatan penelitian teoritik bidang hukum sendiri.

Teori ilmu hukum (teori hukum) juga dapat diartikan sebagai ilmu atau disiplin hukum yang dalam perspektif interdisipliner dan eksternal secara kritis menganalisis berbagai aspek gejala hukum, baik tersendiri maupun dalam kaitan keseluruhan, baik dalam konsepsi teoritisnya maupun dalam pengejawantahan praktisnya, dengan tujuan untuk memperoleh pemahaman yang lebih baik dan memberikan penjelasan sejernih mungkin tentang bahan hukum yang tersaji dan kegiatan yuridis dalam kenyataan kemasyarakatan (Bernard Arief Sidharta, 2000: 122).

Secara esensial teori hukum bersifat interdisipliner, hal ini mengandung arti bahwa teori hukum dalam derajat yang besar akan menggunakan hasil-hasil penelitian dari berbagai disiplin yang mempelajari hukum; Sejarah Hukum, Logika Hukum, Antropologi Hukum, Sosiologi Hukum, Psikologi Hukum dan sejenisnya (Otje Salman dan Anthon F. Susanto, 2008: 59) Dengan demikian tipikal teori hukum adalah ia memainkan peranan mengintegrasikan, baik yang berkenaan dengan hubungan antara disiplin-disiplin ini satu terhadap yang lainnya, maupun yang berkenaan dengan integrasi hasil-hasil penelitian dari disiplin-disiplin ini dengan unsur-unsur Dogmatik Hukum dan Filsafat Hukum.

Menurut Wolfgang Friedman seluruh pemikiran sistematik teori hukum pada satu sisi berkaitan dengan filsafat, dan di sisi lain dengan teori politik (Wolfgang Friedmann, 1990: 1). Teori

hukum harus mendapat tempat, sebab seperti apa yang kita ketahui, bahwa ahli hukum, baik sebagai pembuat undang-undang maupun sebagai hakim, baik sebagai warga negara biasa, maupun sebagai seorang ahli, sadar atau tidak, selalu berpedoman pada prinsip-prinsip yang dianutnya dan yang mengandung unsur-unsur teori hukum yang bermula dari ajaran-ajaran filsafat dan teori politik. Dengan formulasi Radbruch, tugas teori hukum adalah untuk membuat jelas nilai-nilai hukum dan postulat-postulatnya hingga dasar-dasar filsafatnya yang paling dalam (Wolfgang Friedmann, 1990: 2).

Teori hukum menyibukkan diri dengan suatu tri tugas, yaitu, (1) memberikan suatu analisis tentang pengertian hukum dan tentang pengertian-pengertian lain yang dalam hubungan ini relevan, (2) menyibukkan diri dengan hubungan antara hukum dan logika, dan (3) memberikan suatu filsafat ilmu dari ilmu dan suatu ajaran metode untuk Praktik hukum (Meuwissen DHM, 2007: 31).

2. Titik Sentral Kualitas Teori Hukum Pada Tiap Fase Perkembangan

Teori hukum yang muncul dari abad ke abad dan dari generasi ke generasi, tidak hanya memperlihatkan warna kosmologis dan semangat zamannya, tetapi juga memunculkan pergeseran cara pandang (titik sentral) sesuai dengan peralihan zaman. Oleh karena itu di samping kita bertemu dengan para pemikir zaman klasik, pemikir abad pertengahan, pemikir zaman modern, dan pemikir kontemporer, tetapi serentak itu pula kita berjumpa dengan generasi hukum alam, generasi rasionalisme, generasi historisme, generasi positivisme, generasi sosio-antropologis, generasi realisme, dan generasi-generasi lain sesudahnya (Bernard L. Tanya dkk, 2006: 13).

Beberapa teori hukum sesuai fase perkembangannya akan diuraikan berikut, dalam rangka menemukan titik sentral (titik tolak) secara kronologis sesuai zamannya.

a. Teori Hukum Zaman Klasik

Tatkala manusia mengalami ketelanjangan alam raya yang dikuasai “logika survival” dan tatanan moral belum menjadi acuan utama kehidupan (di zaman kuno), ia menata tertib hidupnya menurut arus kuat-lemah. Keadilan bukan ditentukan oleh kepemilikan pada yang lemah, tetapi pada kemampuan untuk survival berdasarkan kekuatan yang dimiliki masing-masing orang. Inilah kemudian menjadi inti teori hukum dari filsuf Ionia. Karena basisnya adalah perjuangan *survive*, maka teori ini bersifat *heroic mind*, yaitu menunjuk pada puisi Homeros mengenai Ilias dan Odyssea; para dewa dikisahkan hidup dalam perjuangan. Jadi, hukum menurut teori filsuf Ionia dipandang sebagai tatanan kekuatan (Bernard L. Tanya dkk, 2006: 16).

Strategi menjadi berubah ketika tantangan yang dihadapi merupakan kehendak dewa-dewi (dalam bentuk logos) menjadi kekuasaan yang menyerap manusia, maka ia menata tertib hidupnya menurut logika logis itu. Manusia membangun tertib hukum menurut tatanan nomos yang memberi panduan tentang hidup yang adil. Dengan demikian muncul teori hukum tentang tatanan keadilan dan moral sebagai inti hukum. Bagi kaum sofis, hukum merupakan aturan hidup (tatanan *logos* dan *nomos*) yang terang dan dapat diandalkan menurut kehidupan yang adil dan damai (Bernard L. Tanya dkk, 2006: 23-45). Masih dalam pergulatan zaman kuno, muncul kemudian barisan filsuf Athena, seperti Socrates dengan teori hukum yang didasarkan pada pandangan bahwa hukum sebagai tatanan kebijakan. Selanjutnya hukum adalah tatanan obyektif untuk mencapai kebijakan dan keadilan umum.

Dengan mengambil ini dari ajaran kebijakan Socrates, muncul teori Plato yang memandang hukum sebagai sarana keadilan. Tegasnya teori hukum Plato riilnya adalah: (1) hukum merupakan tatanan terbaik untuk menangani dunia fenomena yang penuh situasi ketidakadilan; (2) aturan-aturan hukum harus dihimpu dalam suatu kitab supaya tidak muncul kekacauan hukum; (3) setiap undang-undang harus didahului preambule tentang motif dan tujuan undang-undang tersebut; (4) tugas

hukum adalah membimbing para warga lewat undang-undang pada suatu hidup yang soleh dan sempurna; dan (5) orang yang melanggar undang-undang harus dihukum.

Dalam konstruksi filosofis makhluk moral yang rasional, Aristoteles menyusun teori tentang hukum. Hukum dipandang menjadi pengaruh manusia pada nilai-nilai moral yang rasional, maka ia harus adil. Keadilan hukum identik dengan keadilan umum. Keadilan ditandai oleh hubungan yang baik antara satu dengan yang lainnya, tidak mengutamakan diri sendiri, tapi juga tidak mengutamakan pihak lain, serta adanya kesamaan. Di sini tampak sekali apa yang menjadi dasar teori Aristoteles, yakni "perasaan sosial etis". Jadi hukum itu dipandang sebagai rasa sosial etis.

Epicurus berpandangan, bahwa hukum diperlukan untuk mengatur kepentingan-kepentingan individu secara damai. Tugas hukum dalam konteks ini adalah sebagai instrumen ketertiban dan keamanan bagi individu-individu yang hidup bersama. Karena hukum mengatur nasib individu-individu, maka perbuatannya harus berdasarkan persetujuan individu-individu tersebut. Dari sinilah muncul embrio teori kontrak sosial. Jadi di sini teori Epicurus, dipandang hukum sebagai kepentingan individu-individu.

Dari paparan di muka dapat dikatakan bahwa teorisasi hukum yang muncul pada zaman klasik (zaman kuno) mulai dari filsuf Ionia, kaum Sofis, barisan filsuf Athena (Socrates dan Aristoteles), hingga Epicurus, sama-sama diwarnai dengan suasana religius, namun memiliki cara berpikir yang berbeda. Filsuf Ionia berciri *heroic minded*, yang berbasis prinsip survival, kaum Sofis berciri *visionary minded* yang merujuk pada pencerahan logos dan nomos. Filsuf Athena berciri *rational minded* yang merujuk pada penataan tertib polis secara rasional. Sedangkan Epicurus lebih pada *theoretical minded* berhubungan dengan pemisahan tertib polis dengan tertib individu.

b. Teori Hukum Abad Pertengahan

Seperti tampak pada pemikiran Agustinus, dan Thomas Aquinas, tertib hidup manusia (termasuk teori tentang hukum) diletakkan dalam rangka tatanan “cinta kasih dan hidup damai”. Ini merupakan jawaban atas campur tangan illahi dalam hidup manusia. Teori hukum Sutan Agustinus, menyatakan bahwa hukum itu merupakan tatanan hidup damai. Komunitas cinta kasih itu sangat penting bagi sebuah republik. Nyatalah, di antara nilai-nilai yang dihargai oleh komunitas itu terdapat nilai keadilan. Dengan menambahkan aspek pengenalan akan Tuhan sebagai sisi penting keadilan, maka Agustinus memberi bobot kesolehan pada keadilan. Keadilan menjadi sebuah kualitas yang mencakup kesolehan, yang pada akhirnya menghantarkan orang pada hidup saleh/terhormat di mata Tuhan dan sesama (Bernard L. Tanya dkk, 2006: 46-48).

Teori Thomas Aquinas, memandang hukum sebagai bagian tatanan illahi. Sama halnya dengan Agustinus, Aquinas juga mendasarkan teorinya tentang hukum dalam konteks moral agama Kristen. Hukum diperlukan untuk menegakkan kehidupan moral di dunia, Aquinas membedakan hukum yang berasal dari wahyu dan hukum yang dijangkau dengan akal budi manusia sendiri. Hukum yang didapati dari wahyu disebut hukum Illahi positif (*ius divinum posititium*). Hukum yang diketahui berdasarkan kegiatan akal budi, meliputi; (1) hukum alam (*ius naturale*), (2) hukum bangsa-bangsa (*ius gentium*), dan (3) hukum positif manusiawi (*ius positivum humanum*) (Theo Huijbers, 1982: 39). Dalam kaitan ini hukum yang bersumber dari kegiatan akal budi juga mengandung unsur aturan abadi (*lex aeterna*) yang melekat pada sifat Tuhan. Jadi konfigurasi tata hukum menurut Aquinas dimulai dari (1) *lex aeterna* yaitu hukum dan kehendak Tuhan, (2) *lex naturalis*, yaitu prinsip umum (hukum alam), (3) *lex debina*, yaitu hukum Tuhan dalam kitab suci, dan (4) *lex humane*, yaitu hukum buatan manusia yang sesuai dengan hukum alam (Bernard L. Tanya dkk, 2006: 49-50).

c. Teori Hukum Era *Renaissance*

Teori hukum zaman modern menempatkan manusia duniawi yang otonom sebagai titik tolak teori. Berbeda dengan teori hukum klasik dengan pemikiran serba moral, dan teori hukum abad pertengahan dengan pemikiran serba Illahi. Hukum tidak lagi terutama dilihat dalam bayang-bayang alam dan agama, tetapi melulu sebagai tatanan manusia yang bergumul dengan pengalamannya sebagai manusia duniawi.

Meskipun demikian, sebagai filsuf, pemikir zaman modern terutama *era renaissance*, masih juga dipengaruhi kosmologi metafisika, dengan tetap mengakui hukum alam, tetapi tidak menjadikannya sebagai perhatian utama. Filsuf-filsuf antara lain, Jean Bodin, Hugo Grotius, Thomas Hobbes dengan teori hukum yang dikemukakan bertitik sentral (punya fokus perhatian) pada hukum positif (hukum buatan manusia lewat negara). Hal ini disebabkan karena kekuatan yang dihadapi manusia zaman ini adalah, (1) manusia-manusia duniawi yang secara individual menjunjung kebebasan tanpa batas; (2) keberadaan *nationstate* di bawah pemerintahan raja-raja (yang kuat). Jadi teori hukum sebagai tertib manusia dikonstruksi dalam konteks yang demikian itu (L. Tanya dkk, 2006: 53).

Menurut Jean Bodin, hukum adalah perintah penguasa yang berdaulat dengan latar belakang tata politik baru, yaitu munculnya negara-negara bangsa di bawah pemerintahan raja-raja yang kuat, Bodin, meletakkan teori hukum dalam konteks doktrin kedaulatan. Dalam logika doktrin kedaulatan. Dalam logika doktrin kedaulatan yang digagasnya, hukum dilihat sebagai perintah raja dan perintah ini menjadi aturan umum yang berlaku bagi rakyat dan persoalan umum. Semua tradisi dan hukum kebiasaan, hanya akan menjadi absah dengan adanya perintah pemegang kedaulatan yang menetapkannya.

Thomas Hobbes melihat hukum sebagai kebutuhan dasar bagi keamanan individu. Di tengah orang-orang liar yang suka saling memangsa, hukum merupakan alat yang penting bagi terciptanya masyarakat yang aman dan damai. Tanpa hukum yang ditegaskan oleh penguasa yang kuat, maka individu-individu

akan saling membinasakan (*homo homonilupus*). Maka hukum merupakan pilihan sadar manusia untuk mengamankan hidup masing-masing terhadap serangan orang lain. Agar hukum efektif, maka butuh penegak hukum yang kuat, yaitu penguasa yang punya kekuasaan besar. Bagi Hobbes, seperti juga Bodin, kekhususan hukum alam menjadi panduan bagi raja dalam “mengeluarkan perintah”. Kekuasaan raja yang mutlak, semata-mata dibutuhkan untuk menegakkan hukum agar individu-individu warganya aman dari gangguan individu lain sesamanya. Jadi menurut Hobbes, hukum itu adalah tatanan keamanan.

Hugo Grotius, mengungkapkan teori hukum yang memandang hukum itu adalah kesadaran sosialitas. Hukum merupakan buah hendak manusia yang “berjiwa sosial” agar sosialitasnya tetap terjaga. Kekacauan terjadi, semata-mata karena gesekan-gesekan sosial dalam hidup bersama, utamanya ketika tidak ada “aturan main” bersama. Keadaan itu sangat membutuhkan hukum agar orang kembali pada kodratnya sebagai “manusia sosial” yang berbudi. Hukum, dengan demikian, merupakan “lampiran tambahan” dalam sosiabilitas manusia untuk menjamin agar prinsip-prinsip “individu sosial” yang berbudi itu tetap tegak.

d. Teori Hukum Era *Aufklarung*

Pergeseran strategi terjadi lagi, ketika akal atau rasio manusia menjadi kekuatan utama di era *aufklarung*. Di sini tantangannya bukan lagi manusia yang hanya menjunjung hak dan kebebasan berdasarkan naluri bawaan. Manusia adalah individu-individu yang rasional dan melek jalan yang baik dalam hidup bersama. Oleh karena itu, ada keharusan agar hak-hak dasarnya sebagai manusia rasional yang tahu mana yang baik dan mana yang buruk bagi dirinya dijamin penuh, termasuk oleh negara. Maka disitu muncul teori tentang hukum sebagai tatanan perlindungan hak-hak dasar manusia. Hukum harus merupakan produk rasional dan obyektif yang intersubyektif (tidak menurut selera orang-orang tertentu). Hukum harus mencerminkan aspirasi rakyat yang diperintahkan, bukan maunya pemerintah yang berkuasa. Ini nampaknya jelas dalam pemikiran beberapa tokoh utama era

ini, antara lain John Locke, Montesquieu, Rousseau, dan Kant. Locke dengan titik sentral pemikirannya pada pembelaan hak-hak warga negara terhadap pemerintah yang berkuasa. Montesquieu, terkenal karena *check and balances* lewat Trias Politikanya. Rousseau dengan mengunggulkan manusia sebagai subyek hukum. Sedangkan Immanuel Kant mewartakan fungsi hukum untuk mengembangkan suatu kehidupan bersama yang bermoral (L. Tanya dkk, 2006: 3-4).

Teori John Locke, memandang hukum itu pelindung hak kodrat. Titik sentral pemikiran Locke adalah kebebasan individu dan keutamaan rasio. Ia juga mengajarkan tentang kontrak sosial. Hak-hak tersebut tidak diserahkan kepada penguasa ketika kontrak sosial dilakukan oleh karena itu, kekuasaan penguasa yang diberikan lewat kontrak sosial, dengan sendirinya tidak mungkin bersifat mutlak.

Pemikiran yang lebih eksplisit tentang hukum sebagai pelindung hak-hak asasi dan kebebasan warganya, dikemukakan oleh Immanuel Kant. Bagi Kant, manusia merupakan makhluk berakal dan berkehendak bebas. Negara bertugas menegakkan hak-hak dan kebebasan warganya. Kemakmuran dan kebahagiaan rakyat merupakan tujuan negara dan hukum. Oleh karena itu hak-hak dasar manusia tidak boleh dilanggar oleh penguasa. Bahkan pelaksanaan hak-hak dasar itu tidak boleh dihalangi oleh negara. Jadi dapat dikatakan bahwa teori hukum Kant, memandang hukum sebagai produk akal praktis (L. Tanya dkk, 2006: 63).

Teori Montesquieu tentang hukum, memandang hukum sebagai lingkungan fisik. Ia menegaskan bahwa dalam suatu bentuk pemerintahan, suatu sistem hukum harus ditemukan lebih dari pada bisa ditemukan. Karena sejatinya sistem hukum merupakan hasil dari kompleksitas berbagai faktor empiris dalam kehidupan manusia. Sedang Rousseau, memandang bahwa hukum itu adalah kehendak etis umum. Teori hukum dibangun dengan pandangan bahwa hukum itu milik publik dan karena itu obyektif sifatnya. Hakekat asasi dari hukum adalah wujud "*volunte generale*". Jadi hukum adalah wujud kemauan dan kepentingan umum (individu sentral kelompok) yang hidup teratur dalam sistem politik negara (L. Tanya dkk, 2006: 71).

Jeremy Bentham, dengan teori individualisme utilitarian, bertolak dari pemikiran bahwa alam telah menempatkan umat manusia di bawah pemerintahan dua penguasa, yakni “suka” dan “duka”. Hukum sebagai tatanan hidup bersama, harus diarahkan untuk menyokong si “raja suka”, dan serentak mengekang si “raja duka” dengan kata lain, hukum harus berbasis manfaat bagi kebahagiaan manusia. Jadi hukum itu dipandang sebagai penyokong kebahagiaan. Hanya dengan kebebasan dan kemauan yang cukup terjamin si individu dapat maksimal meraih kebahagiaan.

e. Teori Hukum Abad ke-19

Teori baru tentang hukum pada abad ke-19, ditandai dengan berkembangnya revolusi industri dan pencapaian ilmiah dalam ilmu-ilmu empiris, lahirlah episteme positivisme sebagai kosmos era ini. Semua gejala hidup termasuk gejala hukum dipandang secara ilmiah dalam warna ilmu-ilmu empiris itu. Positivisme dan empirisme menjadi kekuatan yang menerjang manusia. Maka hukum pun menjadi obyek kajian empiris teori hukumnya yaitu antara lain, Karl Marx, Von Savigny, Jhering, Durkheim, Austin, dan Bierling.

Teori Karl Marx, menyatakan hukum itu kepentingan orang berpunya. Isu utama dalam hukum menurut Marx, bukanlah keadilan. Karena faktanya hukum melayani kepentingan orang berpunya. Ia tidak lebih dari sarana penguasa dan piranti para pengexploitasi yang menggunakannya sesuai kepentingan mereka. Hukum merupakan salah satu unsur ideologis kelas, dan karenanya menjadi pemicu konflik. Bahkan merupakan faktor yang menyebabkan terjadinya alienasi.

Teori Savigny, memandang hukum sebagai jiwa rakyat. Menurut Savigny, terdapat hubungan organik antara hukum dengan watak atau karakter suatu bangsa. Hukum hanyalah cerminan dari *volkgeist*. Oleh karena itu, hukum adat yang tumbuh dan berkembang dalam rahim *volkgeist*, harus dipandang sebagai hukum kehidupan yang sejati. Hukum sejati tidaklah dibuat. Ia harus ditemukan. Legislasi hanyalah penting selama ini memiliki sifat deklaratif terhadap hukum sejati itu.

Jhering, mengintroduksi teori kesesuaian tujuan, sebagai jawaban. Kesesuaian tujuan, atau lebih tepat penyesuaian tujuan ini dapat diusahakan lewat hukum, perdagangan, masyarakat, dan negara. Selain itu, sesungguhnya hasil dari penyatuan kepentingan-kepentingan untuk tujuan yang sama, yaitu kemanfaatan. Dalam insitutisi-institusi itulah, seseorang menemukan relasi pengaitan tujuan dirinya dengan kepentingan orang lain. Di sini, hukum harus berfungsi ganda. Di satu sisi bertugas menjamin kebebasan individu untuk meraih tujuan dirinya, yakni mengejar kemanfaatan dan menghindari kerugian. Di pihak lain, hukum memikul tugas untuk mengoordinir tujuan dan kepentingan individu agar terkait serasi dengan kepentingan orang lain. Jadi teori Jhering, memandang hukum sebagai fusi kepentingan.

Teori Emile Durkheim, memandang hukum sebagai moral sosial. Hukum adalah ekspresi dari solidaritas sosial yang berkembang dalam suatu masyarakat. Hukum adalah cerminan solidaritas. Solidaritas sosial masyarakat ditentukan oleh sistem pembagian kerja. Tipe solidaritas (organisasi dan mekanisme) menentukan wajah hukum, yaitu wajah hukum berkarakter menindak maupun hukum berkarakter memulihkan. Kedua karakter hukum ini mempunyai tujuan yang sama, yaitu mempertahankan integritas sosial (L. Tanya dkk, 2006: 79-97).

Teori Austin, memandang hukum itu adalah tata hukum. John Austin dengan *Analytical legal positivism*-nya, menjadi penganut utama aliran positivisme yuridis. Austin bertolak dari kenyataan, bahwa terdapat suatu kekuasaan yang memberikan perintah-perintah, dan bahwa ada orang yang pada umumnya mentaati perintah-perintah tersebut.

Selanjutnya teori Ernest Bilrding, mengungkapkan, bahwa hukum itu, ide umum aturan positif. Itulah inti dari ajaran hukum umum. Ajaran hukum umum mencari ide-ide hukum yang berlaku di mana-mana dan karenanya dianggap universal dan tetap. Berbeda dengan ide-ide hukum dalam hukum alam, yang bersumber dari tatanan alam, ide-ide hukum dalam ajaran hukum umum melulu berbasis pada tata hukum positif (Theo Huijbers, 1982: 163).

f. Teori Hukum Abad ke-20

Humanisasi hidup dan keahlian sosial tampil sebagian kekuasaan baru yang dihadapi manusia di abad ke-20. Di bawah ini akan diuraikan teori tentang hukum yang berasal dari sejumlah tokoh dengan latar belakang orientasi teoritis yang berbeda, baik dari kubu Neo-Kantian, Neo-Positivisme, Neo-Marxis, kubu Fenomenologis, kubu eksistensialisme, dan juga penerus teori hukum alam abad ke-20 (Bernard L. Tanya dkk, 2006: 100-168).

(1) Teori Neo-Kantian

Ciri khas pemikir Neo-Kantian adalah mencari suatu pengertian transendental tentang hukum, yaitu sifat normatif Teori Rudolf Stammler, mengatakan hukum itu normatif karena kehendak yuridis. Apa yang dikehendaki manusia dalam kehidupan sosial adalah hidup bersama yang teratur. Untuk itu diperlukan perbuatan, berupa pengaturan segala hal dalam hidup bersama tersebut. Perbuatan mengatur itu wujudnya hukum.

Teori Hans Kelsen, merupakan hukum itu normatif, karena *Grundnorm*. Jika hukum sudah menentukan pola perilaku tertentu, maka tiap orang seharusnya berperilaku sesuai yang ditentukan. Di sinilah letak sifat normatif dari hukum. Seluruh tata hukum positif yang telah ditentukan dalam hidup bersama harus berpedoman secara hierarkhis pada *grundnorm*. Dengan demikian Kelsen secara tidak langsung juga membuat teori tentang tertib hukum. Dengan menggunakan konsep *stufenbau* (lapisan-lapisan aturan menurut eselon), ia mengkonstruksi pemikiran tentang tertib yuridis. Dalam konstruksi ini ditentukan jenjang-jenjang perundang-undangan dari yang paling abstrak (*grundnorm*) sampai tingkatan yang paling konkrit. Jadi ada sistem perundang-undangan dengan struktur piramidal.

(2) Teori Neo-Positivisme

Teori Max Weber mengungkapkan bahwa hukum merupakan cermin rasionalitas dan otoritas. Titik tolak teori Weber berpangkal pada "tingkat rasionalitas dan model kekuasaan/otorisasi". Tingkat nasionalitas masyarakat akan menentukan

warna hukum dalam masyarakat itu. Tipe rasionalitas substantif-irasional melahirkan wujud hukum informal irasional, tipe substantif-rasional, melahirkan wujud hukum informal-rasional, dan tipe formal-rasional melahirkan hukum dalam bentuk aturan-aturan rinci, khusus, dan terkodifikasi. Sedangkan model kekuasaan berkaitan dengan pembentukan dan penerapan hukum.

Teori Eugen Ehrlich, menyatakan hukum itu aturan yang hidup (*living law*). Hukum merupakan hubungan antar-manusia, ia bukan sesuatu yang formal. Teori ini beranjak dari ide masyarakat. Masyarakat adalah ide umum yang dapat digunakan untuk menandakan semua hubungan sosial. Norma hukum berasal dari kenyataan-kenyataan sosial. Jadi kenyataan-kenyataan sosial yang dialami dalam hidup bermasyarakat dan hidup sosial ini menimbulkan hukum karena kesadaran akan kebutuhan hukum dalam kenyataan hidup bermasyarakat dan hidup sosial itu.

Teori Talcott Parson, hukum itu, mekanisme integrasi. Hukum sebagai salah satu subsistem dari subsistem lain dalam masyarakat seperti subsistem budaya, politik ekonomi. Hukum mempunyai posisi sentral yaitu harus mampu mengintegrasikan agar sub-sub sistem yang ada bisa berjalan sinergis tanpa saling bertabrakan. Aturan maupun yang normatif dalam masyarakat dipandang sebagai iman yang paling sentral dari sebuah sistem sebagai sebuah struktur yang terintegrasi.

Teori Roscoe Pound, memandang hukum itu, keseimbangan kepentingan. Fokus utama Pound dengan konsep *social engineering* adalah *interest balancing*, dan karenanya yang terpenting adalah tujuan akhir dari hukum yang diaplikasikan dan mengarahkan masyarakat ke arah yang lebih maju. Antara hukum dan masyarakat terdapat hubungan fungsional. Karena kehidupan hukum terletak pada karya yang dihasilkan bagi dunia sosial, maka tujuan utama adalah *social engineering* adalah mengarahkan kehidupan sosial itu ke arah yang lebih maju. Hukum tidak menciptakan kepuasan, tetapi hanya

memberi legitimasi atas kepentingan manusia untuk mencapai kepuasan tersebut dalam keseimbangan.

Hukum sebagai sarana *social engineering*, bermakna menggunakan hukum secara sadar untuk mencapai tertib atau keadaan masyarakat yang dicita-citakan, atau untuk melakukan perubahan yang diinginkan. Hukum tidak lagi dilihat sekedar sebagai tatanan penjaga status *quo*, tetapi juga diyakini sebagai sistem pengaturan untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu secara berencana.

(3) Teori Realisme Hukum

Teori-teori di bawah payung realisme berinduk pada empirisme yang dipatrikan sebagai pengetahuan yang bertumpu pada kenyataan empiris. Empirisme menolak pengetahuan spekulatif yang hanya mengandalkan penalaran logis ala rasionalisme.

Realisme hukum digolongkan menjadi realisme hukum Amerika dan realisme hukum Skandinavia. Realisme hukum Amerika memberi perhatian pada Praktik hukum dari para pelaksanaan hukum. Para hakim dalam menjalankan hukum dalam kasus-kasus nyata, di sini norma-norma hukum tidak lebih sebagai patokan umum saja. Bagaimana hukum yang diterapkan dalam kasus realitas adalah merupakan wilayah kearifan para pelaksananya. Sedangkan realisme hukum Skandinavia menempatkan empirisme dalam sentuhan psikologi. Dalam mencari kebenaran dalam suatu pengertian dan situasi tertentu dengan menggunakan psikologi. Jadi fokus perhatiannya pada perilaku manusia ketika berada pada kontrak hukum.

(4) Teori Neo-Marxis

Tokoh teori ini antara lain Dahrendorf, yang memandang hukum sebagai, kepentingan orang yang berkuasa. Hukum dikuasai oleh mereka yang memegang atau memiliki kuasa. Ada dua kelas dominan dalam masyarakat yaitu kelas yang dominan berada dalam struktur kekuasaan, dan kelas yang sama sekali ikut dalam struktur atau berada di luar kekuasaan.

Di sinilah terjadi penguasaan dan penundukan antarkelas. Pemegang kekuasaan cenderung bersekutu dengan mereka yang mempunyai secara ekonomis, dan terpandang secara sosial. Teori *feminist legal theory*, memandang hukum sebagai, kepentingan kaum lelaki. Hukum cenderung tidak berpihak kepada perempuan karena hukum bersifat *phallocentris*. Hukum merupakan tatanannya hukum adam yang meminggirkan kaum hawa. Faktual hukum dibangun dan dikonstruksi dalam logika laki-laki. Implikasinya, ia memperkokoh hubungan-hubungan *socio juridis* yang patriarkis.

(5) Teori Eksistensial

Teori Werner Maihofer, memandang hukum itu, wujud eksistensi dan sosialitas. Teori hukum ini bertitik tolak dari kegandaan ontologi manusia. Yakni sebagai individu eksistensial, dan sebagai pribadi warga sosial. Keberadaan manusia sebagai pribadi eksistensial menghasilkan hukum akan eksistensial. Sedangkan manusia yang hidup dalam masyarakat melahirkan hukum alam institusional, yang meliputi semua peraturan tentang fungsi orang dalam masyarakat.

(6) Teori Aliran Hukum Alam Abad ke-20

Menurut teori Francois Geny, hukum itu, perlu penafsiran kontekstual. Sebuah kasus tidak boleh hanya dilihat dari konstruksi literal-yuridis undang-undang. Ia juga harus diteropong dalam terang konteks yang utuh dan komprehensif (baik roh undang-undang maupun konteks kasus itu sendiri). Penafsiran hukum yang benar adalah paduan yang proporsional antara roh hukum dan konteks kasus dalam penerapan dan penafsiran hukum.

(7) Teori Hukum Masa Transisi

Teori Nonet-Selznick, tentang hukum responsif, menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik. Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka tipe hukum ini mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan dan emansipasi publik.

Hukum responsif merupakan teori tentang profil hukum yang dibutuhkan dalam masa transisi. Karena harus peka terhadap situasi transisi di sekitarnya, maka hukum responsif tidak saja dituntut menjadi sistem yang terbuka, tetapi juga harus mengandalkan keutamaan tujuan (*the sovereignty of purpose*), yaitu tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat-akibat yang timbul dari bekerjanya hukum itu. Hukum responsif mengandalkan dua doktrin utama, yaitu (1) hukum itu harus fungsional, pragmatis, bertujuan dan rasional, (2) kompetensi menjadi patokan evaluasi terhadap semua pelaksanaan hukum. Karena kompetensi sebagai tujuan berfungsi sebagai norma kritik, maka tatanan hukum responsif menekankan: (1) keadilan substantif sebagai dasar legitimasi hukum; (2) peraturan merupakan subordinasi dari prinsip dan kebijakan, (3) pertimbangan hukum harus berorientasi pada tujuan dan akibat bagi kemaslahatan masyarakat, (4) penggunaan diskresi sangat dianjurkan dalam pengambilan keputusan hukum dengan tetap berorientasi pada tujuan, (5) memupuk sistem kewajiban sebagai ganti sistem paksaan, (6) moralitas kerja sama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum, (7) kekuasaan hukum dalam melayani masyarakat, (8) penolakan terhadap hukum harus dilihat sebagai gugatan terhadap legitimasi hukum dan (9) akses integrasi advokasi hukum dan sosial.

Teori Satjipto Rahardjo, tentang hukum progresif, merupakan teori hukum yang muncul pada masa transisi. Menurut Satjipto Rahardjo, pemikiran hukum perlu kembali pada filosofi dasarnya, yaitu hukum untuk manusia. Dengan filosofi tersebut, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu hukum bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Jadi filosofi paradigma hukum progresif adalah hukum untuk manusia (Anis Ibrahim, 2007: 48) Mutu hukum ditentukan oleh kemauannya untuk mengabdikan kepada kesejahteraan manusia. Ini menyebabkan hukum progresif menganut "ideologi"; hukum yang prokeadilan dan hukum yang prorakyat

(Satjipto Rahardjo, 2004: 5) Dengan ideologi ini, dedikasi para pelaku hukum mendapat tempat yang utama untuk melakukan pemulihan. Para pelaku hukum dituntut mengedepankan kejujuran dan ketulusan dalam penegakan hukum. Mereka harus memiliki empati dan kepedulian pada penderitaan yang dialami rakyat dan bangsa ini. Kepentingan rakyat (kesejahteraan dan kebahagiaannya), harus menjadi titik orientasi dan tujuan akhir penyelenggara hukum.

Dari bentangan teori hukum zaman klasik hingga teori hukum masa transisi sebagai terurai di muka, maka sesungguhnya titik tolak semua teorisasi hukum itu berporos pada satu hal yaitu "hubungan manusia dan hukum". Sekali lagi yang oleh Bernard L. Tanya (Bernard L. Tanya dkk, 2006: iii) dikatakan, semakin landasan suatu teori bergeser ke faktor-faktor "peraturan", maka semakin ia menganggap hukum sebagai unit tertutup yang formal legalistik. Sebaliknya, semakin bergeser ke "manusia", semakin teori ini terbuka dan menyentuh mozaik sosial kemanusiaan.

3. Teori Hukum dan Implikasinya dalam Pembinaan Hukum Nasional

Peranan Teori hukum yang demikian besar, dalam mengantar pengembangan ilmu hukum sesuai perkembangan zaman, dan dalam rangka mewarnai Praktik hukum, yaitu pembentukan hukum, dan penerapan hukum dalam kehidupan masyarakat, bangsa, dan negara, tidak dapat dipungkiri. Teori hukum dengan kesungguhannya sudah memperlihatkan pada dunia bagaimana kilau pengaruhnya yang sedemikian luas telah sekian mengubah tatanan pola pikir dan cara pandang pengembangan hukum secara keseluruhan. Dalam beberapa akselerasinya ia juga sekalian telah mencairkan kebuntuan-kebuntuan, serta menetralisasi kekeruhan-kekeruhan yang sebelumnya mengacaukan dan menjegal kiprah hukum di aspek-aspek pengembangan dalam beberapa dasawarsa terakhir (Herman Bakir, 2005: 225).

Dalam rangka pembinaan dan pembangunan/pengembangan hukum di Indonesia, dengan bertolak dari kenyataan kemasyarakatan, dan situasi kultural di Indonesia, serta kebutuhan riil masyarakat Indonesia, maka Mochtar Kusumaatmadja, (Mochtar

Kusumaatmadja, 1976: 5) merumuskan landasan atau kerangka teoritis bagi pembinaan hukum nasional sebagai teori hukum pembangunan, dengan mengakomodasi pandangan tentang hukum dari Eugen Ehrlich dan teori hukum Roscoe Pound dengan filsafat budaya Northrop dan pendekatan *policy oriented* Laswell-Mc. Dougal dan mengolahnya menjadi satu konsepsi hukum yang memandang hukum sebagai pembaharuan, di samping sarana untuk menjamin ketertiban dan kepastian hukum masyarakat.

Untuk memberikan landasan teoritik dalam memerankan hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat serta pembangunan tata hukum nasional yang akan mampu menjalankan peranan tersebut, Mochtar Kusumaatmadja mengajukan konsepsi hukum yang tidak saja merupakan keseluruhan azas-azas dan kaedah-kaedah yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, melainkan meliputi pula lembaga-lembaga dan proses-proses yang mewujudkan berlakunya kaedah-kaedah itu dalam kenyataan (Mochtar Kusumaatmadja, 1986: 11). Dengan konsepsi hukum tersebut, tampak hukum itu sebagai suatu sistem yang tersusun atas tiga komponen (subsistem), yakni: 1) asas-asas dan kaedah hukum, 2) kelembagaan hukum, dan 3) proses perwujudan hukum.

Konsepsi hukum dan struktur hukum (komponen hukum) tersebut di atas sejalan dengan yang diungkapkan Friedman dalam Ibnu Elmi A.S. Pelu dkk., (Ibni Elmi A.S. Pelu, 2007: 167) bahwa suatu sistem hukum memiliki tiga komponen/unsur, yaitu; 1) substansi hukum, 2) struktur hukum, dan 3) budaya hukum. Dalam kaitan dengan pembinaan dan pembangunan hukum nasional sudah seharusnya memperhatikan unsur-unsur (komponen) hukum itu secara seimbang.

Konsep hukum sebagai alat rekayasa sosial (*law as tool of social engineering*) dari Roscoe Pound, pertama kali diperkenalkan di Indonesia oleh Mochtar Kusumaatmadja, dengan alasan bahwa pendayagunaan hukum sebagai sarana untuk merekayasa masyarakat menurut skenario kebijakan pemerintah (eksekutif) amat telah diperlukan oleh negara-negara yang sedang berkembang, jauh melebihi kebutuhan yang dirasakan negara-negara

industri maju yang telah mapan (Soetandyo Wignyosoebroto, 1995: 231).

Teorisasi hukum Indonesia seyogyanya mampu memberikan gambar hukum Indonesia yang sesungguhnya. Artinya teorisasi hukum mampu membangun konsep hukum Indonesia berdasarkan berbagai data atau muatan Indonesia sendiri. Teorisasi yang demikian hendaknya mampu menunjukkan apa yang diinginkan, kemana arah orientasinya, serta konsep dan doktrin sosial, politik, dan lainnya yang kita miliki. Dalam konteks kekinian, bangsa Indonesia telah mampu menghimpun banyak kekayaan seperti itu, seperti wawasan manusia seutuhnya, asas-asas manfaat, kekeluargaan, perikehidupan dalam keseimbangan dan lain-lain. Ilmu hukum Indonesia seharusnya mampu untuk membangun teori hukum Indonesia sebagai konfigurasi dari apa, bagaimana, dan kemana tujuan hukum Indonesia itu (Khudzaitah Dimiyati, 2005: 31-32).

Setiap masyarakat memiliki cita hukum (*rechtsidee*) yaitu apa yang masyarakat harapkan dari hukum, tidak terkecuali masyarakat Indonesia. Menurut Rudolf Stammler, cita hukum adalah konstruksi pikiran yang merupakan keharusan untuk mengarahkan hukum pada cita-cita yang diinginkan masyarakat. Teori Rudolf Stammler yang menyatakan bahwa hukum itu normatif karena kehendak yuridis. Kehendak yuridis itulah secara filosofi tiada lain cita hukum dari masyarakat yang hendak diaturnya. Selanjutnya Gustav Radburch juga mengatakan cita hukum berfungsi sebagai tolok ukur yang bersifat regulatif dan konstruktif tanpa cita hukum, hukum akan kehilangan maknanya.

Dalam pembentukan peraturan perundang-undangan proses terwujudnya nilai-nilai yang terkandung cita hukum ke dalam norma hukum tergantung pada tingkat kesadaran dan penghayatan akan nilai-nilai tersebut oleh pembentuk peraturan perundang-undangan. Tiadanya kesadaran akan nilai-nilai tersebut dapat menimbulkan kesenjangan antara cita hukum dengan norma hukum yang dibuat. Oleh karena itu dalam Negara Indonesia yang memiliki cita hukum "Pancasila" (Ibnu Elmi A.S. Peludkk, 2007: 169) sekaligus sebagai norma fundamental negara,

maka hendaknya peraturan yang hendak dibuat diwarnai dan dialiri nilai-nilai yang terkandung di dalam Pancasila (cita hukum Indonesia). Kondisi ini selaras juga dengan teori hukum Von Savigny bahwa hukum merupakan jiwa rakyat atau hukum merupakan cerminan dari *volkgeist*, yaitu watak atau karakter suatu bangsa. Hukum yang sesuai dengan *volkgeist* (jiwa rakyat) di Indonesia dapat diaplikasikan dalam setiap hukum dalam perundang-undangan, maupun hukum adat.

Dalam kaitan dengan pembentukan perundang-undangan, teori Hans Kelsen, tentang hukum itu normatif, karena *Grundnorm*, dan teori hukum Jeremy Bentham, tentang hukum itu penyokong kebahagiaan adalah sangat relevan diadopsi di Indonesia. Walaupun masih perlu diperdebatkan misalnya teori Kelsen mengenai yang dimaksud *Grundnorm* di Indonesia apakah Undang-Undang Dasar ataukah Pancasila. Namun paling tidak dalam pembuatan peraturan perundang-undangan di Indonesia baik menurut tata urutan yang diatur dalam Tap MPRS No. XX Tahun 1966 yang kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, yakni pada Pasal 7 ayat (1) dinyatakan bahwa tata urutan atau bentuk peraturan perundang-undangan Indonesia adalah (dari atas ke bawah) memiliki hierarkis, setelah Undang-Undang Dasar, adalah: 1) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat; (2) Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang; 3) Peraturan Pemerintah; 4) Peraturan Presiden; 5) Peraturan Daerah Provinsi; dan 6) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. Jadi di sini ada kesesuaian dengan teori Kelsen tentang *grundnorm* dan *stufenbau* teorinya. Sedangkan teori Jeremy Bentham dalam kaitan ini keterkaitannya di Indonesia adalah bahwa setiap hukum yang dibuat maupun yang akan diterapkan senantiasa dapat memberikan kemanfaatan, yaitu untuk kebahagiaan dan kesejahteraan masyarakat. Ini sangat cocok dengan tipe negara "kesejahteraan" bagi Indonesia yang secara implisit termaktub dalam pembukaan UUD 1945.

Demikian apresiasi teori hukum kalau kita kaitkan dengan hukum yang berlaku di Indonesia. Artinya bahwa cukup banyak teori hukum yang dapat diadopsi seperti antara lain yang

diuraikan di atas dan tentu masih banyak yang bisa diadopsi yang masih perlu digali, untuk kepentingan pembinaan dan pembangunan/pengembangan hukum di Indonesia. Dalam hal ini sudah tentu sesuai dengan situasi kondisi, kultur dan kebutuhan riil masyarakat Indonesia sesuai dengan perkembangannya.

Sampai pada saat sekarang ini, ketika masa transisi (reformasi) telah mengubah sebagian pandangan/paradigma kita tentang hukum yang hendak dibangun dan diterapkan bagi masyarakat Indonesia. Amat sangat bijaksana apabila di masa sekarang ini (masa transisi) pembinaan dan pengembangan hukum Indonesia dilakukan dengan mengadopsi teori hukum dari Nonet-Selznick, tentang hukum responsif dan teori Satjipto Rahardjo, tentang hukum progresif.

Teori hukum responsif memiliki karakter hukum yang demokratis, seperti yang dengan gamblang dipaparkan Mahfud MD, (Moh Mahdud MD, 1999: 83) bahwa konfigurasi politik demokrasi akan melahirkan produk hukum yang responsif. Begitu juga untuk teori hukum progresif hakekatnya adalah bahwa hukum itu untuk manusia, karena itu hukum harus melayani manusia. Ini berarti karakter hukumnya adalah partisipasi (terbuka).

Karakter hukum yang terbuka (responsif dan progresif) sangat cocok dikembangkan di Indonesia sesuai dengan cita hukum Pancasila sebagaimana pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Tentu ini memerlukan pengkajian terus menerus dan implementasi dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara dari segenap komponen bangsa Indonesia. Seperti apa dan bagaimana wujud hukum responsif dan progresif itu dibentuk/tumbuh subur dan dengan pelaksanaannya, memerlukan jawaban-jawaban yang sudah patut diduga akan menimbulkan pro dan kontra, dan itu mesti dipandang biasa dalam negara yang pluralis seiring dengan itu diperlukan integrasi untuk ajegnya Negara Kesatuan Republik Indonesia yang kita cintai.

Jenis Teori Hukum dalam Ilmu Hukum Normatif dan Ilmu Hukum Empiris

4

A. Jenis-jenis Teori Hukum dalam Ilmu Hukum Normatif

Objek Teori Hukum Kontemplatif adalah gejala umum hukum positif, tujuannya teoritik, perspektifnya internal, dan teori kebenaran yang dianut pragmatik yakni konsensus kesehlian (sejawat) dan kegunaannya bermuara pada perbaikan Praktik hukum. Inilah yang penulis klasifikasi ke dalam jenis-jenis teori hukum normatif. Jenis teori hukum normatif dapat ditelusuri dari literatur hukum dan Ilmu hukum (*jurisprudence dan law and legal science*). Beberapa buku karya Ilmuwan Hukum yang penulis dapat lakukan kajiannya, DHM Meuwissen, bukunya berjudul *Rechtsbeoffening, Rechtswettenschap, Rechtsteorie, en Rechtspilosophie*, disadur oleh **B. Arief Sidharta** dalam buku Meuwissen, Pengembangan Hukum Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum”, dikemukakan Teori Hukum yang digolongkan sebagai “pengembangan hukum praktikal” yaitu pembentukan hukum, penemuan hukum, dan bantuan hukum. Ia juga menegaskan beberapa jenis teori hukum yang telah “membebaskan diri” dari pengaruh Filsafat Hukum, yang bernuansa sosiologis-empiris

Berdasarkan alur pemikiran dari DHM Meuwissen itu, dianalisis beberapa jenis teori hukum normatif dalam perspektif Ilmu Hukum (*jurisprudence dan law and legal science*).

1. Jenis Teori Hukum

Jenis Teori Hukum menurut **J.W. Harris** dalam bukunya berjudul *Law and Legal Science An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*". Ia mencatat ada lima jenis teori hukum dalam perspektif hukum dan ilmu hukum, dianalisis seperti di bawah ini.

a. Teori Hukum Kehendak

Substansi yang dijelaskan berkenaan dengan hukum dalam konsep sistem hukum yang dapat ditarik dari simpul-simpulnya, sebagai berikut:

- (i) Hukum dipahami sebagai himpunan simbol yang menjelaskan kemauan, pihak yang berdaulat dalam negara, berkenaan dengan perilaku yang terjadi karena kasus tertentu antar orang perseorangan atau antar kelompok.
- (ii) Setiap tindakan menurut hukum merupakan kehendak pihak yang berdaulat dan bukan karena diwajibkan atau diizinkan menurut peraturan perundang-undangan, oleh karena itu hukum positif adalah fakta bukan nilai.
- (iii)Kehendak pihak yang berdaulat harus diartikan kehendak mutlak yang wajib diterima dan ditaati oleh rakyat yang diperintah atau pihak bawahan.
- (iv)Sistem hukum dalam arti keseluruhan peraturan perundang-undangan yang valid berasal dari kehendak pihak berdaulat pada momentum waktu tertentu dan dalam masyarakat tertentu secara faktual ditaati dan ditegakkan sesuai dengan prinsip kesatuan kehendak.¹

Penilaian **J. W. Harris**, bahwa Teori Kehendak dari **John Austin**, berorientasi pada konsepsi teori politik, yang diekspresikan melalui kehendak yang berdaulat mengandung muatan nilai politis. Sementara itu jika dipandang dari konsepsi teori hukum (*legal theory*), *Teori Hukum Kehendak* menjelaskan dasar logika dari deskripsi ilmu hukum, yakni berumpu pada prinsip eklusi artinya menurut sistematika ilmu hukum, norma dalam suatu

¹ J.W. Harris, *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1982, hal.25

sistem hukum bersumber pada kewenangan legislatif tertinggi (perintah/putusan penguasa).²

b. Teori Hukum Norma-Murni

Teori Hukum ini dikategorikan sebagai Teori Hukum Positivisme Normatif yang berdiri di atas doktrin bahwa hukum identik dengan norma murni dalam arti obyektif bebas dari nilai ideologis, etis, sosiologis. Inti dari Teori Hukum Norma-Murni (*The Pure-Norm Theory of Law*), diringkas sebagai berikut:

- (i) Hukum sebagai peraturan merupakan entitas yang abstrak (*das sollen*) mengandung makna normatif, karena itu Ilmu Hukum adalah ilmu normatif yang berfungsi menjelaskan masalah pokok tentang norma dan bukan untuk membuktikannya.
- (ii) Istilah norma digunakan menggantikan kata '*rule*' (peraturan) karena dua alasan: (1) ditakutkan penggunaan istilah '*rule*' (peraturan) akan konfus dengan ilmu-ilmu alam; (2) kata '*rule*' tidak tepat untuk meliputi kasus norma spesifik mengenai tindakan yang bersifat tidak menentu. Terutama juga karena teori ini tekanan utamanya pada masalah "norma-norma umum".
- (iii) Berkenaan dengan makna norma sebagai ekspresi dari ide mengenai apa yang seharusnya dilakukan oleh seseorang, memuat empat proposisi yaitu: (1) norma berarti tindakan yang dikehendaki, yang sifatnya logis; (2) semua norma meski dalam satu tata hukum nasional dibentuk karena tindakan nyata yang dikehendaki; (3) norma dasar (*grundnorm*) dari tata hukum nasional adalah norma yang diandaikan dalam pernyataan ilmu hukum yang membentuk tata hukum nasional itu; (4) norma dasar/*grundnorm* yang diandaikan, bentuknya logis dalam arti tindakan yang dikehendaki itu isinya imaginasi yang seharusnya.
- (iv) Peraturan hukum dalam makna norma-murni adalah proposisi normatif, dipertegas oleh beberapa pernyataan dalam ilmu hukum menjadi bagian hukum positif, sumbernya terdiri atas tindakan legislasi. Peraturan hukum dalam arti norma murni itu terdiri atas empat tipe norma menurut fungsinya

² *Ibid.*, hal. 34.

yaitu: (a) norma perintah, (b) norma izin, (c) norma kewenangan, dan (d) norma derogasi.

- (v) Merujuk doktrin dalam sistem hukum, norma dasar/*grundnorm* merupakan sumber konstitusional keseluruhan norma-norma yang berasal dari periode waktu konstitusi itu ditetapkan termasuk perubahannya, dan perubahan norma-norma itu hanya terjadi apabila ada pelanggaran terhadap konstitusi.³

Penilaian J.W. Harris terhadap “Teori Hukum Norma-Murni dari Hans Kelsen, dapat disarikan: (i) teori hukum norma murni sesungguhnya bukan tentang hukum, tetapi mengenai disiplin institusional ilmu hukum, aspek praktis dari ilmu hukum; (ii) Kelsen lebih memilih menggunakan istilah norma (*norm*) daripada aturan (*rule*) dengan alasan Kelsen takut akan berujung pada kebingungan dengan ilmu alam, tetapi istilah *norm* juga memiliki ambiguitas khusus karena digunakan pula dalam ilmu sosial untuk mendeskripsikan *rule situation* (keadaan dari suatu aturan); (iii) tentang norma dasar (*grundnorm*) sebagai dasar sumber legislatif akhir, sama dengan konstruksi metaforis suatu kehendak yang berdaulat, sebagai norma hipotesis, semua norma berasal dari suatu rentang waktu pengesahan konstitusi termasuk perubahannya, dan sistem selalu berubah hanya ketika konstitusi dilanggar secara terus-menerus. Karena itu doktrin norma dasar (*groundnorm*) Hans Kelsen, gagal untuk membedakan antara sistem hukum *momentary* (sesaat) dan *unmomentary* (ajeg).⁴

c. Teori Hukum Psikologi

Titik tolak dari Teori Hukum Psikologi pada prinsipnya bahwa peraturan hukum itu dipandang sebagai pencerminan ide-ide yang bermukim di dalam imaginasi. Berdasarkan postulat ini, “Teori Psikologi Hukum” menjelaskan fenomena sistem hukum sebagai berikut:

- (i) Eksistensi peraturan hukum hanya atas dasar latar belakang psikologi, dalam mana peraturan itu, seperti halnya peraturan

³ *Ibid.*, hal. 34, 39, dan 42.

⁴ *Ibid.*, hal. 35, lihat juga, Jimly Asshiddhiqie, dkk., *op.cit.*, Konpress, Jakarta, hal. 152 dan 153.

tentang perilaku lainnya adalah sama dengan peraturan yang dicita-citakan.

- (ii) Mengenai peraturan yang dicita-citakan ada dua pandangan, ada yang memahaminya bahwa hukum yang dicita-citakan sebagai bentuk perintah yang independen (pendapat **Olivercona**), dipihak lain **Alf Ross** memahami peraturan yang dicita-citakan merupakan bentuk instruksi atau perintah sama dengan perintah hukum positif.
- (iii) Psikologi merupakan bagian yang berperan karena konstiusionalitas bekerjanya hukum secara efektif dalam arti baik itu undang-undang (*formal legislation*), putusan pengadilan (*judicial decision*), tindak pemerintahan (*administration behavior*) membutuhkan paksaan fisik sebagai wujud pelaksanaan kekuasaan.
- (iv) Ilmu hukum mendeskripsikan bahwa sistem hukum nasional adalah suatu skema penafsiran terhadap perilaku yang dimotivasi oleh ideologi pejabat, termasuk nilai-nilai legalitas dan konstiusionalitas.
- (v) Lebih jauh validitas peraturan menurut Ilmu hukum adalah peraturan yang dapat diprediksi memengaruhi perilaku verbal para pejabat.⁵

“Sistem Hukum” dimaknai sebagai himpunan peraturan yang diidealkan dapat diprediksi akan memengaruhi perilaku para pejabat dalam satu komunitas politik. Senada dengan itu “peraturan hukum dimaknai sama dengan keseluruhan peraturan yang ideal yaitu secara psikologi direpresentasikan oleh pernyataan normatif tentang perilaku, disertai dorongan positif atau negatif yang bersifat perintah.

d. Teori Hukum Perilaku

J.W. Haris menegaskan bahwa Teori Hukum Perilaku ini berusaha untuk mencari konsep-konsep yang dapat menjelaskan makna dari pernyataan-pernyataan tentang perilaku manusia yang dapat diamati. Inti teorinya dideskripsikan, sebagai berikut:

⁵ J. W. Harris, *op.cit.*, hal. 43.

- i. Pola-pola perilaku masyarakat merupakan sandaran untuk menjelaskan konsep-konsep seperti kontrak, hak, kewajiban, kepemilikan, korporasi dalam kerangka sistem hukum dan peraturan hukum.
- ii. Peraturan hukum merupakan sistem hukum yang menurut Ilmu Hukum tidak lain menjadi mesin keadilan bagi lembaga penegakan hukum, dan menurut ilmu sosial sebagai “aturan-situasi” fokus pada problem perilaku dan psikologi.
- iii. Konsep-konsep hukum seperti kontrak, hak, kewajiban, kepemilikan, korporasi, peraturan hukum dalam analisisnya diperkaya karena pengaruh sosiologi, sehingga berkaitan dengan konsep-konsep sosial lainnya.
- iv. Dalam setiap masyarakat memiliki ‘peraturan primer’ (*primary rule*) dan ‘peraturan sekunder’ (*secondary rule*). Peraturan primer paling sedikit berkaitan dengan tiga persoalan pokok yaitu: kekerasan (*violence*), pencurian (*theft*), dan penipuan (*deception*) memerlukan *pressure* sosial berupa paksaan fisik dan kewajiban yang berada pada ‘peraturan sekunder’ (*secondary rule*) terdiri atas tiga norma yaitu: norma pengakuan, norma perubahan, dan norma adjudikasi (penghukuman atau penyelesaian sengketa).
- v. Kesatuan dari ‘peraturan pertama’ (*primary rule*) dan ‘peraturan kedua’ (*secondary rule*) sebagai satu kesatuan merupakan sistem hukum fokus utamanya untuk menganalisis tugas (*duty*) selanjutnya untuk menganalisis konsep-konsep lainnya berkenaan dengan standard pola-pola perilaku masyarakat.

Penilaian dari **J.W. Harris** terhadap “Teori Hukum Perilaku”, dikemukakan, ditinjau dari sisi metodologi teori ini dapat menjembatani Ilmu Hukum dengan Ilmu-ilmu sosial lainnya, sehingga dapat memperkaya konsep-konsep hukum dengan konsep-konsep sosial pada umumnya. Disisi lain sesuai dengan pandangan **Hart**, kesatuan ‘peraturan primer’ (*primary rule*) dan ‘peraturan sekunder’ (*secondary rule*) bukan hanya jantung sistem hukum, tetapi sarana yang punya potensi kuat untuk menganalisis teka-teki dari teoritisasi hukum dan teoritisasi politik.⁶

⁶J. W. Harris, *ibid.*, hal 53 dan 58.

e. Teori Hukum Sengketa

Ilmu Hukum Amerika abad ke-20 bertumpu pada sengketa bukan lagi pada peraturan, terekam dalam ungkapan: “hukum apa yang diputus oleh pejabat”. Teori Hukum Sengketa, menjelaskan eksistensi sistem hukum dalam kerangka konflik yuridikal, sebagai berikut:

- (i) Sejatinya obyek ilmu hukum itu tidak lain aktivitas pejabat khususnya hakim.
- (ii) Peraturan hukum berfungsi sebagai *ex post facto* untuk merasionalisasi putusan hakim atau peraturan perundang-undangan sebagai pedoman untuk menjustifikasi putusan pengadilan.
- (iii) Berseberangan dengan ‘Teori Hukum Norma-Murni’ (*pure-norm*), ‘Teori Hukum Sengketa’ menolak asas-asas logika hukum baik asas subsumsi, asas eklusi, asas derogasi, maupun asas non-kontradiksi.
- (iv) Berkaitan dengan penolakannya terhadap asas subsumsi dan asas eklusi, Teori Hukum Sengketa juga menolak paham suatu sistem hukum bersifat tertutup, tetapi sistem hukum itu bersifat terbuka.
- (v) Keterbukaan dari suatu “sistem hukum”, menampakkan diri bahwa komponen sistem hukum itu merupakan satu kesatuan himpunan peraturan, asas-asas, pepatah-petitih (*maxim*), doktrin, moral, kebijakan, dan klasifikasi yang dinamis, yang ditemukan sebagai bagian dari tradisi para pejabat pengadilan dalam menyelesaikan konflik yuridikal.⁷

Penulis mencatat, hal yang penting dari karakter normatifnya, yakni, ‘Teori Hukum Sengketa’ meskipun menolak keempat asas logika hukum, namun peraturan perundang-undangan sama sekali tidak diabaikan, karena peraturan tertulis (*paper-rules*) menjadi pilihan bagi hakim untuk dijadikan pedoman dalam memutus perkara. Dikemukakan oleh eksponen/penganut *The Dispute Theory of Law*, terinspirasi adagium Oliver Wendel Holmes (Realis Amerika), *the life of law as not only logic but experience*

⁷ *Ibid*, hal. 64-69.

artinya penerapan undang-undang oleh hakim bukanlah semata-mata persoalan logika, tetapi merupakan pemberian bentuk yuridis kepada asas-asas hukum material berdasarkan pengalaman dan penilaian hakim.

2. Jenis Teori Ajudikasi

Lord dan Hamstead M.D.A., mengemukakan jenis Teori Ajudikasi, senada dengan Teori Sengketa (*The Dispute Theory of Law*, perlu pula disimak *Ajudication Theory* (Teori Ajudikasi) yang dipandang sebagai *modern legal theory*, bergiat mengeksplor bekerjanya sistem hukum dari dalam. Meskipun disebut *jurispruden* baru, tetapi sama sekali tidak meninggalkan pandangan bahwa pengadilan lah yang mereposisi peraturan melalui putusan hakim, karena hakim tidak pernah menciptakan hukum baru tetapi hanya mendikler penerapan yang segar atas peraturan lama.⁸ Hal ini mengingatkan kita pada pendapat **Ronald Dwrkin** yang menulis bahwa meskipun doktrin sistem hukum telah dimodifikasi secara gradual, tetapi seringkali tersendat-sendat dan tidak mencukupi untuk memenuhi kebutuhan sosial baru. Dalam pada itu ortodoksi peradilan masih berpegang teguh sebagai jangkar asumsi bahwa hakim menerapkan hukum yang berlaku dan tidak membentuk hukum baru, dan tradisi hierarkis tampak tetap hidup, baik seperti yang dilakukan Hakim *Supreme Court* (Mahkamah Agung Amerika Serikat) sebagai “Empu Hukum Tertinggi” dan Pengawal Konstitusi, maupun Hakim *Common Law* semata-mata untuk menghormati peradilan berkenaan dengan hukum”. Teori Ajudikasi juga menjelaskan mengenai keabsahan sumber hukum yang digunakan oleh *lawyers* dan para hakim dalam proses peradilan.

Dikemukakan, ada dua pendapat yang berbeda. *Pertama*, **Salmond** yang menggunakan pendekatan “*Kelsenian’s jurisprudence*, berpendapat bahwa putusan pengadilan memiliki kekuatan hukum bersifat legal karena bersumber pada norma fundamental. Norma fundamental itu adalah *grundnorm* atau *basic rule* (norma dasar) yang diakui dalam sistem hukum. *Kedua*, **H.L.A Hart** bertumpu pada “*rule of recognition*” (norma pengakuan), bahwa

⁸ Hamstead< M.D.A., *Lord Lloyd’s An ntroduction of Jurisprudence*, 1254.

UU yang dibentuk oleh Parlemen begitu pula putusan pengadilan memiliki kekuatan hukum, karena para hakim, pejabat, dan warga negara perseorangan mengakui bahwa 'norma primer' (*primary rule*) diidentifikasi dengan menggunakan kriteria tertentu yakni UU yang ditetapkan oleh badan pembentuk hukum (*legislature*), dan putusan pengadilan bagian dari putusan pengadilan yang mengikat pengadilan lain secara hierarkis (yuriprudensi).

Di balik itu, keputusan pejabat dan warga negara perseorangan merupakan wujud pengakuan hukum secara faktual. Pada *common law system*, berlaku asas preseden bahwa putusan pengadilan bersumber pada putusan pengadilan terdahulu didasarkan doktrin *stare decisis*, hukum bersumber dari tradisi yang disebut *customary law* dan hakim sebagai pembentuk hukum (*judge made law*). Meskipun hakim membentuk hukum dalam *judge made law*, peran hakim mewakili keseluruhan lembaga, tetapi perilakunya terikat pada peraturan. H.L.A. Hart menulis,

The role of judge stands in relationship to other role, the totally of comprises the institutions of law Judges are part of the legal order, that is part of a society in which human conduct is governed by rules. Ideally rules enable society to function smoothly and efficiently" (Peran hakim berada dalam hubungan dengan peran lain, yang keseluruhannya terdiri atas institusi-institusi hukum. Para hakim bagian dari tata hukum, yakni bagian dari masyarakat yang tingkah laku orangnya diatur oleh peraturan hukum. Idealnya peraturan hukum memungkinkan masyarakat menjalankan fungsinya secara tenang tanpa konflik dan secara efisien).

B. Jenis-jenis Teori Hukum dalam Ilmu Hukum Empiris

Dekade 1950-an Amerika menerima kajian hukum perspektif dan metode studi ilmu sosial. Dalam pengkajian teori hukum perspektif ilmu sosial, lebih relevan dan lebih hidup jika ada integrasi antara teori hukum, teori politik, dan teori sosial.⁹

1. Teori Keadaan Dasar Hukum

Philippe Nonet dan Philip Selznick, mengonstruksikan Teori Keadaan Dasar Hukum, dalam bukunya berjudul *Law and Society in Transtition: Toward Responsive Law* (1978). Ia mengemukakan

⁹ Phillips Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif*, 210, hal. 4.

fenomena, keadaan tiga tipe hukum sebagai berikut. **Pertama**, Tipe Hukum Represif, dari semula mengasumsikan bahwa keberadaan tata hukum, memiliki karakter, yaitu:

- a. Setiap tata hukum pada titik tertentu memiliki potensi mengenalkan ketidakadilan dan tipenya represif karena selalu bertalian dengan *status quo* dan melindungi otoritas, sehingga menjadikan kekuasaan lebih efektif.
- b. Hukum represif mengindikasikan kekuasaan pemerintahan mengabaikan kepentingan dan legitimasi rakyat yang diperintah.
- c. Ini berarti hukum represif mengabdikan kepada kekuasaan, lebih menitik beratkan pada efektivitas kekuasaan, terpeliharanya tata tertib daripada kepentingan masyarakat.

Dalam posisinya itu sangat jelas dan secara sistimatis **hukum represif** memperlihatkan ciri-ciri sebagai berikut:

- a. lembaga-lembaga hukum langsung dapat diakses oleh kekuasaan politik, hukum identik dengan kekuasaan dan ditempatkan di bawah tujuan negara.
- b. kelanggengan sebuah otoritas, menyiratkan suatu urusan administrasi hukum merupakan hal yang sangat penting. Dari perspektif resmi, yang terbangun, masuknya manfaat sistem diragukan dan kenyamanan pemerintahan yang menjadi titik berat.
- c. badan-badan kontrol yang terspesialisasi, seperti polisi, menjadi pusat-pusat kekuasaan yang independen, mereka terisolasi dari konteks sosial yang berfungsi memperlunak dan mampu menolak otoritas politik.
- d. suatu rezim hukum ganda melembagakan keadilan kelas dengan mengkonsolidasikan dan melegitimasi pola-pola subordinasi masyarakat.
- e. hukum pidana mendominasi adat istiadat, dan moralitas hukum yang berlaku.¹⁰

Kedua, Tipe Hukum Otonom. Nonet dan Selznick mendeskripsikan bahwa kelahiran hukum otonom, menjadikan tata hukum sumber untuk menjinakkan represi atau penindasan.

¹⁰ Ibid., hal 32.

Secara historis perkembangan tersebut dikenal sebagai *rule of law*. Istilah *rule of law* ini penekanannya pada eksistensi hukum, ditandai aspirasi hukum dan politik menciptakan *a government of laws and not of man* (pemerintahan hukum dan bukan pemerintahan oleh manusia). Mereka memahami bahwa: “*rule of law*” eksis ketika lembaga-lembaga hukum mempunyai otoritas yang cukup independen untuk memaksakan standard-standard dalam membatasi pelaksanaan kekuasaan pemerintahan. Mereka juga lebih memandang *rule of law* sebagai suatu sistem yang real dan bukan suatu konsepsi yang abstrak-ideal. Sistem ini menjadikan terbentuknya lembaga-lembaga hukum yang terspesialisasi dan relatif otonom, memiliki supremasi menentukan bidang-bidang kewenangan. Dengan risiko menyumbang jargon baru, seperti “kebebasan kekuasaan Kehakiman”. Nonet dan Selznick menamakan sistem ini sebagai rezim hukum otonom (*regime of autonomous law*). Karakter utama tipe hukum otonom dapat diringkas sebagai berikut:

- a. Hukum terpisah atau netral dari politik. Secara khas sistem hukum ini menyatakan kemerdekaan kekuasaan kehakiman, dan membuat garis tegas antara fungsi legislatif dan yudisial.
- b. Tata hukum mendukung “model peraturan”, fokus pada menegakan peraturan untuk ukuran akuntabilitas para pejabat; dan pada waktu yang sama membatasi kreativitas badan peradilan campur tangan dalam domain politik.
- c. Prosedur adalah jantung hukum, keteraturan dan keadilan prosedural tujuan dan kompetensi utama dari tata hukum, bukan keadilan substantif.
- d. Kepatuhan hukum dipahami sebagai kepatuhan sempurna pada peraturan-peraturan hukum positif. Kritik terhadap hukum positif harus disalurkan lewat proses politik.

Sesungguhnya dalam tipe hukum otonom yang melahirkan *rule of law* ciri utamanya adalah pemisahan hukum dan politik serta independensi kekuasaan kehakiman. Ciri utama model *rule of law*, dan dukungannya pada otonomi kelembagaan adalah pemisahan antara kehendak politik dan putusan hukum. Hukum diangkat di atas politik; hukum positif ditegakan untuk

mewujudkan standard yang disetujui publik, otentifikasinya melalui proses konstitusional, yang telah dijauhkan dari pertentangan politik. Ini berarti penegakkan hukum melalui putusan hakim yang independen dapat diterima publik apabila putusan hakim itu berada pada wilayah nonpolitik. Akibatnya terjadi tawar-menawar historis, kata Nonet dan Selznick, yakni institusi-institusi hukum memperoleh otonomi prosedural dengan syarat mengorbankan otonomi substantif. Komunitas politik mendelegasikan kepada para ahli hukum otoritas terbatas untuk bertindak bebas dari campur tangan politik, namun disertai syarat bahwa para yuris harus menjauhkan diri dari pembentukan kebijakan publik. Itulah merupakan perwujudan dari suatu periode kemenangan independensi kekuasaan kehakiman. Karakteristik hukum otonom jelas menunjukkan kapasitasnya untuk mengendalikan otoritas penguasa dan sekaligus membatasi hak dan kewajiban warga negara. Namun dalam perkembangannya muncullah masalah dan tuntutan baru agar hukum merespons secara fleksibel problem sosial yang makin kompleks, sehingga dirasakan kebutuhan akan tata hukum yang responsif. Dalam kerangka visi mewujudkan tata hukum yang responsif serta penyatuan kembali politik dan hukum, lahirlah rezim hukum responsif. **Ketiga, Tipe Hukum Responsif. Nonet dan Selznick** menengarai bahwa pencarian hukum responsif dipicu pemikiran aliran Realisme Hukum Amerika yang ditopang oleh filsafat pragmatisme. Teori Kepentingan Sosial dari **Roscou Pound** secara eksplisit mengembangkan model hukum responsif. Postulat yang diajukan "hukum yang baik" merupakan representasi keadilan prosedural harus dilengkapi dengan keadilan substatif yang menjadi dasar legitimasi bagi hukum responsif. Karakteristik tipe hukum responsif dapat diidentifikasi, yaitu:

- a. Legitimasi hukum berdasarkan pada keadilan substantif bukan keadilan prosedural;
- b. Aturan hukum tunduk pada asas-asas dan kebijakan publik;
- c. Penalaran bertujuan, memperluas kompetensi kognitif;
- d. Diskresi diperluas, tetapi untuk tujuan yang dapat dipertanggungjawabkan;

- e. Moralitas mencakup moralitas rakyat dan moralitas kerja sama;
- f. Hukum dan aspirasi politik terintegrasi; percampuran kekuasaan (*blending power*);
- g. Partisipasi akses diperluas, juga integrasi hukum dan pembelaan terhadap masyarakat.¹¹

Teori Keadaan Dasar Hukum dari **Nonet** dan **Selznick** dengan tiga tipe hukum yakni tipe hukum represif, tipe hukum otonom, dan tipe hukum responsif merupakan konsepsi abstrak, artinya, jarang atau tidak pernah terealisasi secara empiris. Setiap tata hukum dan institusi hukum yang ada mungkin bersifat campuran dari ketiga tipe hukum itu. Ketiga Teori Keadaan Dasar Hukum, dari tiga tipe hukum itu perkembangan karakteristiknya digambarkan oleh **Philippe Nonet** dan **Philip Selznick** dalam bagan seperti di bawah ini.

Tiga Tipe Hukum: Represif, Otonom, dan Responsif

	Hukum Represif	Hukum Otonom	Hukum Responsif
TUJUAN HUKUM	Tata tertib	Legitimasi	Kompetensi
LEGITIMASI	Pertahanan Sosial dan demi kepentingan negara sendiri.	Keadilan Prosedural	Keadilan Substantif
PERATURAN	Kasar dan detail tetapi hanya lemah mengikat pembuatnya/penguasa.	Panjang lebar, mengikat pemerintah dan yang diperintah Seksama, menghomati otoritas hukum mudah mengarah ke formalisme dan legalisme.	Dilandasi asas-asas dan kebijakan.

¹¹ *Ibid.*

PENALARAN	<i>Ad hoc</i> ; layak dan spesifik.	Dibatasi oleh aturan hukum; pendelegasian sangat terbatas.	Purposif; memperluas kompetensi kognitif.
DISKRESI	Sangat umum; oportunistis.	Dikontrol oleh pembatasan-pembatasan hukum	diperluas, tetapi akuntabel sesuai dengan tujuan
PAKSAAN	Ekstensif, pembatasan yang sangat lemah	Sesuai aturan hukum positif dan prosedur beracara.	Positif dalam pencarian alternatif; misalnya untuk insentif, mendukung sistem-sistem kewajiban swasembada.
MORALITAS	Moralitas komunal, moralisme hukum; moralitas yang dibatasi demi kepentingan negara	Moralitas institusional; yaitu sangat memperhatikan integritas proses hukum.	moralitas rakyat; "moralitas kerjasama"
POLITIK	Hukum tunduk pada kekuasaan politik	Hukum bebas dari politik, pemisahan kekuasaan.	Hukum dan aspirasi politik seiring - sejalan; pembauran kekuasaan.

HARAPAN KETAATAN	Tanpa syarat tidak taat dihukum sebagai pembangkangan	Penyimpangan aturan dibenarkan misalnya untuk menguji validitas undang-undang dan peraturan.	Ketidaktaan dinilai sebagai kesalahan substantif yang ringan; dipahami sebagai munculnya isu legitimasi
PARTISIPASI	Patuh secara sukarela, kritik tanda tidak loyal	Akses dibatasi prosedur; memunculkan kritik hukum	Akses memperluas integrasi hukum dan advokasi masyarakat

Sumber:diolah dari Phillpe Nonet dan Philip Selnick,1978: 16; (lihat juga Khudzafiah Dimiyati, 1990: 101; Mahfud, MD, 2009: 28)

Mencermati ketiga tipe hukum yang merupakan inti dari teori Nonet dan Selznick, dapat dikatakan dari sisi hubungan hukum dan politik, bahwa jika politik yang mengooptasi hukum atau hukum tunduk pada politik, maka akan dominan melahirkan **tipe hukum represif**, yang dapat ditampilkan dengan ungkapan “hukum seperti pisau, tajam ke bawah tumpul ke atas” artinya hukum kejam pada rakyat kecil, tetapi lembek terhadap yang punya kekuasaan baik politik maupun uang. Namun jika hukum netral dari politik, melahirkan **tipe hukum otonom**, terutama ditandai dengan “kebebasan kekuasaan kehakiman”, dan “hakim pengadilan tidak boleh mencampuri kekuasaan lembaga politik dan aktivitas politik”, bahkan pengadilan tidak boleh menguji undang-undang sekalipun UU itu tidak adil dan inkonstitusional. Terakhir, **tipe hukum responsif**, tindak terjadinya jalinan yang serasi antara hukum dan politik atau “hukum dan politik seiring sejalan”, artinya politik harus berdasarkan legitimasi hukum, dan hukum harus diperkuat oleh politik, tipe hukum ini diasumsikan akan lahir dalam sistem politik yang demokratis; tipe hukum responsif yang diidealkan.

2. Teori Hukum Fungsional

Tokoh dari teori ini adalah J. Ter Heide (Guru Besar Ilmu Hukum Universitas Rotterdam, Belanda). Inti teorinya dapat dideskripsikan sebagai berikut:

- a. Berfungsinya hukum dapat dipahami sebagai pengartikulasian suatu hubungan yang ajeg di antara berbagai variabel yang bersifat yuridis dan nonyuridis;
- b. Hubungan antar variabel dikonstruksikan dalam rumus atau formula " $B=fPE$ ", yang berarti perilaku para yuris, hakim, pembentuk undang-undang, warga masyarakat (**B**) berada dalam suatu hubungan yang bersifat ajeg (**f**) terhadap di satu pihak berbagai norma hukum (**P**) dan di lain pihak lingkungan-lingkungan kongkret (**E**);
- c. Dengan cara ini diperoleh pemahaman berfungsinya hukum secara efektif menunjukkan data dalam konteks sosial-kemasyarakatan yang di dalamnya tidak hanya keadaan lingkungan faktual, tetapi juga harapan-harapan, norma-norma, asas-asas juga mempunyai arti penting;
- d. Dengan demikian tindakan yuridis tidak hanya menerapkan dan menetapkan norma-norma hukum, tetapi juga menciptakan harapan-harapan dan mengartikulasi "makna" yang terkandung dalam suatu cakrawala pengalaman tertentu".¹²

3. Teori Sistem

Tokoh dari teori ini adalah **Niklas Luhman** (Yuris-Sosiolog, Jerman), bukunya berjudul *Grundrechte Als Institution* (1965), di Belanda diperkenalkan oleh **MC. Burken** (Guru Besar Hukum Tata Negara, Universitas Utrecht) dalam bukunya berjudul *Bepreking Grondrechten* (1969). Inti teorinya dapat dideskripsikan, sebagai berikut:

- a. Hukum harus dipahami dengan latar belakang masyarakat dalam arti yang seluas-luasnya;
- b. Manusia hidup dalam berbagai hubungan antara yang satu dengan yang lain dan mempunyai harapan-harapan

¹² DHM Muwissen, *op.cit.*, hal 19.

tentang perilaku masing-masing dan reaksi-reaksi masing-masing terhadapnya;

- c. Sistem itu memperlihatkan sejumlah besar bentuk-bentuk misalnya politik, ekonomi, hukum, dan daya jangkauan dari hukum adalah semua peran-peran yang majemuk ini memperlihatkan sifat yang khaostis, fungsi sistem di sini adalah mereduksi kompleksitas menjadikannya struktur-struktur terlihat jelas kerangkanya, dengan cara itu kehidupan menjadi tertata;
- d. Agar sistem yang lain yakni sistem politik, ekonomi dan sosial berfungsi, hukum sesuai karakternya yang normatif legalistik menentukan keputusan-keputusan hukum yang mengikat masyarakat;
- e. Hukum mengambil dari masyarakat yakni menerima berbagai *input* baik tuntutan maupun dukungan dan mengolahnya menjadi *output* berupa keputusan-keputusan; dengan demikian harapan-harapan yang kompleks dapat direduksi menjadi aturan-aturan hukum yang dapat diprediksi atau diperhitungkan.¹³ Dapat disimpulkan bahwa menurut “teori sistem” hakikatnya hukumlah yang menggerakkan bekerjanya sistem-sistem sosial lainnya.

4. Teori Hukum Politik

Teori ini dikemukakan oleh **R. Wietholter**. Teori Hukum Politik bertujuan untuk membebaskan hukum dari keabstrakannya dan menonjolkan implikasi-implikasi politik dari hukum. Teori Hukum Politik, menjelaskan keterkaitan hukum dan politik sebagai berikut:

- a. Hukum dipandang sebagai kategori politik yakni suatu sarana untuk mewujudkan pergaulan hidup yang baik dan adil;
- b. Hukum bukan fenomena yang tidak bebas nilai dalam arti netral dari politik, tetapi didalamnya berkaitan secara immanen dengan politik;
- c. Hukum selalu merupakan resultante (produk) politik dalam konteks ideologi; dan

¹³ Ibid., hal. 20.

- d. Dalam arti tertentu teori hukum politik berafinitas atau dekat dengan teori hukum Neo-marxis.¹⁴

Menurut pandangan **Shapiro**, berkembangnya mazhab *Political Jurisprudence* menunjukkan bahwa *Political Jurisprudence* adalah perluasan unsur-unsur tertentu dari *sociological Jurisprudence* dan *judicial realism*, dikombinasikan dengan pengetahuan substantif dan metodologi ilmu politik. Inti dari *Political jurisprudence* memandang bahwa visi dari pengadilan sebagai agen politik dan para hakimnya sebagai aktor-aktor politik.¹⁵ Secara lebih operasional, **Shierly Robin Letwin** dalam bukunya *On History of The Idea of Law* (2005) mengemukakan inti pemikiran *Political Jurisprudence*, sebagai berikut:

- a. Putusan pengadilan berpengaruh pada realisasi nilai-nilai kemasyarakatan;
- b. Hakim dalam menafsirkan UU, Preseden, dan dalam menemukan dasar hukum baru dari putusannya, mengombinasikan pertimbangannya atas dasar politik, budaya, dan hukum;
- c. Hakim dalam memutus perkara berkewajiban mengembangkan dan mengonstruksikan teorinya secara mandiri bebas dari pengaruh hakim lainnya;
- d. Dalam mengadili kasus-kasus berat atau rumit (*hard cases*) hakim dalam putusannya menggunakan pertimbangan asas-asas, teori politik, norma-norma budaya; dan
- e. Dalam putusan-putusannya hakim melakukan diskresi untuk melindungi hak-hak individu dari kekuasaan negara.¹⁶

Charles Samford, mengembangkan **Teori Hukum Chaos**, menulis teorinya dalam bukunya berjudul *Disorder of Law: A Critic of Legal Theory* (1989). Satjipto Rahardjo, mengatakan bahwa Teori Chaos yang juga disebut "teori non-sistematik"/"teori mekanistik dalam hukum", memberikan pandangan yang berbeda dan memperlihatkan penolakan terhadap ide keteraturan

¹⁴ L.B. Curzon, op. cit. hal. 44.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ I Dewa Gede Atmadja, *Filsafat Hukum Dimensi Tematis & Historis*, Setara Press, Malang, 2013, hal 183.

yang melekat pada hukum yang dipegang teguh kaum positivistik. Sesungguhnya pemikiran **Samford** merupakan penolakan terhadap teori sistem dalam hukum, yang menganggap bahwa masyarakat selalu dalam keadaan tertib dan teratur (sebagaimana konsep sistem). Pandangan **Samford** memperlihatkan ada cara pandang atau paradigma lain daripada paradigma positivisme yang dalam epistemologi ilmu klasik dikenal sebagai paradigma Newtonian-Cartesian.¹⁷ Demikian juga A. Mukthie Fajar berpendapat bahwa telah terjadi “pergeseran paradigma hukum”, disebabkan oleh penolakan **Charles Samford** terhadap ketiga paradigma teori sistem hukum yang dianggapnya sudah konvensional, yaitu: (1) teori sistem hukum yang berbasis sumber (*sources base*), yakni teori-teori hukum positivis, (2) teori sistem hukum yang berbasis isi (*contentbase*), yakni teori-teori hukum alam baik teori hukum alam irasional dan teori hukum alam rasional maupun teori hukum alam modern, dan (3) teori sistem hukum yang berbasis fungsi (*functionbase*), yakni teori-teori sosiologis. Inti **Teori Chaos** dari **Charles Sanford** dapat dideskripsikan, sebagai berikut:

- a. Hukum tidak dilihat sebagai bangunan serba teratur yang logis-rasional, tetapi yang bersifat *melee* artinya masyarakat bersifat cair, tidak dapat diprediksi, dinamis, tidak bersifat sistematis-mekanis;
- b. Hukum dibangun dari hubungan antar manusia, baik dalam kehidupan sosial maupun hubungan antar individu dengan keseluruhan variasi dan kompleksitasnya yang cenderung bersifat asimetris;
- c. Hukum tunduk kepada kekuatan-kekuatan sentripetal yang menciptakan pranata yang terorganisasi, namun pada saat bersamaan juga tunduk terhadap kekuatan-kekuatan sentrifugal yang melahirkan ketidakteraturan (*disorder*), kekacauan (*chaos*);
- d. Skema dan hubungan yang dirumuskan secara formal dan eksplisit dalam peraturan perundang-undangan tidak serta merta menghilangkan sifat “*melee*” dari masyarakat;

¹⁷ Anton F. Susanto, *Dekonstruksi Hukum*,

- e. Di belakang hukum positif senantiasa terjadi interaksi antar manusia yang lebih menentukan daripada bunyi rumusan undang-undang.¹⁸

Dengan menganalisis teori hukum dari perspektif ilmu hukum baik normatif maupun empiris kita dapat memperluas wawasan terhadap berbagai pandangan yang dijelaskan para ilmuwan hukum (yuris), memperdalam dan memperluas cakrawala studi hukum sebagai disiplin ilmiah. Pendalaman nuansa filosofis diderivasi pada perspektif keilmuan ilmu hukum juga yang merupakan kategori ilmu praktis yang normologis yang merupakan pengaruh dari filsafat ilmu, juga dapat mengembangkan penguasaan pengembangan hukum praktikal. Secara akademis dapat ditelusuri pemikiran-pemikiran para yuris dalam teori hukum yang dikembangkan dalam cabang hukum sektoral.

¹⁸ A. Mukthie Fajar, *Teori-teori Hukum Kontemporer*, Setara Press, Malang, 2013, hal. 31

Teori Hukum dalam Nuansa Hukum Praktikal

5

A. Orientasi Umum

Teori hukum berfungsi untuk memberi penjelasan dalam menentukan pilihan ajaran hukum. Diperlukan rujukan mengaplikasikan hukum praktikal dalam memecahkan problem hukum keseharian. Dalam dimensi praktikal, penulis menelusuri dari cabang hukum pokok (*basic law*) yakni hukum yang dibutuhkan masyarakat dalam hubungan keseharian utamanya di lingkungan domestik. Cabang hukum itu mencakup: Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi, Hukum Pidana, dan Hukum Perdata serta Hukum Acara yang disebut hukum formal. Termasuk teori negara hukum dan teori keadilan terkait praktik hukum, sering dalam disertasi.

B. Teori Hukum dalam Hukum Tata Negara

Dari penelusuran kepustakaan yang secara eksplisit menggunakan label teori, penulis menemukan ada tiga bidang yang paling luas dikenal yaitu: Teori Pemisahan Kekuasaan yang dikemukakan **Baron De Montesquieu** dalam bukunya *L' Esprit de Loi*, bahasa Inggris *The Spirit of the Laws*, dikenal dengan nama teori Triaspolitika, nama yang diberikan oleh Imanuel Kant (Filosof Jerman). Dua bidang teori pada cabang Hukum Tata Negara,

yakni: teori perundang-undangan terdiri dari “teori pembentukan undang-undang”, dan teori tata urutan peraturan perundang-undangan yang relevan dengan *stufenbauthorie* dari Hans Kelsen.

C. Teori Pemisahan Kekuasaan dan Beberapa Modifikasi

Montesquieu dalam teori Triaspolitika menjelaskan bahwa pada setiap pemerintahan (negara) terdapat tiga poros kekuasaan, yaitu, **legislatif** (kekuasaan membentuk undang-undang), **eksekutif** (kekuasaan menjalankan undang-undang), dan **kekuasaan yudisial** (mengadili sengketa terhadap undang-undang). Ketiga cabang kekuasaan negara itu dipisahkan secara riil, tujuannya untuk melindungi hak-hak individu, agar kebebasan terjamin. Dalam bahasa Inggris, Montesquieu menulis:

*In every government there are three sorts of power: the legislative, the executive the judiciary power, and the other simply the executive power of the state.... When the legislative and executive powers are united in the same person or same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehension may arise, lets the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in tyrannical manner. Again, there is no liberty, if the judiciary power that not separated from legislative and executive. Were it joined which the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression.*¹ (Pada setiap negara ada tiga jenis kekuasaan: legislatif, eksekutif, dan kekuasaan yudisial, dan yang lainnya sederhananya kekuasaan eksekutif dari negara.... Bila kekuasaan legislatif dan eksekutif disatukan pada satu orang atau badan *magistrat* yang sama, kebebasan akan tiada; karena timbul ketakutan, bahwa raja atau senat sama-sama menetapkan hukum tirani, dan mereka melaksanakannya dengan cara yang tirani pula. Lagi-lagi kebebasan akan tiada bila kekuasaan judisial tidak dipisahkan dari legislatif dan eksekutif. Penggabungan kekuasaan judisial dengan legislatif, kehidupan dan kebebasan warga negara akan dikendalikan secara sewenang-wenang, karena hakim akan menjadi legislator. Bila kekuasaan judisial dengan eksekutif digabung, maka hakim akan berkelakuan kejam dan menindas).

¹ Baron De Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Translated by Thomas Nugent, Hafner Press, New York, 1949, hal. 151-152.

Dengan demikian, menurut Montequieu, tujuan ajaran pemisahan kekuasaan fokus untuk melindungi hak-hak asasi manusia, dan kekuasaan kehakiman yang merdeka, mengharuskan hakim menyuarkan undang-undang atau hakim sebagai “mulutnya” undang-undang (*la bosche de loi*). Teori Pemisahan Kekuasaan (*Separation of Powers*) dipandang sudah “usang”, namun masih tetap menjadi rujukan dalam studi hukum, serta memunculkan teori yang memodifikasinya, dikaitkan dengan konstitusi negara masing-masing. **Suzane Bierly**, dkk., misalnya mengemukakan bahwa Konstitusi USA yang dikatakan paling kosekuen menerapkan “trias politika”, ternyata memodifikasinya terkait dengan “federalisme”, yang melakukan dua pola pembagian kekuasaan (*division of powers*), yaitu pembagian kekuasaan horizontal dan vertikal.

Pembagian kekuasaan horizontal, Konstitusi USA, membagi kekuasaan negara menjadi tiga cabang pemerintahan, yaitu: (1) Kekuasaan Legislatif, berada di tangan *Congress* yang terdiri atas dua kamar (bikameralisme: *Senat* dan *House of Representative*); (2) Kekuasaan Eksekutif, dipimpin oleh *President*; dan (3) Kekuasaan Yudisial (*Judicial Power*) di tangan *Supreme Court*. Ketiga cabang kekuasaan itu meskipun terpisah tetapi saling mengawasi dan mengimbangi (*check and balances*) yang berarti “*check power to power*” (kekuasaan mengontrol kekuasaan).

Dalam **pembagian kekuasaan vertikal**, Konstitusi USA mengatur pembagian antara kekuasaan pemerintah federal (pemerintah pusat) dengan pemerintah negara-negara bagian (*states*). Teori yang dianut “teori residu” yakni konstitusi menentukan secara rinci apa yang menjadi kewenangan pemerintah federal (*federal government*), sedangkan sisanya (residu) menjadi kewenangan negara-negara bagian (*states*). Kewenangan *federal government* disebut *enumerated powers*, sedangkan kewenangan *states*, dinamakan *policy power*.²

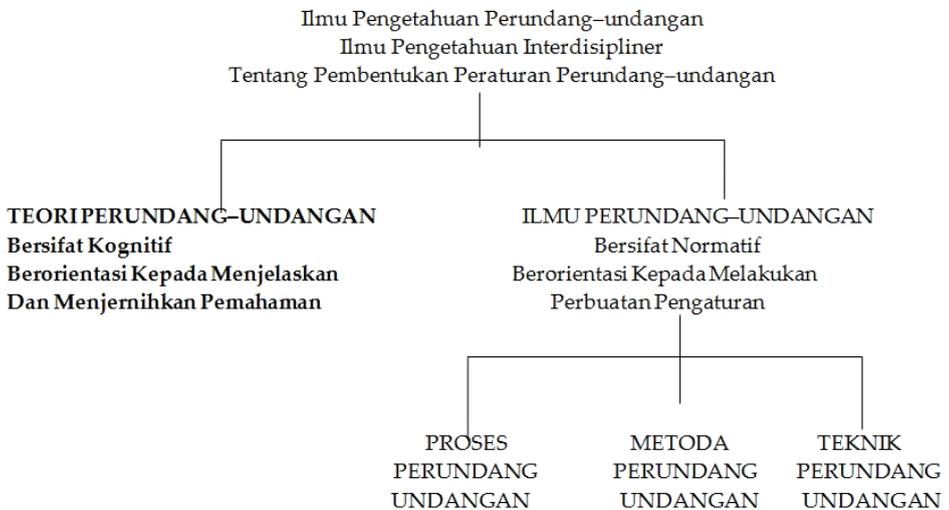
Hilaire Barnet (2003) mengatakan, dalam ajaran pemisahan kekuasaan modern Inggris, Konstitusi Kerajaan Inggris tergolong lemah karena pemencaran atas tiga kekuasaan pada tiga badan

² Suzane Bairly, *et.al.*, *Constitutional Law*, United State, New York, 2006, hal.

atau personal dan fungsinya tidak murni pemisahan kekuasaan, tetapi pemisahan badan itu tidak sepenuhnya baik fungsi maupun personalnya, dan berlaku sistem *check and balances* untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*).³

1. Teori Perundang-undangan (*Gesetzgebungstheorie*)

Karakter teori ini adalah kognitif dan merupakan disiplin yang interdisipliner terkait dengan ilmu politik dan sosiologi, Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan merupakan bidang Hukum Tata Negara. Digambarkan oleh Hamid S. Attamimi, Teori Perundang-Undangan merupakan bagian dari Ilmu Pengetahuan Perundang-Undangan.



Sumber: A. Hamid S. Attamimi, Teori Perundang-undangan Indonesia: Suatu Sisi Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan Indonesia yang Menjelaskan dan Menjernihkan Pemahaman, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia di Jakarta, (Tanggal 25 April 1992)

Teori perundang-undangan, mencakup teori pembentukan produk hukum, dan teori tata urutan peraturan-perundang-undangan, dianalisis di bawah ini:

³ Hialire Barnet, *Constitutional & Administrative Law*, Cavendish Pulisher, London, 2003, hal. 107.

a. Teori Pembentukan Produk Hukum

Pembentukan produk hukum, intinya pembentukan undang-undang dalam pembangunan hukum, dapat dikategorikan sebagai problem hukum makro *law in abstracto* dalam arti membentuk norma hukum umum-abstrak dalam menata pola hubungan manusia bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara serta berkaitan dengan model penyelesaian sengketa.

Di antara beragam teori penulis menganalisis dua teori pembentukan undang-undang, berturut-turut seperti di bawah ini.

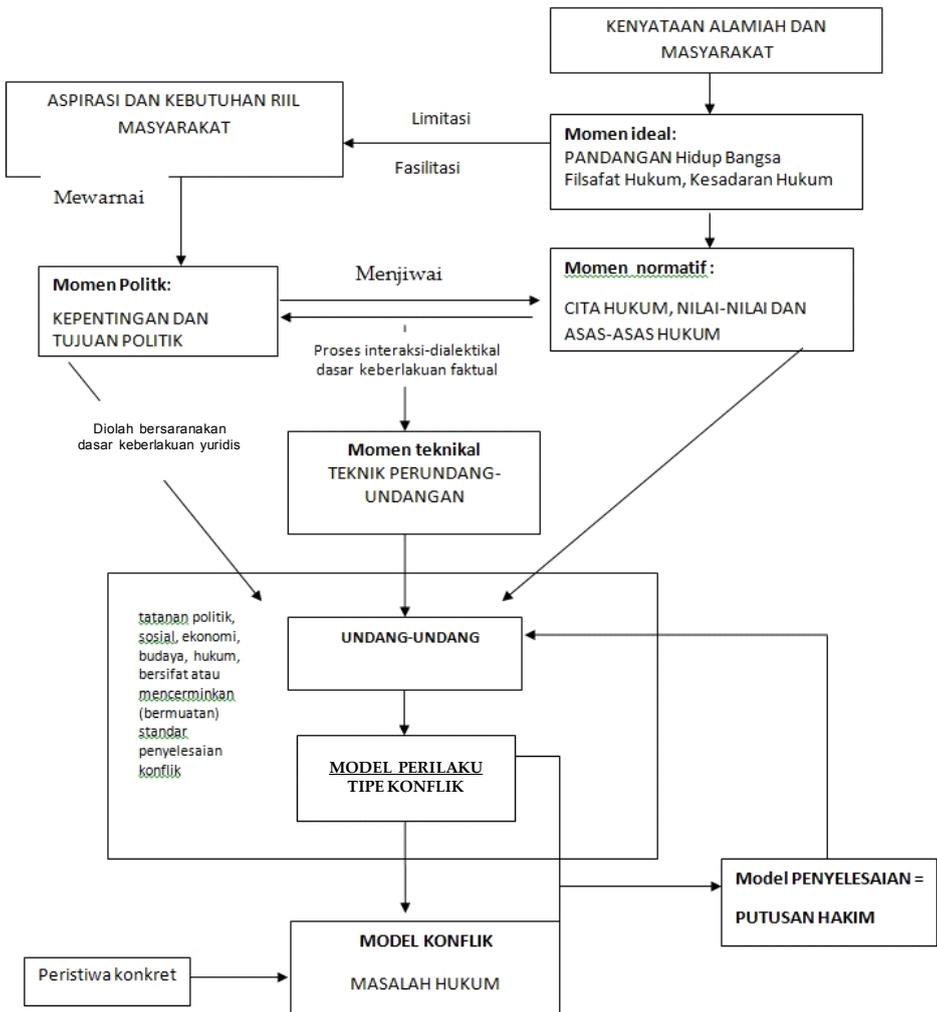
(1) Teori Momentum (*Momentum Theory*)

Teori ini penulis tangkap dari pemikiran **Meuwissen** berkenaan strategi pembentukan hukum (undang-undang) menjelaskan proses keterkaitan empat momen. Keempat momen tersebut mencakup:

- **Pertama, momen idiil-filosofis** yakni berupa pandangan hidup: kultur atau budaya, keyakinan keagamaan, filsafat hukum, kesadaran hukum dan wawasan kebangsaan. Momen idiil ini secara kontekstual diwarnai oleh kenyataan alamiah serta sejarah kemasyarakatan suatu bangsa, dan kesadaran hukum.
- **Kedua, momen politik-aspiratif**: kepentingan dan tujuan politik ditentukan keterkaitannya dengan aspirasi tentang kebutuhan riil masyarakat. Aspirasi dan kebutuhan riil masyarakat memerlukan artikulasi politik menjadi kepentingan dan tujuan politik. Dalam konteks ini peranan legislator sebagai politisi, partai politik dan pandangan kritikal ilmuwan/cendekiawan, media membentuk opini publik menjadi motornya. Momen politik merupakan keberlakuan faktual dan merupakan proses interaksi dialektikal dengan momen ketiga yakni momen normatif.
- **Ketiga, momen normatif**, komponennya cita-hukum; nilai-nilai, Undang-Undang Dasar, asas-asas, norma-norma dan pranata hukum. Secara yuridis inilah momen yang menjadi sentral agar undang-undang dapat mencerminkan tujuan hukum yakni keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan. Oleh karena itu momen normatif merupakan pekerjaan pakar

hukum untuk menentukan asas-asas hukum sebagai *ratiolegis* atau nutrisinya undang-undang, Momen normatif berfungsi sebagai landasan keberlakuan yuridis dari aturan hukum.

- **Kempat, momen teknis**, merupakan karya keterampilan dan kemahiran hukum (*ars*) yakni *legal drafting* (teknik perundang-undangan), singkatnya keterampilan dan kemahiran menyusun sistematika dan penormaan baik mengenai struktur normanya serta merumuskan setiap norma UU. Skema Teori Momentum Pembentukan UU, seperti di bawah ini.



Sumber: diolah dari: B. Arief Sidharta, 1999: 169

(2) Teori Segi Tiga (*Three Angle Theory*)

Teori ini merupakan pemikiran dari Robert B. Seidmann, dalam bukunya berjudul *Law and Development: A General Model*, inti teorinya, sebagai berikut:

- **Pertama**, interaksi politik dalam proses pembentukan hukum (undang-undang) yang menunjukkan proses saling mempengaruhi dan intervensi eksponen-eksponen yang terkait dalam kewenangan legislasi antara pembentuk hukum (*law makers*), birokrasi penegak hukum (*law enforcement bureaucracy*), dan pemegang peran (*role occupants*);
- **Kedua**, dipersepsikan bahwa undang-undang dalam proses pembentukan hukum merupakan produk politik, dan konfigurasi politik dipandang sebagai variabel bebas (*independence variable*), tipe hukum yang dihasilkan dari proses legislasi diposisikan pada variabel tergantung (*dependence variable*);
- **Ketiga**, indikator dari konfigurasi politik ditentukan oleh kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif, dan peran pers (*mass media*), sedangkan indikator proses pembentukan hukum (undang-undang), publikasi rancangan undang-undang, partisipasi masyarakat, komplain publik sebagai pemegang peran dan juga eksponen birokrasi penegak hukum.
- **Keempat**, proses pembentukan ini dalam konfigurasi politik demokratis mengarahkan mekanisme untuk selalu mengarahkan pada pembentukan hukum (undang-undang) responsif terhadap aspirasi, keinginan-keinginan, kebutuhan-kebutuhan, dan kepentingan masyarakat, dikaitkan dengan bekerjanya hukum.
- **Kelima**, dalam kerangka pembentukan hukum (undang-undang) menunjukkan keterkaitan pembentuk undang-undang (*lawmaker*) dalam kewenangannya membentuk aturan berperilaku yang menentukan sanksi, keseluruhannya itu suatu yang kompleks dipengaruhi kekuatan sosial, politik, ideologi, dan kekuasaan-kekuasaan lainnya dan umpan balik dari pemegang peran (*role occupant*) dan birokrasi (*bureaucracy*). Metode yang digunakan disebut **ROCCIPI**, berturut-turut: *Rule* (Peraturan), *Opportunity* (Kesempatan);

Capacity (Kemampuan), *Communication* (Komunikasi), *Interest* (Kepentingan), *Process* (Proses), dan *Ideology* (Ideologi = nilai-nilai dan sikap). Model metode ini dikelompokkan ke dalam dua faktor (a) faktor subyektif terdiri atas: kepentingan (insentif), dan ideologi-politik (nilai dan sikap) yang punya ruang pilihan pribadi yang sangat luas; (b) faktor obyektif, terdiri atas: peraturan, kesempatan, kemampuan pembentuk undang-undang, komunikasi, dan proses.⁴

(3) Teori Hierarki Peraturan Perundang-undangan

Dalam kepustakaan teori ini dipengaruhi oleh *stufenbautheorie* dari Hans Kelsen yang diinspirasi pemikiran muridnya yang bernama Adolf Merkl. Dalam versi yang berbeda, Hans Naviasky (juga murid Hans Kelsen) mengembangkan *therie vom stufenbau der rechtsordnung*. *Stufenbautheorie* dibangun sebagai teori hierarki atau penjenjangan norma. Menurut *stufenbautheorie* bahwa hirarkhi sistem norma itu dideskripsikan, sebagai berikut:

- (i) norma yang tertinggi adalah *Grundnorm* atau *basic norm* (norma dasar);
- (ii) karena *Grundnorm* tidak didasarkan pada norma lainnya, maka *Grundnorm* karakternya ekstra-legal atau meta-yuristik (norma yang diandaikan atau norma hipotesis);
- (iii) norma di bawahnya disebut norma umum, validitasnya didasarkan pada *Grundnorm*; dan
- (iv) norma yang terendah dinamakan norma individual, yang validitasnya berdasarkan norma-norma umum.
- (v) dalam hierarki norma, *Grundnorm* yang karakternya sebagai norma hipotesis, tidak ditetapkan oleh otoritas, karena itu berada di luar tata hukum (positif) dan tidak dapat diubah.

Catatan, bahkan menurut J.H. M. Klanderma (1986), dari pikiran Hans Kelsen itu, "*de Grundnorm niet een rechtsnorm maar gedachte norm*" (*Grundnorm* itu bukanlah norma hukum, akan tetapi adalah norma pikiran). Menurut pandangan Hans Kelsen dalam bukunya *The Pure Theory of Law* (terjemahan Max Knight),

⁴ Yuli Andri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Berkelanjutan*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2009, hal. 133.

menjawab mengenai fungsi *Grundnorm* (bahasa Jerman) atau *basic norm* (Inggris) merupakan jawaban epistemologis bahwa *Grundnorm* berfungsi sebagai dasar obyektif dari tata hukum positif. Dikemukakan sebagai berikut:

Epistemologi dari Teori Hukum Murni adalah: dengan pengandaian *Grundnorm* yang menetapkan bahwa seseorang harus berperilaku sebagaimana yang diatur konstitusi, yakni orang berperilaku sesuai dengan kehendak subyektif pembentuk konstitusi atau menurut ketentuan otoritas pembentuk konstitusi. Fungsi dari *Grundnorm* adalah sebagai dasar validitas obyektif tata hukum positif, yakni menafsirkan makna subyektif tindakan manusia yang mengingkari norma-norma dari tatanan pemaksa yang berlaku efektif dalam maknanya yang obyektif. Dasar validitas norma-norma positif yang ditetapkan oleh yang menciptakan kehendak bertindak dan ketentuan-ketentuan perilaku tertentu itu adalah hasil prosedur silogisme, **premis mayor** ketentuan norma yang normanya secara obyektif dipandang valid, yang mengharuskan seseorang untuk mematuhi perintah pribadi tertentu setiap orang harus berperilaku sesuai dengan perintahnya, **premis minor** penegasan tentang fakta seseorang telah diperintahkan harus berperilaku dengan cara tertentu, dan **konklusinya** adalah pernyataan validitas norma itu bahwa seseorang harus berperilaku sesuai dengan cara tertentu.

Mengenai fungsi *Grundnorm* atau *basic norm* sebagai dasar yuridis dari keseluruhan penilaian validitas hirarkhi peraturan perundang-undangan dan aturan hukum dari satu tata hukum nasional (*national legal order*), dikemukakan dalam Himpunan *Esaay*, diberi judul *What is Justice? Justice, Law, And Politics In The Mirror Science*, bagian yang mengkaji *Value Judgments In The Science of Law* **Hans Kelsen** menulis:

... *Grundnorm* adalah dasar yuridis dari seluruh penilaian/pengujian nilai-nilai yang mungkin dalam bingkai tata hukum suatu negara. Tata hukum itu adalah hirarkhi sistem norma-norma hukum. Dalam garis besarnya bentuk sederhananya, dapat digambarkan susunannya: tingkatan yang paling rendah terdiri atas norma-norma individual yang ditetapkan oleh organ-organ pelaksana/penegak hukum terutama badan peradilan/hakim. Norma-norma individual, 'putusan hakim', juga keputusan badan dan/atau pejabat administrasi keabsahannya

tergantung pada undang-undang, norma umum yang dibentuk oleh legislator; dan hukum kebiasaan/hukum adat wujud norma hukum berikutnya yang tingkatannya lebih tinggi dalam tata hukum. UU dan hukum kebiasaan/hukum adat ini keabsahannya tergantung pada konstitusi bentuk tingkat tertinggi tata hukum dipandang sebagai sistem norma hukum positif. Norma-norma positif adalah norma yang diciptakan oleh umat manusia. Norma-norma yang memiliki tingkatan lebih rendah keabsahan/validitasnya berasal dari norma-norma yang memiliki tingkatan lebih tinggi. Jika kita tidak mempertimbangkan hukum internasional sebagai tatanan hukum superior atas tatanan hukum nasional, maka konstitusi satu negara representasi tingkatan tertinggi dalam tata hukum nasional. Konstitusi itu norma-normanya tidak menerima validitas dari norma hukum positif, tetapi dari norma yang diandaikan oleh pemikiran yuridis, *Grundnorm* yang hipotesis.⁵

Dalam konteks pengandaian pemikiran yuristik (*juristic thinking*), *Grundnorm* yang norma hipotetis itu derajatnya sama dengan pengandaian transendental-logis yang mengacu pada konstitusi tertentu yang secara aktual dibangun dari kebiasaan yang berlaku umum yang secara tidak langsung menciptakan tatanan pemaksa sesuai dengan konstitusi tersebut. Karena itu *Grundnorm* bukanlah produk dari temuan bebas (*free invention*), tetapi praanggapan yang sifat normanya “norma hipotesis” atau norma yang diandaikan dalam pikiran dan mengandung perintah bahwa setiap orang seharusnya bertindak sesuai dengan konstitusi sebagai norma hukum positif tertinggi. Bahkan dari karakternya *Grundnorm* karena tidak ditetapkan oleh suatu otoritas atau pihak yang berwenang, normanya bersifat pengandaian, hipotetis, abstrak dan universal, seta berada di luar sistem hukum nasional, maka “*Grundnorm*” berkrakter “*meta-yuristic*”.

Berbeda dengan Hans Kelsen, salah seorang muridnya yang bernama Hans Naviasky mengemukakan tata urutan norma hukum dalam “*Theorie vom Stufenaufbau der Rechtsordnung*”, mengelompokkan tata urutan norma hukum atas empat jenjang, berturut-turut. *Pertama*, *Staatsfundamentalnorm* (Norma Fundamental Negara; jenjang norma tertinggi; *kedua*, *Staatsgrundgesetz*

⁵ Hans Kelsen, *What is Justice? : Justice, Law and Politics In The Mirror Science*, hal. 221

(Undang-Undang Dasar); *ketiga*, *Formellgesetz* (undang-undang dalam arti formal); dan *keempat*, *Verordnung und Autonomesatzungen* (Peraturan Pelaksanaan dan Peraturan otonom, sebagai urutan norma terendah dalam hierarki peraturan perundang-undangan.⁶ Alam hierarki Peraturan Perundang-Undang Indonesia, bertolak dari kualifikasi Pancasila sebagai dasar negara (*philosophischegrondslag*), merupakan sumber dari segala sumber hukum negara, maka UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang merupakan aturan hukum superior, secara enumeratif-positivistik, diatur dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang, menetapkan tata urutan peraturan perundang-undangan, sebagai berikut:

- (i) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- (ii) Ketetapan MPR
- (iii) Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- (iv) Peraturan Pemerintah;
- (v) Peraturan Presiden; dan
- (vi) Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Model hierarkhi secara enumerasi ini menimbulkan kekhawatiran **Philipus M. Hadjon**, karena yang seyogyanya digunakan pola hubungan hierarkis yang terpusat pada Konstitusi yang merupakan hukum positif tertinggi, dan bukan pola enumerasi atau daftar aturan hukum. Tiga konstitusi yang menganut pola hierarkis, yaitu: 1) **Konstitusi Jerman**; Pasal 31: Hukum Federal mengalahkan hukum negara bagian. Note: rumusan itu menegaskan hukum federal **superior** terhadap hukum negara bagian. Artikel 20 III: kekuasaan legislatif tunduk kepada ketentuan konstitusi, kekuasaan eksekutif dan kekuasaan kehakiman terikat pada ketentuan undang-undang dan keadilan. Note: rumusan itu menegaskan bahwa aturan hukum buatan legislatif **superior** terhadap aturan eksekutif dan yudisial (melalui

⁶ Maria Farida Indriati S., Ilmu Perundang-Undang, Jilid 1, 2007, hal. 45; 1,

rechtsvinding=penemuan hukum). 2) **Konstitusi Belanda**; Pasal 94 *Grondwet*: dalam Kerajaan tidak boleh diterapkan, ketentuan hukum yang bertentangan dengan ketentuan perjanjian (traktat) yang mengikat. Note: rumusan itu menunjukkan bahwa traktat **superior** terhadap hukum nasional. 3) **Konstitusi Perancis**; merumuskan hubungan hierarkhis dengan pola yang lain dibandingkan dengan pola Jerman dan Belanda. Pasal 34 Konstitusi Perancis merumuskan daftar kewenangan **legislatif** dan residual atau sisa dari daftar itu termasuk kewenangan eksekutif yang diatur dalam bentuk "*relgements*".⁷

Berdasarkan pandangan bahwa sistem ketatanegaraan Indonesia menganut "supremasi Konstitusi", maka menurut **Philippus M. Hadjon** jenis aturan hukum seyogyanya membedakan tiga produk hukum utama sesuai dengan kewenangan yang membentuknya, yaitu:

- Undang-Undang Dasar, produk MPR;
- Undang-Undang, produk legislasi (DPR bersama Presiden); dan
- Peraturan, produk eksekutif dalam rangka regulasi.⁸

Kedepan, kekeliruan itu dapat dijadikan dasar pemikiran untuk menyempurnakan hierarki peraturan perundang-undangan melalui revisi Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (UU No. 12 Tahun 2011).

b. Teori dalam Hukum Administrasi

Mengutip pendapat **F.A.M Storink** dan **J.G. Steenbeek**, dalam bukunya *Inleiding in het staats en administratiefrecht* (1985):

*Administratie betekent hetzelfde als bestuur, Administratiefrecht wordt daarom ook wel bestuursrecht genoemd. Men kan bestuur ook opvatten als berstuursfunctie, dat will zeggen al seen overheidstaak die noch wetgeving, no rechtspraak is.*⁹

⁷ Philipus M. Hadjon, dala butir-Butir Pemikiran Dala Hukum, Mempringati 70 Tahun Prof. B. Arief Sidharta, hal. 283.

⁸ *Ibid.*

⁹ Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Adminisrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*, Alumni, Bandung, 2004, hal. 29.

Terjemahan bebas:

Administrasi berarti sama dengan pemerintahan. Karena itu juga hukum administrasi dapat disebut hukum pemerintahan. Pemerintahan dapat juga diartikan fungsi pemerintahan, yang tidak termasuk pembentukan undang-undang dan peradilan.

Craig mengemukakan bahwa objek utama kajian hukum pemerintahan berurusan dengan wewenang pemerintah, pengawasan penggunaan wewenang pemerintah atau pengawasan terhadap wewenang pemerintah, dan tanggung gugat pemerintah sebagai konsekuensi perlindungan hukum terhadap hak warga negara dan hak individu warga masyarakat. Oleh karena itu perspektif teori hukum administrasi atau hukum pemerintahan, jika dianalisis berturut-turut yakni:

1) Teori Cara Memperoleh Wewenang

Dalam literatur Hukum Administrasi dikenal tiga cara perolehan wewenang atau kewenangan berurut-turut: **atribusi**, **delegasi**, dan **mandat**, dalam dimensi legalitas tindak pemerintahan. Ketiga cara memperoleh wewenang tersebut yakni sebagai berikut:

(i) **Atribusi**, pemberian kewenangan oleh pembentuk undang-undang kepada organ atau badan/pejabat pemerintah, inilah yang disebut “atribusi”. Dalam konteks ini “pembentuk undang-undang menciptakan suatu wewenang pemerintahan ‘yang baru’ dan menyerahkannya kepada suatu lembaga/organ pemerintahan. Penyerahan wewenang itu bisa kepada lembaga/organ pemerintahan yang telah ada atau untuk lembaga/organ pemerintahan yang baru diciptakan. Sejalan dengan H.D. van Wijk, ahli Hukum Administrasi Indonesia, **Philipus M. Hadjon**, (Guru Besar Universitas Airlangga), menjelaskan inti teori **atribusi** cara memperoleh wewenang pemerintahan dideskripsikan, sebagai berikut:

- atribusi merupakan cara yang normal untuk memperoleh wewenang pemerintahan;
- atribusi juga merupakan wewenang untuk membuat keputusan (*besluit*) yang langsung bersumber kepada undang-undang dalam arti materiil;

- atribusi merupakan pembentukan wewenang tertentu dan pemberiannya atau didistribusinya kepada organ tertentu;
- pembentukan wewenang dan distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam UUD; dan pembentukan wewenang pemerintahan didasarkan pada wewenang yang ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan;
- dalam hukum administrasi positif ditemukan berbagai ketentuan tentang atribusi. Dalam hukum positif kita (Indonesia), contoh tentang pembentukan wewenang atribusi, antara lain: Pasal 4 ayat (1) UUD 1945: “Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan”; Pasal 76 UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup: “Menteri, Gubernur, atau Bupati dapat menerapkan sanksi administratif kepada penanggung jawab usaha....dst.; Dalam Perda Bangunan ditemukan berbagai variasi pemberian wewenang atribusi, misalnya: “dilarang tanpa izin Bupati untuk mendirikan bangunan di wilayah Rumusan larangan tersebut sekaligus menetapkan wewenang atribusi dari Bupati untuk memberikan izin Mendirikan Bangunan.¹⁰

(ii) **Delegasi**, bentuk penyerahan wewenang oleh organ atau badan dan/atau pejabat pemerintah pemegang wewenang atribusi kepada organ atau badan dan/atau pejabat lain, dengan ketentuan tanggung jawab dan tanggung gugat beralih sepenuhnya ketangan penerima delegasi, yang disebut delegataris. **Philipus M. Hadjon**, merujuk AWB (*Algemene Wet Bestuursrecht*), ketentuan Artikel 10:3 untuk memahami konsep delegasi. Dalam artikel 10: 3 AWB, delegasi diartikan sebagai penyerahan wewenang (untuk membuat “besluit”) oleh pejabat pemerintahan kepada pihak lain dan wewenang tersebut menjadi tanggung jawab pihak lain tersebut. Yang melimpahkan wewenang disebut delegans dan yang menerima wewenang disebut delegataris. Selanjutnya dengan merujuk pendapat **J.B.J.M. ten Berge**, ia menyebutkan ada lima syarat delegasi, yaitu:

¹⁰ Philipus M. Hadjon, *et.al.*, *Hukum Administrasi Dan Tindak Pidana Korupsi*, Gajah Mada University Press, 2011, hal. 11.

- delegasi harus definitif, artinya delegasi tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu.
- delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan.
- delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi.
- kewajiban memberi keterangan (penjelasan), artinya delegasi berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut.
- adanya peraturan kebijakan (*beleidregel*) untuk memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.¹¹

(iii) **Mandat**, dipahami juga sebagai bentuk penyerahan wewenang oleh organ atau badan dan/atau pejabat pemerintahan kepada pegawai bawahannya yang bertindak atas nama organ/badan dan/atau pejabat pemberi mandat yang disebut mandatans. Secara teoritis perlu dicermati penjelasan H.D van Wijk/Konijnenbelt, yang intinya, sebagai berikut:

- mandat terjadi bila organ atau badan yang secara resmi memiliki wewenang pemerintahan tertentu (atribusi atau delegasi) tidak dapat menangani sendiri wewenang tersebut, para pegawai bawahan dapat diperintahkan untuk menjalankan atas nama organ atau badan/ pejabat yang sesungguhnya diberi wewenang;
- pada mandat kita tidak bisa berbicara tentang pemindahan wewenang dalam arti yuridis;
- meskipun yang menjalankan wewenang itu penerima mandat tetapi secara yuridis keputusan yang ditetapkan merupakan keputusan organ atau badan/pejabat pemberi mandat, di sini sesungguhnya kita berbicara tentang bentuk perwakilan organ/badan pemerintahan;

¹¹ *Ibid*, hal. 13.

- pemberi mandat (mandatans) juga tetap dapat menangani sendiri wewenang bilamana ia kehendaki, dan bisa memberikan segala petunjuk kepada para mandatarisnya; dan
- pada akhirnya pemberi mandat (mandatans) lah yang secara yuridis bertanggung jawab dan bertanggung gugat atas tindakan atau keputusan penerima mandat (mandataris), karena keputusan yang diambil berdasarkan mandat, dan perkataan mandataris secara yuridis tidak lain dari perkataan mandatans.
- mandat dapat juga terjadi kepada “bukan bawahan”, dengan syarat: 1) mandataris menerima pemberian mandat, 2) wewenang yang diberikan adalah wewenang sehari-hari, dan 3) ketentuan perundang-undangan tidak menentang pemberian mandat itu.¹²

Menurut pandangan para ahli Hukum Administrasi, dari sisi tanggung jawab dan tanggung gugat dalam memperoleh wewenang pemerintahan berdasarkan **delegasi** dan **mandat** terdapat perbedaan prinsipial. Perbedaannya dalam hal tanggung jawab dan tanggung gugat jabatan, dapat disebutkan pada **delegasi** terjadi penyerahan wewenang dari organ atau badan yang memiliki wewenang atribusi kepada badan dan/atau pejabat lain, di mana penerima delegasi menjalankan wewenang atas namanya sendiri dalam menetapkan keputusan, maka tanggung jawab dan tanggung gugat sepenuhnya berada pada *delegataris*. Oleh karena itu jika terjadi sengketa tata usaha negara, *delegataris* lah yang dapat digugat di muka Pengadilan Tata Usaha Negara. Pada **mandat**, karena dalam penyerahan wewenang itu penerima mandat (mandataris) hanya mewakili pemberi mandat (mandatans), mandataris menetapkan keputusan atas nama mandatans, maka mandataris tidak bertanggung jawab dan tidak bertanggung gugat kepada pihak ketiga apabila timbul sengketa tata usaha negara. Karena mandataris tidak memiliki tanggung jawab jabatan, dan tidak dapat digugat di PTUN.

Wewenang atau kewenangan badan dan/atau pejabat serta penyelenggara negara lainnya merupakan pencerminan asas

¹² Irfan Fachruddin, *op.cit.*, hal 54.

legalitas bagi “tindak pemerintahan” yang dalam konsep Ilmu Hukum Belanda disebut “*bestuurshandelingen*”. Oleh karena itu sesuai dengan asas legalitas, badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam melakukan “tindak pemerintahan” (*bestuurshandelingen*) senantiasa harus berdasarkan peraturan perundang-undang dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginsellen van behoorlijk van bestuur*) disingkat AAUPB.

Menurut **Van Poelje** sebagaimana dikutip oleh Kuntjoro Purbopranoto, memberi arti bahwa “tindak pemerintahan” sebagai tindakan yang dilakukan oleh penguasa dalam menjalankan fungsi pemerintahan, penguasa (*overheid*) sama dengan badan dan/atau pejabat pemerintahan. Tindak pemerintahan (*bestuurshandelingen*) dibedakan atas “tindakan nyata” atau “tindakan materiil” (*fetelijke handelingen*) dan “tindakan hukum pemerintah” (*srechtshandelingen*). Tindak pemerintahan nyata atau materiil (*fetelijke handelingen*) dimaknai suatau tindakan faktual pejabat pemerintahan, contohnya seorang Gubernur meresmikan bangunan infrastruktur, Jalan Tol. Karena tindakan pemerintah yang bersifat faktual dipandang tidak menimbulkan akibat hukum, dalam literatur hukum tidak relevan dibahas.

Tindak hukum pemerintahan (*bestuur rechts handelingen*) dimaknai sebagai pernyataan kehendak dari organ atau badan/pejabat pemerintah, dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dalam penyelenggaraan fungsi pemerintahan. Dari pemahaman itu dapat dirinci unsur-unsur tindakan hukum pemerintah (*bestuursrecht handelingen*) yaitu: (1) tindakan dilakukan oleh organ/badan pemerintah (*bestuursorganen*), (2) tindakan dilakukan dalam melaksanakan fungsi pemerintahan, (3) berisi pernyataan kehendak organ/badan pemerintah, (4) dimaksudkan menimbulkan akibat hukum menjalankan fungsi pemerintahan.

Ternyata dalam teori dan yurisprudensi di Negeri Belanda berkenaan dengan “tindakan hukum pemerintah” (*bestuursrechtshandelingen*) mengalami perkembangan; dalam arti pada awalnya “tindak hukum pemerintahan” dianut paham sempit hanya berupa “tindakan hukum publik”. Kemudian dianut pandangan “tindakan hukum pemerintah” dalam

penyelenggaraan fungsi pemerintahan arti luas baik di bidang “hukum publik” maupun di bidang “hukum privat”.

Di Negeri Belanda, teoritisi hukum, **J.A. Loef**, **H. Dooyewerd**, dan **Paul Scholen**, menganut paham sempit, bahwa pemerintah atau administrasi negara dalam menjalankan tugas pemerintahan tidak dapat memakai hukum privat. Jadi, tindakan hukum pemerintah hanya di bidang hukum publik. Di balik itu **Huart**, **G.J. Wiarda**, dan **Kranenburg**, menganut paham yang luas bahwa tindakan hukum pemerintah dalam menyelenggarakan fungsi pemerintahan dapat dilakukan baik dalam hukum publik maupun dalam hukum privat. Alasannya, apabila tidak ada norma-norma Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi yang mengatur hubungan hukum antara badan dan/atau pejabat pemerintahan dengan subyek hukum dalam penyelenggaraan kepentingan khusus dalam bidang pemerintahan dan kesejahteraan (*bestuurzorg*) pemerintah dapat menggunakan aturan-aturan hukum privat.¹³

Yuris Indonesia, **E. Utrecht**, menganut paham luas, bahwa tindakan hukum pemerintah dapat menggunakan hukum privat, alasannya bahwa “sejalan dengan perkembangan cara memerintah dari cara sepihak dengan menetapkan peraturan-peraturan (*regulerend*) dan penetapan-penetapan (*beschikking*) kini bergeser kepada **kerja sama** (cetak tebal dari penulis) dengan subyek hukum baik individu, masyarakat maupun badan hukum perdata. Pelaksanaan kerja sama sebagian besar menggunakan ketentuan-ketentuan hukum privat.¹⁴

Philipus M. Hadjon, menyatakan bahwa “tindak pemerintahan” yang berupa tindakan hukum terdiri atas: (1) tindakan hukum publik, dan (2) tindakan hukum privat. Ini berarti jika badan dan/atau pejabat pemerintah menyepakati perjanjian menurut aturan hukum perdata, maka kedudukan antara negara dan warga masyarakat atau badan hukum perdata sama/ sederajat berdasarkan hukum privat. Berbeda halnya pandangan

¹³ E. Utrecht, *Pengantar Hukum Aminstrasi Indonesia*, Fakultas Hukum Dan Pengetahua Masyarakat Universitas Pajajaran,, Bandung. 1960,hal. 4.

¹⁴ *Ibid.*

Indroharto (1995) bahwa dalam hubungan antara pemerintah dan pihak ketiga di bidang hukum perdata sekalipun, pemerintah selalu memiliki posisi khusus, karena: (1) Pemerintah tidak dapat melepaskan dirinya sebagai penjaga kepentingan umum, dengan kewajiban memperhatikan ketentuan hukum publik, (2) Kekuatan mengikat perjanjian antara pemerintah apalagi tentang wewenang pemerintah tidak dapat sama seperti perjanjian antarwarga, (3) Pengakuan **Paul Scholten** batas antara bidang hukum sukar diadakan, dan ada tanda-tanda hukum publik makin meluas dan menggerogoti segi hukum lain.

Di Indonesia, terkenal Yurisprudensi MA, No.838 K/Sip/1970 tertanggal 3 Maret 1971, tampaknya mengikuti ajaran HR dalam *Osterman Arrest* tahun 1924 yurisprudensi perbuatan melawan hukum penguasa (*OOD*) menggunakan dua alasan saja, yakni (1) perbuatan penguasa melanggar hak subyektif orang lain, dan (2) perbuatan penguasa melanggar kewajiban hukumnya sendiri, baik yang bersifat *publiekrechtstelijk* (hukum publik) maupun *privaatrechtstelijk* (hukum privat). Dalam perkembangannya MA mengeluarkan surat edaran, SEMA, No. MA/Pemb./o157/1977, tetanggal 25 Februari 1977, yang pada pokoknya berisi: “petunjuk agar yurisprudensi dalam Putusan MA, No.838 K/Sip/1971, tertanggal 3 Maret 1971 disempurnakan, bahwa Hakim perlu menyadari falsafah hidup bangsa Indonesia menghendaki keseimbangan antara perlindungan terhadap individu dan kepentingan terhadap persekutuan seperti penguasa. Hakim dalam menentukan adanya perbuatan melawan hukum penguasa, agar tidak hanya melihat perbuatan materiil yang dilakukan oleh penguasa, tetapi juga memperhatikan kaidah hukum tidak tertulis. Secara universal telah diterima adanya Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (*Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur*) sebagai aturan hukum tidak tertulis yang mengikat penguasa dalam melaksanakan fungsinya”. Ini harus dipahami bahwa MA menganut doktrin bahwa sesuai dengan perkembangan **Yurisprudensi** bahwa badan dan/atau pemerintah serta penyelenggara negara lainnya dalam tindakan hukum pemerintah terikat pada UU dalam arti materiil dan Asas-Asas

Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB). Pasal 53 ayat (2) UU No. 24 tahun 2009 Pasal 53 ayat (2) jo. UU No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, menentukan “alasan untuk mengajukan gugatan atas Keputusan Tata Usaha Negara, yaitu: (a) bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, (b) melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik”. Doktrin mengelompokan AAUPB atas dua kelompok yaitu: “asas-asas formieel” dan “asas-asas materieel”.

Literatur Hukum Administrasi Indonesia, AAUPB dalam perbandingan, pendapat dari **Komisi De Monchi** dilanjutkan oleh **van Greenten, Crince La Roi** dan **Koentjoro Purbopranoto**, Yurisprudensi, dan ketentuan hukum positif yakni UU No. 5 Tahun 1986 jo. UU No. 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Pertama UU tentang Peradilan Tata Usaha Negara jis. UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme. Berikut adalah beberapa pandangan terkait perbandingan tentang AAUPBP.

- (i) Crine La Roi (1978) mengemukakan sebelas butir AAUPB, yaitu:
 - (1) Asas kepastian hukum;
 - (2) Asas keseimbangan;
 - (3) Asas bertindak cermat;
 - (4) Asas motivasi untuk setiap keputusan badan pemerintahan;
 - (5) Asas tidak boleh mencampuradukkan kewenangan;
 - (6) Asas kesamaan dalam mengambil keputusan;
 - (7) Asas permainan yang jujur;
 - (8) Asas keadilan atau kewajaran; asas larangan bertindak sewenang-wenang (*wilkeuur*);
 - (9) Asas menanggapi harapan yang wajar;
 - (10) Asas meniadakan akibat-akibat keputusan yng batal;
 - (11) Asas perlindungan atas pandangan hidup pribadi;
- (ii) Koentjoro Purbopranoto dua asas lagi yaitu:
 - (1) Asas kebijaksanaan; dan
 - (2) Asas penyelenggaraan kepentingan umum.

Kedua asas itu sesuai dengan alam pikiran bangsa Indonesia.¹⁵

Yurisprudensi di Indonesia dalam mengaplikasikan A.A.U.P.B., mengutamakan:

- (i) Asas larangan penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*);
- (ii) Asas larangan bertindak sewenang-wenang (*willekeur*);
- (iii) Asas larangan diskriminasi (asas persamaan);
- (iv) Asas bertindak cermat; dan
- (v) Asas keseimbangan (proporsional).

UU No. 28 Tahun 1999 jo. UU No. 9 Tahun 2004, menentukan asas-asas penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas KKN, diberlakukan juga sebagai alasan untuk mengajukan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara dalam sengketa Tata Usaha Negara dengan alasan melanggar A.A.U.P.B, mencakup:

- (i) Asas kepastian hukum, mengandung arti bahwa dalam negara hukum berlaku asas mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan;
- (ii) Asas tertib penyelenggaraan negara, yakni mengutamakan asas landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara;
- (iii) Asas keterbukaan, yakni asas yang membuka diri terhadap hak-hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak-hak pribadi, golongan, dan rahasia negara;
- (iv) Asas kepentingan umum, yakni asas yang mengedepankan kepentingan rakyat bersama secara keseluruhan daripada perseorangan atau individu;
- (v) Asas proporsionalitas, yakni asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara;

¹⁵ Philipus M. Hadjon, dkk., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (An Introduction Indonesia Administration Law)*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 1990, hal. 431.

- (vi) Asas profesionalitas, yakni asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan peraturan perundang-undangan; dan
- (vii) Asas akuntabilitas, yakni asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan.¹⁶

Menurut hukum positif, ketujuh asas ini identik dengan AAUPB. Dari sisi doktrin kurang tepat karena fungsi asas sebagai meta-norma, sedangkan undang-undang merupakan norma hukum, disamping itu AAUPB lahir dan berkembang dari ajaran dalam ilmu hukum (doktrin) dan dikukuhkan melalui yurisprudensi, dan masih akan berkembang, tidak statis seperti norma pada undang-undang.

2) Teori Perlindungan Hukum

Teori ini menjelaskan aspek perlindungan hukum bagi rakyat dalam perspektif Hukum Pemerintahan atau Hukum Administrasi terutama mengenai konsep, prinsip, sarana perlindungan hukum dan bentuknya. Perlindungan hukum perspektif Hukum Administrasi terkait dengan jaminan bahwa hak rakyat dihormati dalam rangka pelayanan publik berkenaan “tindak pemerintahan” berdasarkan atas asas negara hukum.

Kepustakaan Hukum Pemerintahan Negeri Belanda, istilah perlindungan hukum bagi rakyat digunakan term “*rechtsbescherming van de burgers tegen de overheid*”. Konsep ini dimaknai bahwa hak-hak rakyat dijamin dari tindakan hukum pemerintah (*bestuursrecht handelingen*) yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan “asas-asas umum pemerintahan yang baik” (AAUPB) dalam penegakkan *The General Principal of Good Governance*.

Dalam konteks keindonesiaan **Philipus M. Hadjon**, istilah yang dipandang tepat adalah “perlindungan hukum bagi rakyat”,

¹⁶ W. Riawan Tjandra, *Pengantar Hukum Administrasi Negara.*, hal. 75., Bandingkan dengan Pasal 10 ayat (1) UU No.30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, AAUPB yaitu; a.kepastian hukum, b. kemanfaatan, c. ketidakberpihakan, d. kecermatan, e. tidak menyalahgunakan kewenangan, f.keterbukaan, g. kepentingan umum, dan h. pelayanan yang baik.

bukan “perlindungan hukum bagi rakyat terhadap pemerintah”, seperti konsep Hukum Belanda, dengan argumentasi, (i) istilah “rakyat” sudah mengandung pengertian sebagai lawan dari istilah “pemerintah”; (2) dicantulkannya “terhadap pemerintah” atau “terhadap tindak pemerintahan”, menimbulkan kesan seolah-olah ada konfrontasi antara rakyat yang diperintah dan pemerintah sebagai yang memerintah, pandangan demikian bertentangan dengan Pancasila, falsafah hidup negara kita yang memandang rakyat dan pemerintah partner dalam mewujudkan cita-cita negara. Merujuk argumentasi bahwa Pancasila sebagai dasar falsafah negara yang melandasi “perlindungan hukum bagi rakyat”, **konsep perlindungan hukum di Indonesia harus dimaknai adalah penghayatan atas kesadaran akan perlindungan bagi harkat dan martabat manusia yang bersumber pada asas Negara Hukum Pancasila.** Kepustakaan secara teoritis menganalisis “sarana perlindungan hukum bagi rakyat, titik sentranya pada “tindakan hukum pemerintah”, karena itu disebutkan ada dua sarana yaitu: (1) perlindungan hukum preventif, dan (2) perlindungan hukum represif. Dalam kepustakaan dinyatakan bahwa sarana perlindungan hukum preventif yang bertujuan mencegah terjadinya sengketa perkembangannya agak ketinggalan dibandingkan perlindungan hukum represif yang bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Namun diakui pula kini perlindungan hukum preventif mempunyai peranan penting, dan bahkan di Indonesia, mulai berkembang di era kebebasan berekspresi didukung pula dengan diaturnya dalam peraturan perundang-undangan bentuk sarana perlindungan hukum preventif. Contoh UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, menentukan bentuk sarana perlindungan hukum preventif atas “tindakan hukum pemerintah” (*bestuurs rechtshandelingen*), berupa “Upaya Administratif” terdiri atas: (1) keberatan (*inspraak*), dan (2) banding administrasi (*administratiefberoep*). Ditentukan dalam Pasal 76 UU No. 30 Tahun 2014, ayat (1) “Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan berwenang menyelesaikan keberatan atas Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan, yang diajukan oleh Warga Masyarakat”; dan ayat (2) “Dalam hal Warga Masyarakat

tidak menerima atas penyelesaian keberatan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) Warga Masyarakat dapat mengajukan banding kepada atasan Pejabat”.

UU No. 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik, mengatur bentuk sarana perlindungan hukum preventif, berupa “pengaduan masyarakat” melalui Ombudsman yang berfungsi sebagai pengawas terhadap kinerja pejabat-pejabat publik. **Harjono** mengemukakan antara lain: “perlindungan hukum preventif yang merupakan upaya non-yudisial untuk mencegah terjadinya tindakan yang melanggar hak warga masyarakat sebagai subyek hukum, dilakukan dengan memberi peringatan, teguran, somasi, keberatan, dan pengaduan”. Ini menunjukkan bahwa sarana “perlindungan hukum bagi rakyat” dalam bentuk perlindungan hukum preventif di Indonesia, mulai berkembang, seperti halnya yang sudah berlangsung lebih dahulu di Eropa. Di Negara-negara Eropa, penelitian *team Council of Europe* tentang “*The Protection of the Individual in relation to Act of Administrative Authority*” (pada tahun 1975) menitikberatkan pada sarana perlindungan hukum preventif, di antaranya mengenai “*the right to heard and access to information*” (hak untuk didengar dan akses memperoleh informasi). Hasil penelitan menunjukkan, terdapat tiga kategori berkenaan dengan “*the principle the hearing the parties*”. **Pertama**, negara-negara yang memiliki undang-undang tentang ketentuan umum prosedur administrasi negara pada dasarnya mengakui hak-hak tersebut, seperti: Austria, Republik Federasi Jerman, Norwegia, Spanyol, Swedia, dan Swiss. **Kedua**, negara-negara yang tidak memiliki undang-undang tentang ketentuan umum prosedur administrasi negara namun hak itu diakui sebagai suatu ketentuan umum (*generale rule*), seperti: Denmark dan Finlandia. **Ketiga**, negara-negara yang tidak memiliki ketentuan umum prosedur administrasi negara namun menjamin hak-hak tersebut dalam kasus-kasus tertentu, seperti: Turki, Belgia, Luxemburg, Prancis, dan Inggris.¹⁷

¹⁷ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Edisi Khusus Peradaban, 2007, hal. 4.

Dalam kaitan sarana perlindungan hukum preventif, bahwa hasil penelitian "*the right to be heard*" punya dua arti penting dan tujuan ganda. Arti penting tersebut mencakup: *pertama*, individu yang terkena tindak pemerintahan dapat mengemukakan hak-haknya dan kepentingannya; *kedua*, cara demikian menunjang suatu pemerintahan yang baik (*good administration*) dan dapat ditumbuhkan saling percaya antara yang memerintah dan yang diperintah. Dengan perkataan lain "*the right to be heard*" mempunyai tujuan ganda, yaitu menjamin keadilan dan menjamin suatu pemerintahan yang baik. Dengan adanya hak untuk didengar, kemungkinan terjadinya sengketa antara pemerintah dan rakyat dapat dikurangi.

Di Negeri Belanda, menurut **J.B.J.B.M. ten Berge**, berkaitan dengan penggunaan kewenangan pemerintah, ada tiga bentuk perlindungan hukum (*rechtsbescherming*), mencakup:

- (i) *Bescherming via de democratie* (Perlindungan melalui demokrasi), bentuknya setiap warga negara dapat mengajukan petisi kepada pemerintah kota, pemerintah provinsi, atau parlemen, sesuai dengan ketentuan Pasal 5 *Grondwet* (UUD Belanda).
- (ii) *Bescherming via bestuurlijk-hierarchische verhoudingen* (perlindungan melalui hubungan hierarki pemerintahan), bentuknya banding administrasi berkaitan dengan kewenangan pejabat pemerintah atasan, misalnya hak memberikan atau menolak persetujuan keputusan pemerintah kota oleh pemerintah provinsi, berdasarkan pertimbangan keabsahan (*rechmatigheid*), dan kepentingan umum (*doelmatigheid*), sesuai dengan ketentuan Pasal 28 *Wet op de ruimtelijke ordening* (UU Penataan Ruang).
- (iii) *Bescherming via juridische voorzieningen* (perlindungan melalui pengaturan juridis), bentuk layanan bahwa keputusan penguasa yang disengketakan melalui kewenangan kekuasaan kehakiman, baik oleh hakim pengadilan perdata, maupun badan-badan khusus sebagai pengadilan administrasi.¹⁸

¹⁸ J.B.J.M. ten Berge dan R.J.G.M. Widderschoven, *Bescherming tegen de overhead Nederlands Algemeen Bestuursrecht 2*, Instituut Voor Staats En Administrativerecht, Universiteit Utrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, hal. 5-6.

Dari ketiga bentuk perlindungan hukum yakni “melalui demokrasi” dalam bentuk petisi baik kepada pemerintah daerah maupun parlemen, dan bentuk perlindungan hukum “melalui banding administrasi” (*administratief beroep*), jelas merupakan sarana perlindungan non-yuridis atau perlindungan hukum yang bersifat preventif. Di balik itu perlindungan hukum melalui kontrol yuridis, yakni penanganan perlindungan oleh badan peradilan baik keperdataan, maupun badan peradilan administrasi khusus adalah perlindungan hukum represif. **Philpus M. Hadjon**, mengemukakan bahwa di **Belanda** yang menganut sistem hukum sipil (*civil law system*), menyebutkan dewasa ini badan-badan yang menangani perlindungan hukum bagi rakyat yang bersifat represif, meliputi: *rechtspraak van de gewonerechtster* (peradilan biasa), *administratief rechtspraak* (peradilan administrasi “khusus”), *administratief beroep*, *nationale ombudsman*. Ombudsman bukanlah badan atau sarana perlindungan hukum seperti *gewone rechtster*, *administratief beroep* ataupun *administratief rechtspraak* karena ombudsman melakukan *toetsing* (pengujian) atas dasar norma-norma kepatutan (*normen van behoorlijkheid*).¹⁹ Menurut penulis di Indonesia dewasa ini penanganan perlindungan hukum represif bagi rakyat meliputi: peradilan perdata, pengadilan-pengadilan khusus, peradilan tata usaha negara, banding administrasi, sedangkan Ombudsman yang berwenang menerima dan menindaklanjuti pengaduan atas laporan warga masyarakat merupakan perlindungan hukum preventif, meskipun Ombudsman atas inisiatif sendiri dapat melakukan investigasi terhadap dugaan mal administrasi, tetapi keputusannya hanya merupakan rekomendasi dan tidak dapat ditegakkan, tidak seperti putusan badan peradilan yang memiliki kekuatan memaksa.

D. Teori Hukum dalam Hukum Pidana

Penulis terbatas mengikuti **Jan Remelink**,²⁰ mengidentifikasi di antaranya: teori penafsiran undang-undang, teori kausalitas, dan teori pemidanaan.

¹⁹ Philipus M. Hadjon, *op.cit.*, hal.9

²⁰ Jan Remelink, *Hukum Pidana: Komentar Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, terjemahan, trisam Pascal Moeljono, dkk, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003.

1. Teori Penafsiran Undang-undang

Teori ini pada intinya menjelaskan bahwa dalam ilmu hukum pidana ada dua pedoman yang diikuti oleh hakim ketika ia melakukan penafsiran teks undang-undang. *Pertama*, dua prinsip regulatif yang saling terkait erat, yaitu: asas proporsionalitas dan asas subsidiaritas. Di Jerman, keduanya disebut sebagai *Fundamentalenormen des Rechtsstaats* (Norma-norma dasar Negara Hukum). Asas proporsionalitas mensyaratkan keseimbangan antara cara dan tujuan. Terkait dengan penentuan berat ringannya hukuman sesuai dengan kesalahan mengacu pada tujuan pemidanaan (efek jera?). Asas subsidiaritas menuntut jika suatu persoalan sulit memunculkan beberapa alternatif pemecahan, maka harus dipilih pemecahan yang paling sedikit menimbulkan kerugian. Sebagai ilustrasi, jika hakim dihadapkan pada suatu penyelesaian ancaman pelanggaran berat dalam kasus pencemaran lingkungan, sepatutnya diupayakan terlebih dahulu mengedepankan hukum administrasi, misalnya pencabutan izin.²¹ Di sini berlaku asas *optimum remedium* dalam pemidanaan.

Secara teoritis dalam penafsiran bagi Hakim Pidana, ketika menerapkan KUHP terikat pada penafsiran secara sempit (restriktif). Didasarkan pada:

- i. *Adagium Exceptio firmat vim legis in casibus non excetis* atau *exceptio firmat regulam* artinya daya ikat perundang-undangan tidak lagi bersifat absolut.
- ii. Adagium berikutnya yang terkenal: "*Titulus est lex*" ('judul perundang-undanganlah yang menentukan') dan *Rubricaest lex* (rubrika atau bagian perundang-undanganlah yang menentukan) ketika seorang hakim memandang perlu perundang-undangan diinterpretasikan. Contoh, **Arest Hoge Raad (H.R.)**, 24 Mei 1897, **Wijkblaad 697**. Ketentuan pidana tentang abortus dahulu dirumuskan dalam ketentuan Pasal 295 Wvs (Pasal 346 KUHP, Pasal 480 RKUHP/1999-2000) di bawah judul *Misdrijven tegen het leven gericht* (Kejahatan yang ditujukan terhadap nyawa). Karena itu harus ditaksirkan

²¹ Ibid., hal. 46.

bahwa tindakan abortus harus ditujukan terhadap buah kandungan yang sudah bernyawa. Bahwa buah kandungan bernyawa haruslah dibuktikan. Berkaitan dengan ini menarik untuk mengutip ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Perancis (mulai berlaku tanggal 1 Maret 1994) yang menetapkan: *La loi penale est d'interpretationstricte* (hukum/kitab undang-undang hukum pidana harus ditafsirkan secara strik/sempit tidak secara luas).

2. Teori Kausalitas

Dari sisi yuris hukum pidana, teori kausalitas dilekatkan pada penjelasan agar mereka dapat menjawab persoalan siapa yang dapat dimintai pertanggungjawaban atas akibat dari suatu perbuatan pidana. Oleh karena itu, teori kausalitas disebut juga teori sebab-akibat. Ada beberapa teori kausalitas dalam hukum pidana yang dianalisis berturut-turut seperti di bawah ini.

a. Teori *Conditio Sine Quanon* (Syarat mutlak) atau Teori **Equivalensi** dari von Burri

Inti teori ini menjelaskan bahwa suatu sebab dari suatu perbuatan pidana atau tindak pidana merupakan rangkaian kejadian yang dapat dirunut ke belakang tanpa henti (*regrussus ad infinitum*) dipandang sebagai yang menimbulkan akibat yang dinilai setara. Oleh karena itu diterapkan equivalensi dari rangkaian kejadian itu terhapus dan kabur. Dalam Praktik teori *condition sine quanon* sebagai alat uji untuk memeriksa eksistensi dan membuktikan adanya relasi kejadian berdasarkan fakta empiris. Karena itu daya kerjanya dapat dikatakan semata-mata bersifat heuristik (menguji).

b. Teori *Causa Proxima* disebut juga Teori **Individualisasi**

Inti teori ini menjelaskan bahwa yang dipahami sebagai sebab dari suatu perbuatan pidana adalah perbuatan yang paling dekat menimbulkan akibat. Menurut pendapat G. E. Mulder, teori *Causa Proxima* dilatarbelakangi oleh pemikiran bahwa "sebab dan akibat tidak boleh berjarak terlalu jauh".²² Sebab yang diperkirakan dapat lepas atau berjarak jauh dari akibat

²² *Ibid*, hal. 128.

disebut "*causa remota*". Dari latar belakang yang mendasari teori *Causa Proxima*, dapat dikatakan sebab dipahami sebagai situasi yang menimbulkan akibat langsung. Bandingkan dengan "teori langsung" yang dianut dalam Peradilan Tata Usaha Negara oleh hakim di Indonesia, yaitu: "sengketa tata usaha negara" selalu disebabkan oleh ditetapkannya Keputusan Tata Usaha Negara oleh Badan dan/atau Pejabat yang berwenang yang menimbulkan akibat hukum yang berpotensi merugikan orang-perseorangan atau badan hukum perdata.

c. Teori Relevansi

Intinya bahwa hakim dapat memilih sebab (*causa*) yang paling relevan menimbulkan akibat dari suatu kejadian atau perbuatan hukum. Yang dimaksud dengan sebab atau *causa* yang paling relevan adalah sebab yang dimaksud oleh pembentuk undang-undang. Karena itu Jan Remelink menyatakan bahwa pembentuk undang-undang, berkenaan dengan penganiayaan yang menyebabkan matinya orang lain (Pasal 359 KUHP), tampak mengkonstruksikan bahwa luka yang diderita korban, sekalipun sulit diduga sebelumnya menimbulkan akibat kematian tetap dapat dinilai sebagai yang menimbulkan akibat.

d. Teori Adequat

Intinya bahwa hakim akan menentukan sebab yang diduga paling wajar atau yang memenuhi syarat yang paling umum²³ menjadi *causa* yang menimbulkan akibat atas suatu perbuatan atau peristiwa yang bersangkutan mungkin ditemukan dalam rangkaian kausalitas yang ada. Perlu dicatat, "teori adekuat" pada awalnya hanya diterapkan dalam peradilan hukum perdata, yang diperkenalkan oleh Von Bar, ahli hukum Jerman, pada tahun 1870. Baru kemudian di abad ke-19 itu teori adekuat diperkenalkan ke dalam hukum pidana oleh Von Kries (dokter fisiolog). Titik tolaknya "*teori conditio sine quanon*", yang bertumpu pada ajaran bahwa keseluruhan sebab (*causa*) itu mencakup faktor positif dan negatif yang

²³ Berhubung dengan syarat umum yang merupakan rangkaian kausalitas (situasi dan kondisi) yang mendukung terjadinya akibat yang dimaksud, maka teori adequate dinamakan juga ajaran *general* atau umum bukan ajaran individualisasi.

tak dapat dikesampingkan tanpa sekaligus menimbulkan akibat. Namun pembatasan diperlukan demi kepentingan penetapan pertanggungjawaban pidana. Pembatasan *causa* (sebab) itu tidak dinilai dari nilai-nilai kuantitatif atau kualitatif, juga tidak dalam berat/ringannya faktor-faktor yang ada dalam situasi atau kejadian konkret. Namun, ia (Von Kries) menilai makna dari semua itu secara umum, kemungkinan faktor-faktor positif dan negatif tersebut dapat menimbulkan akibat. Karena itu yang dimaksudkan dengan sebab hanyalah syarat-syarat yang dalam situasi dan kondisi tertentu memiliki kecenderungan memunculkan akibat tertentu, biasanya memunculkan akibat itu secara obyektif memperbesar kemungkinan munculnya akibat tersebut. Dalam peradilan pidana, teori adekuat terbelah menjadi dua yaitu:

- (i) **Teori adekuat subyektif**, dianut oleh **Von Kreis**, menjelaskan bahwa sebab yang menjadi rangkaian faktor-faktor yang berpengaruh atau berhubungan dengan timbulnya/terwujudnya delik atau tindak pidana, hanya satu sebab yang dapat diterima menimbulkan akibat yakni sebab yang dapat diketahui oleh pelaku. Menurut **Jan Remelink**, dalam memahami “teori adekuat subyektif” perlu dimasukkan unsur kesalahan ke dalam rumusan tindak pidana, karena yang dapat diperhitungkan sebagai *causa* (sebab) bukan hanya fakta obyektif melainkan apa yang sesungguhnya terjadi dalam kesadaran pelaku.
- (ii) **Teori adekuat obyektif**, menjelaskan bahwa yang menjadi sebab yang data menimbulkan akibat dari suatu delik atau tindak pidana hanyalah fakta obyektif (berasal dari **pengetahuan ontologis** yakni pengetahuan empiris) dalam suatu rangkaian sebagai faktor-faktor yang berkaitan dengan terjadinya delik setelah kejadian. Dengan perkataan lain *causa* (sebab) dari akibat suatu tindak pidana yang terjadi terletak pada faktor obyektif atau diduga obyektif. Teori adekuat obyektif diantar oleh **Rumelin** (Jerman).
- (iii) **Teori adekuat pasif** atau **teori omisi** (pembiaran) berlaku pada delik yang bersifat formal tanpa mempersoalkan

akibat dari perbuatan. Ini berarti meskipun si pelaku tindak pidana atau delik (kejahatan) dapat dikatakan merupakan sebab (*causa*) terjadinya akibat. Contohnya seorang ibu yang menurut hukum wajib merawat bayinya tetapi karena si ibu tidak memberikan air susu, dapat dikualifikasi karena kelalaian (Pasal 359 KUHP), sebagai sebab (*causa*) yang mengakibatkan bayinya mati. Keterkaitannya dengan *causa adequat* dalam delik omisi (pembiaran) karena bilamana terdapat kemungkinan nyata bahwa akibat kematian si bayi tidak akan terjadi, jika si ibu yang mengemban kewajiban merawat melaksanakan tugasnya. Teori tergolong "teori omisi" tidak murni, karena bersifat delik materiil adanya akibat "kematian si bayi. Di balik itu "teori omisi murni", sifat delik formiil, tidak tergantung pada akibat. Contoh, seorang saksi, saksi ahli yang dipanggil untuk menghadap ke muka pengadilan untuk memberikan kesaksian atas satu kasus pidana, jika tanpa alasan yang sah menurut hukum, ketidakhadirannya itu, dapat merupakan *causa* (sebab), sehingga mereka bertanggung jawab, diancam pidana.

- (iv) **Teori Kausalitas Kumulatif**, intinya menjelaskan bahwa hakim melihat rangkaian faktor-faktor kejadian yang dipandang mengintervensi faktor lainnya sebagai *causa* (sebab) yang menimbulkan akibat dari suatu delik. Atau dengan perkataan lain bahwa "**sebab kedua**" dari pelaku diduga mengintervensi "**sebab pertama**" yang menimbulkan akibat delik. Apabila "sebab kedua" memang dapat diduga sebelumnya, maka sebab (*causa*) yang dipandang menimbulkan akibat yang sama seperti pada sebab pertama, maka kedua pelaku itu dibebani pertanggungjawaban atau tanggung-gugat pidana (*crime liability*). Seorang yuris dogmaticus (ahli hukum dogmatik) Jerman, **Frank**, memberi contoh: A meracuni B ("sebab pertama") yang diperkirakan dalam waktu 1 jam, B pasti mati. Namun belum berselang 1 jam, B ditembak oleh C ("sebab kedua"). Meskipun kejadian penembakan oleh C kejadian yang berdiri sendiri, tetap dikatakan penembakan C meng-

intervensi “sebab pertama”, sehingga A dikualifikasi melakukan percobaan pembunuhan, dan C sebagai yang menghilangkan nyawa orang lain (Pasal 338 KUHP).

- (v) **Teori Kausalitas Ahli** atau *Expertise causalitation*, intinya menjelaskan bahwa bilamana hakim baru mengetahui *causa* yang menimbulkan akibat dari delik yang telah terjadi setelah diberitahu melalui keterangan saksi ahli (dokter spesialis) tentang penyakit yang tidak kentara (penyakit gula/diabetes melitus; hemophilia; tulang tengkorak rapuh) sebagai faktor kematian korban. Apakah hakim akan menerima keterangan ahli dalam menentukan “pertanggungjawaban pidana”, tentu hakim tetap harus mempertimbangkan sesuai dengan persyaratan yuridis menurut hubungan kausalitas.

3. Teori Pidanaan

Teori-teori pidanaan menjelaskan dasar pembenaran ilmiah penjatuhan sanksi pidana termasuk adanya pandangan yang menentang pidanaan baik bersandar pada keberatan religius, keberatan biologis, dan sosial.²⁴Teori-teori Pidanaan dapat diidentifikasi dalam tiga teori utama.

- a. **Teori Absolut/Teori Pembalasan (*Vergelding Theorie*)**; intinya, teori ini menjelaskan bahwa sanksi pidana dijatuhkan, semata-mata karena si pelaku telah melakukan kejahatan atau tindak pidana. Jadi, hakekat dari pidanaan hanyalah pembalasan; diperkuat adagium “hutang nyawa dibayar nyawa”. Menurut Vos, sebagai dikutip Andi Hamzah, “teori pembalasan absolut” terbagi atas pembalasan subyektif dan pembalasan obyektif. **Pembalasan subyektif** penekanannya bahwa penjatuhan sanksi pidana hanya pada “kesalahan” pelaku. Pidanaan pembalasan obyektif ditekankan pada pembalasan terhadap apa yang telah diciptakan oleh pelaku di dunia luar.

Nigel Walker, menamakan Teori Absolut dengan “Teori Retributif”, dibedakan atas: retributif murni dan tidak murni.

²⁴ Jan Remelink, op.cit., hal. 595 dan 594.

Retributif murni memandang bahwa sanksi pidana harus sepadan dengan kesalahan. Teori Retributif tidak murni dikelompokkan, yaitu:

- (i) **Teori retributif terbatas** (*the limiting retribution*) yang berpendapat bahwa sanksi pidana tidak harus sepadan dengan kesalahan. Namun yang penting bahwa kejahatan itu menimbulkan keadaan yang tidak menyenangkan. Sanksi pidana tidak melebihi batas-batas yang tepat untuk penetapan kesalahan pelanggaran.
 - (ii) **Teori retributif distribusi** (*Retribution in retribution*), pemidanaan tetap dirancang sebagai pembalasan, tetapi harus ada batas yang tepat dalam retribusi beratnya sanksi.
- b. **Teori Relatif** (*Doel Theorien*); intinya, menjelaskan bahwa dasar pidana itu alat untuk menegakkan tata tertib (hukum) dalam masyarakat. Karena itu pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan pelaku, tetapi instrumen untuk mencapai ketentraman dan ketertiban masyarakat. Sanksi ditekankan pada tujuannya, yakni untuk mencegah agar orang tidak melakukan kejahatan, bukan bertujuan untuk pemuasan absolut atas keadilan.²⁵ Teori Relatif/Tujuan mencakup: pencegahan khusus (*speciale preventie*) yang ditujukan kepada pelaku, dan pencegahan umum (*generale preventie*) yang ditujukan kepada masyarakat. **Teori Relatif** bertumpu pada tiga tujuan utama, yaitu: pencegahan (*prevention*), menakut-nakuti (*deterrence*), *reformation*. Tujuan pencegahan atau preventif tujuannya untuk melindungi masyarakat dengan menempatkan pelaku di luar masyarakat (lembaga pemasyarakatan). Tujuan menakuti-nakuti, penekanannya pada psikologis yakni menimbulkan rasa takut bagi individu pelaku agar tidak mengulangi perbuatannya, maupun bagi masyarakat untuk jangka panjang. Tujuan reformasi (pembaharuan) untuk mengubah sifat jahat si pelaku dengan dilakukannya pembinaan dan pengawasan oleh institusi yang berwenang, untuk nantinya si pelaku kembali hidup di tengah-tengah

²⁵ www. Thez moon star. Blogspt. Co. id.

masyarakat dapat hidup menjadi berperilaku sebagai orang yang baik. Perlu dipertegas lagi menurut **Zevenbergen** sebagaimana dikutip oleh **Wirjono Projudikoro** (mantan Ketua Mahkamah Agung era Tahun 60-an) bahwa penjatuhan sanksi pidana dalam hal tujuan memperbaiki si pelaku, mencakup tiga sasaran yaitu: (i) perbaikan yuridis agar sikap si pelaku menaati undang-undang; (ii) perbaikan cara berfikir agar si pelaku insyaf akan jeleknya kejahatan; (iii) perbaikan moral agar si pelaku dari sisi nilai kesusilaan memiliki menjadi orang yang bermoral yang baik. Namun ada tiga kelemahan yang menonjol pada “teori relatif/tujuan”, yaitu: (i) dapat menimbulkan ketidakadilan, karena tidak membedakan sifat kejahatan ringan atau berat kedua-duanya disamakan, (ii) kepuasan masyarakat diabaikan, karena hanya menekankan pada tujuan memperbaiki si pelaku atau terpidana, dan (iii) sulit dilaksanakan dalam praktik, karena tujuan mencegah (*prevention*) dan menakut-nakuti (*deterent*), tampaknya tidak berlaku bagi residivis. Karena itulah muncul teori yang ketiga, disebut “teori gabungan”

- c. **Teori Gabungan/Modern** (*Vereniging Theorien*), kritik moral intinya menjelaskan bahwa pemidanaan mempunyai tujuan jamak, karena menggabungkan antara prinsip-prinsip “teori relatif” dan “teori absolut” sebagai satu kesatuan. Karena itu berkarakter ganda yaitu mengandung karakter pembalasan sejauh ditinjau dari kritik moral dalam mengantisipasi kejahatan sebagai tindakan yang salah. Namun bila dilihat pada sisi ide tujuannya kritik moral yakni untuk perubahan ke arah perbaikan perilaku si pelaku/terpidana di kemudin hari di tengah-tengah masyarakat. Menurut van Hamel & van List sebagai pelopor “teori gabungan/modern” ada tiga prinsip utama, yaitu:

- (i) Tujuan terpenting pemidanaan untuk memberantas kejahatan sebagai suatu gejala masyarakat;
- (ii) Ilmu Hukum Pidana dan perundang-undangan pidana harus memperhatikan hasil studi antropologi dan sosiologi; dan

- (iii)Pidana merupakan sarana paling efektif bagi negara/pemerintah untuk memberantas kejahatan, karena itu penjatuhan sanksi pidana harus dikombinasikan dengan upaya sosial lainnya.

Ringkasnya dilihat dari tujuan pidana, “teori gabungan/modern menjelaskan bahwa pidana mengandung unsur pembalasan di satu pihak, dan di pihak lain juga mengakui unsur prevensi utamanya memperbaiki si pelaku atau terpidana yang melekat pada setiap sanksi pidana.

1. Teori dalam Hukum Perdata

Dalam teori Hukum Perdata, penulis menemukan dalam kepustakaan yaitu teori tanggung jawab perdata dan teori badan hukum serta teori tanggung jawab badan hukum. Secara praktis dikenal dua konsep mengenai istilah tanggung jawab, yang berkarakter publik terkait dengan kewajiban dalam jabatan digunakan istilah “pertanggungjawaban” (*responsibility*), sedangkan yang berkarakter privat berkenaan dengan hak digunakan istilah “tanggung gugat” (*liability*) atau “tanggung jawab”. Karena teori dalam Hukum Perdata berkarakter privat, dalam analisis digunakan istilah tanggung-gugat atau tanggung jawab.

a. Teori Tanggung Gugat Perdata, menjelaskan pihak-pihak yang bertanggung gugat dalam hubungan dan/atau peristiwa hukum, yang menimbulkan kerugian bagi pihak lainnya. Kepustakaan mencatat ada lima teori tanggung gugat perdata, dianalisis berturut-turut seperti di bawah ini.

- (i) Teori Kesalahan, intinya menjelaskan bahwa tanggung gugat didasarkan pada prinsip adanya unsur kesalahan pada pihak tergugat dalam perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatig-daad*) sebagaimana diatur Pasal 1365 KUHP. Dalam *common law system*, prinsip tanggung gugat atas dasar kesalahan disebut “*principle based on fault*” berlaku umum baik pada Hukum Perdata maupun Hukum Pidana. Menurut “*principle based on fault*”, seseorang baru dapat dimintakan “tanggung jawab” yuridis jika ada unsur kesalahan pada tergugat. Terkait dengan prinsip tanggung

gugat berdasarkan kesalahan, menurut ketentuan Pasal 1365 KUHPerd yang diklasifikasi sebagai perbuatan melawan hukum, perlu dicermati unsur-unsur yang harus dipenuhi, yaitu:

- adanya perbuatan;
- adanya unsur kesalahan;
- adanya kerugian yang diderita materiil dan non-materiil;
- adanya hubungan kausalitas antara kesalahan dan kerugian. Perlu dijelaskan bahwa unsur kesalahan mengandung arti selain bertentangan dengan undang-undang dalam arti materiil, tetapi juga bertentangan dengan kepatutan dan kesusilaan masyarakat.

(ii) Teori selalu Bertanggung Gugat, intinya menjelaskan bahwa tergugat selalu dianggap bertanggung gugat. Dikenal sebagai "*presumption of liability*". Dalam prinsip ini beban pembuktian yang dianut "beban pembuktian terbalik" relevan pada "tanggung gugat produsen" (*product liability*) diterapkan pada kasus gugatan konsumen. Namun posisi konsumen sebagai penggugat tetap terbuka untuk digugat balik oleh pelaku usaha, apabila konsumen gagal menunjukkan kesalahan tergugat.

- b. Teori Praduga Tidak Selalu Bertanggung Gugat**, intinya menjelaskan bahwa penggugat atau dunia usaha tidak selalu dapat dimintakan tanggung jawab. Jadi, merupakan kebalikan dari prinsip "*presumption of liability*". Teori ini berlaku terbatas pada hukum pengangkutan seperti penerbangan. Contoh kerusakan dan kehilangan bawaan yang dibawa (*cabin*) yang diawasi penumpang adalah tanggung jawab pada penumpang. Ini berarti tergugat atau pelaku usaha tanggung jawabnya terbatas, hanya bila konsumen, tergugat dapat membuktikan kesalahan penggugat, pelaku usaha. Jadi, berlaku bahwa beban pembuktian ada pada konsumen.
- c. Teori Tanggung Gugat Mutlak**, intinya menjelaskan bahwa kesalahan bukanlah faktor yang menentukan untuk dapat meminta tanggung jawab pada tergugat atau pelaku usaha.

Ada dua pandangan para ahli pada prinsip yakni tanggung jawab mutlak memiliki batas-batas artinya tergugat atau pelaku usaha dapat bebas dari tanggung jawab apabila ada sebab yang prinsipil dialaminya, misalnya keadaan *force mayor*. Teori “tanggung gugat mutlak” yang menganut batas-batas tanggung jawab, karena sebab prinsipil itu disebut “prinsip tanggung gugat strik” (*strict liability principle*). Sebaliknya, “teori tanggung gugat mutlak yang tidak mengenal batas-batas tanggung jawab dalam keadaan atau karena sebab apa pun, tergugat atau pelaku usaha tidak dapat dibebaskan dari tanggung jawab, menganut prinsip absolut (*absolute liability principle*). Perlu dikemukakan dalam ganti rugi internasional pencemaran minyak, pengertian “*absolute liability*” (tanggung jawab penuh), mengandung dua pengertian yaitu: (i) pengertian prosedural yaitu tidak ada kewajiban untuk melakukan pembuktian adanya unsur kesalahan untuk dapat dipertanggungjawabkannya kerugian; (ii) pengertian material yaitu besarnya ganti rugi penuh, yang mengandung arti bahwa pemberian ganti rugi harus sepenuhnya/tanpa batas tertinggi yang ditentukan terlebih dahulu.²⁶ Di balik itu *strict liability*, diterjemahkan tanggung jawab mutlak hakekatnya ganti rugi yang mutlak yang mengandung arti berlaku seketika dan terbatas dengan jumlah tertinggi yang dimungkinkan yang akan berlaku tanpa memperhatikan keharusan terdapatnya faktor kesalahan pada pelakunya.²⁷ Di Indonesia dianut prinsip “tanggung gugat mutlak” (*strict liability*) dalam Hukum Lingkungan, Hukum Perlindungan Konsumen terkait dengan “*product liability*” (tanggung gugat produk dari Produsen/Pabrik).

- d. Teori Tanggung Gugat dengan Pembatasan**, intinya menjelaskan bahwa tanggung jawab pelaku usaha menentukan batas tanggung jawabnya kepada konsumen sebagaimana ditetapkan dalam kontrak baku. Dengan demikian “teori tanggung gugat dengan pembatasan” disebut juga prinsip

²⁶ Komar Kantaatmadja, *Ganti Rugi Internasional Pencemaran Minyak Di Laut*, Alumni, Bandung, 1981, catatan kaki, hal. 9

²⁷ *Ibid.*, hal. 10.

pembatasan tanggung jawab (*limitation of liability principle*). Pembatasan tanggung gugat ini dalam “kontrak baku” (*standard contract*) dikenal sebagai klausula eksonerasi. Contohnya dalam perjanjian cuci cetak film, ditentukan, apabila film yang hendak dicuci dan dicetak itu rusak atau hilang (termasuk disebabkan kesalahan pelaku usaha), ditetapkan besar ganti ruginya dalam kontrak baku bahwa si konsumen hanya akan menerima sebatas nilai sepuluh kali harga satu rol film baru. Padahal dalam ketentuan Pasal 19 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1995 tentang Perlindungan Konsumen, dinyatakan: “pelaku usaha bertanggung jawab memberikan ganti kerugian atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan”. Dengan demikian UU Perlindungan Konsumen tidak menganut prinsip batas tanggung gugat (*limitation of liability*). Karena itu dalam kasus kerusakan atau hilangnya film yang dicuci dan dicetak, karena kesalahan pelaku usaha, konsumen tetap terbuka untuk menggugat pembatalan kontrak atas dasar terjadi wanprestasi disertai tuntutan ganti kerugian dalam jumlah yang wajar sesuai asas kepatutan.

- e. **Teori Badan Hukum**, menjelaskan terbentuknya badan hukum yang diakui sebagai subyek hukum menurut aturan hukum (*juridische rechtspersonen*) disandingkan dengan manusia yang disebut subyek hukum alamiah (*natuurlijke personen*). Dalam Praktik dikenal dua jenis badan hukum yaitu: (1) badan hukum publik, dan (2) badan hukum privat/perdata. Ternyata para ahli hukum berbeda pandangan tentang pembagian badan hukum publik dan badan hukum privat, sehingga muncul beberapa teori pembagian badan hukum itu. Teori terbentuknya badan hukum yang diakui sebagai subyek hukum menurut hukum, sehingga badan hukum memiliki hak dan kewajiban serta dapat melakukan perbuatan hukum yang dapat dipersamakan dengan subyek hukum alamiah yaitu orang-perseorangan. Di bawah ini dikemukakan beturut-turut teori tentang badan hukum dari para yuris.

- (i) Teori Fiksi (*Fictie Theorie*); intinya, menjelaskan bahwa badan hukum itu suatu fiksi yaitu pengandaian, bukan kenyataan, sehingga keberadaan atau terbentuknya erat hubungannya dengan konstruksi. Pelopornya von Savigny (Mashab Sejarah). Ada dua faktor yang menyebabkan dikemukakannya “teori fiksi”, yaitu:
- dasar praktis berupa pertimbangan ekonomi;
 - dasar psikologis, yakni penghargaan terhadap tradisi.²⁸

Berdasar pada faktor praktis dan psikologis yakni kepentingan ekonomi dan tradisi dikonstruksikan secara yuridis adanya “**badan hukum**” yang diandaikan dapat melakukan perbuatan hukum yang sesungguhnya hanya dapat dilakukan oleh manusia (subyek hukum alamiah), tetapi dengan pertimbangan penghormatan terhadap tradisi dan kepentingan ekonomi, perbuatan itu diterapkan untuk badan hukum (subyek hukum yuridis).

- (ii) Teori Kontruksi Yuridis (*Juridsche Constructie Theorie*); intinya, menjelaskan bahwa badan hukum itu bukan fiksi, tetapi suatu konstruksi yuridis, yakni masyarakat membutuhkan adanya ketentuan hukum mengenai harta benda/kekayaan guna kepentingan kerjasama untuk mencapai tujuan bersama. Contohnya negara, provinsi, kabupaten/kota (*gemennte*).

Teori Harta Kekayaan Bertujuan (*Doel Vermogen Theorie*); ada juga kepentingan bersama orang-perseorangan untuk kepentingan besama di bidang ekonomi seperti N.V./P.T., C.V. atau perkumpulan sosial yang menentukan badan pengurus dalam menyelenggarakan kepentingan bersama individu-individu tersebut. Dianggap adil bahwa harta kekayaan individu itu dipisahkan dan dikelola oleh alat-alat kelengkapan dari badan tersebut. Dengan demikian badan hukum terbentuk atas dasar kesadaran bersama memisahkan harta kekayaan dengan tujuan untuk kepentingan bersama, bentuk kesadaran bersama itu sebagai konstruksi yuridis diberi nama

²⁸ R. Kranenburg, *De Grondslagen Der Rechtswetenschap*, (terjemhan), Fakultas Hukum UGM, 1977, hal. 78.

“*rechtspersoenen*”, “*pesona moralis*” atau “*pesona intelektualis*”;²⁹ dalam bahasa Indonesia disebut “badan hukum”. Teori konstruksi yuridis dipelopori oleh **Meiyer** dan dianut pula oleh **Kranenburg**.

- (iii) Teori Organ, diajarkan oleh **Otto von Gierke**; intinya, menjelaskan bahwa badan hukum itu bukan fiksi (bayangan) dan bukan pula kekayaan (hak) yang tidak bersubyek tetapi badan hukum hakikatnya organisme nyata, yang menjelma dalam pergaulan hukum. Badan hukum memiliki kemauan/kehendak sendiri yang dapat melakukan perbuatan hukum melalui organ atau badan yang ada padanya, yaitu pengurus dan anggota-anggotanya.
- (iv) Teori Harta Kekayaan Bertujuan; intinya, menjelaskan bahwa meskipun secara alamiah hanya manusia yang dapat menjadi subyek hukum, tetapi ada pula harta kekayaan yang bukan merupakan kekayaan individu, namun kekayaan itu terikat pada tujuan tertentu. Harta kekayaan yang tanpa pemiliknnya, namun harta kekayaan yang terikat tujuan tertentu itulah yang diberi nama badan hukum. Teori ini diajarkan oleh **A. Brinz**, dan diikuti **van der Heiden**.
- (v) Teori Kepemilikan Kolektif; intinya, menjelaskan bahwa hak dan kewajiban merupakan hak dan kewajiban anggota bersama atas harta kekayaan. Orang-orang yang menjadi anggota-anggota sebagai representasi atas hak-kewajiban bersama akan harta kekayaan itu berhimpun sebagai satu kesatuan pribadi yang dikonstruksikan menjadi badan hukum. Sebagaimana diajarkan oleh Molengraf dan Planiol.

f. Teori-Teori Pembeda Badan Hukum Privat dan Publik

Teori-teori ini muncul untuk memperjelas kriteria atau ukuran pembeda antara badan hukum privat dan badan hukum publik. Hal ini penting karena terkait dengan kewenangan dan kepentingan yang diwakili, bahkan dalam Konstitusi sesudah Amendemen UUD 1945 menentukan “*legal standing*” bagi **badan hukum privat** sebagai pihak yang dapat mengajukan per-

²⁹ *Ibid*, hal. 83.

mohonan *judicial review* atas undang-undang terhadap UUD Negara RI Tahun 1945. Teori-teori tersebut, yaitu:

- (i) **Teori Subyek** (*Subject Theorie*); intinya, menjelaskan kriteria pembedanya terletak pada hubungan-hubungan hukum. Hukum privat mengatur hubungan hukum antara orang-perseorangan, sedangkan hukum publik mengatur hubungan antara negara dengan warga negara. Meskipun diakui dalam hubungan hukum tertentu negara juga, misalnya mengadakan jual-beli, kontrak dengan warga negara, menurut teori yang berlaku hukum privat/perdata. Menurut penganut “teori subyek”, dalam hubungan hukum itu negara tetap berstatus sebagai “badan hukum publik”, yang menurut fiksi, negara harus dianggap sebagai *quasi Staatsgenoose* artinya apabila negara mengadakan hubungan hukum dengan warga negaranya dan hubungan tadi bersifat hukum privat, maka negara tadi harus dianggap sebagai individu biasa. Teori ini tampaknya tidak konsekuen pada dasar pandangan teoritikal dari sisi pengetahuan yang bersifat ontologis-empiris.³⁰
- (ii) **Teori Akibat Hukum** (*Rechtagevolgen Theorie*), intinya teori ini menjelaskan bahwa ukuran pembedanya pada akibat hukum jika hak badan hukum itu tidak ditaati dan cara mempertahankan hak-hak yang dilanggar itu. Apabila tuntutan atau gugatan untuk mempertahankan hak-hak perseorangan, maka badan hukum itu jelas **badan hukum privat** (*privaatsrechtspersoenen*). Sebaliknya, jika dalam hal negara yang bertindak mempertahankannya, maka ia bertindak sebagai **badan hukum**. Teori ini diajarkan oleh **Thon**.³¹
- (iii) **Teori Kepentingan** (*Belangen Theorie*), intinya menjelaskan bahwa ukuran pembedanya adalah tujuan. Tujuan yang hendak dicapai atau dipenuhi oleh badan hukum publik berhubungan dengan kesejahteraan bersama warga negara, sedangkan badan hukum privat berhubungan dengan kepentingan individu. Teori ini diajarkan oleh von Savigny dan Opzoomer, terkait dengan hukum publik (*publiek recht*)

³⁰ Kranenburg, *op.cit.*, hal. 85.

³¹ *ibid.*, hal. 89.

yang tujuannya adalah kepentingan umum. Sedangkan hukum privat (*privaat recht*), yang tujuannya dianggap untuk individu. Sesungguhnya pandangan von Savigny dan Opzoomer dipengaruhi oleh pendapat Ulpianus (Romawi Kuno), yang menyatakan: “bahwa *publiek recht* adalah berhubungan dengan kesejahteraan Negara Romawi, di balik itu *privaat recht* berhubungan dengan kepentingan dari orang-orang. Karena beberapa hal sifatnya umum, sedangkan yang lainnya sifatnya privat”. Kritik Kranenburg, apabila dipakai ukuran kepentingan publik dan privat terjadi kekacauan, karena sampai saat ini selau dipersoalkan, apakah Hukum Acara Perdata, Hukum Perdata Internasional, dan Konsesi itu termasuk hukum publik atau hukum privat? Ternyata ketiga rezim hukum itu mengandung aspek hukum publik dan hukum privat.³²

(iv) **Teori Gabungan (Subyek dan Kepentingan)**, intinya bahwa ukuran pembeda selain hubungan hukum dan cara mempertahankan hak-hak badan hukum yang dilanggar (teori Subyek) dan kepentingan yang menjadi tujuan badan hukum tersebut. Ukuran yang juga dipertimbangkan kepentingan yang diperjuangkan. Apabila subyek yang mempertahankan negara dan tujuan yang diperjuangkan kepentingan umum, badan hukum itu adalah badan hukum publik. Jika sebaliknya badan hukum itu diklasifikasi badan hukum privat. Teori ini meski tidak dapat mengatasi semua kelemahan dari teori-teori terdahulu, “teori gabungan” yang diajarkan oleh Paul Scholten dan Hamaker dapat dijadikan rujukan. Nampak dalam hukum positif di Indonesia ketentuan umum badan hukum diatur dalam Pasal 1653 KUHPerd, yang menentukan tiga jenis perkumpulan atau badan hukum, yaitu:

- (1) perkumpulan atau badan hukum yang diadakan oleh kekuasaan umum;
- (2) perkumpulan atau badan hukum yang diakui oleh kekuasaan umum; dan

³² *Ibid.* hal. 90.

(3) perkumpulan dan badan hukum yang diperkenankan untuk suatu maksud dan tujuan yang tidak bertentangan dengan undang-undang dan kesusilaan.

Menurut doktrin badan hukum privat memiliki unsur-unsur, sebagai berikut:

- adanya harta kekayaan;
- mempunyai tujuan tertentu;
- mempunyai kepentingan sendiri; dan
- adanya organisasi yang teratur.³³

Di balik itu mempunyai wewenang publik dan tujuannya berhubungan dengan kepentingan kesejahteraan masyarakat, maka badan hukum itu badan hukum publik, seperti: negara, daerah-daerah otonom, Badan Usaha Milik Daerah (BUMD), dan Badan Hukum Milik Negara (BUMN) yang harta kekayaannya dipisahkan dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD) dan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara) APBN. Ternyata dalam Praktik ketentuan hukum privat juga berlaku pada badan hukum publik, seperti pada BUMN dan BUMD, hal itu tergantung pada fungsi yang diletakkan pada BUMN dan BUMD tersebut, jika fungsi kepentingan umum lebih besar dan peranan Negara yang dominan, maka hukum publik yang banyak berlaku. Mengenai Pertamina dapat dikatakan sebagai quasi badan hukum privat, yakni persenyawaan antara badan publik dan privat, karena struktur organisasinya seperti halnya PT biasa, hanya saja Negara yang masih menentukan pimpinannya (direksi dan stafnya).³⁴

Menurut Mukthie Fajar, terhadap badan hukum privat juga berlaku hukum publik, seperti: hukum pajak, hukum perburuhan, hukum agraria, hukum administrasi (perizinan), hukum penanaman modal.³⁵ Pembentukan badan hukum

³³ Ali Rido, *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum Perseorangan, Yayasan, Wakaf, Alumni*, Bandung, 1977, hal. 56.

³⁴ Rudy Prasetya,, dkk., *Dasar-Dasar Hukum Persekutuan*, Airlangga University Press, hal. 37.

³⁵ Abdul Mukthie Fajar, *Hukum Konstitusi & Mahkamah Konstitusi*, Kon Press, Jakarta, 2006, hal. 177

badan hukum publik maupun privat pada dasarnya ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Status hukumnya ditetapkan oleh Menteri Hukum dan HAM seperti yayasan (UU No. 16 Tahun 2001 tentang Yayasan), Partai Politik (UU No. 31 Tahun 2002 jo. UU No. 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik³⁶). Kini untuk badan hukum privat dikelompokkan atas: *pertama*, badan hukum yang bertujuan memperoleh keuntungan atau laba, yakni badan hukum yang menjalankan usaha di bidang ekonomi, misalnya PT, CV., Firma, dan Koperasi; *kedua*, badan hukum yang bertujuan sosial bersifat nirlaba, jadi tidak menjalankan usaha di bidang ekonomi, misalnya: yayasan, organisasi masa, dan partai politik.

E. Teori Hukum dalam Hukum Acara

Teori hukum di bidang hukum acara fokus pada teori pembuktian dan beban pembuktian. Berturut-turut dianalisis di bawah ini. Dalam dimensi praktikal peradilan, “teori pembuktian” mencakup teori relevansi pembuktian, teori penilaian alat bukti, dan teori beban pembuktian.

1. Teori Relevansi Pembuktian

Berkenaan dalil yang relevan untuk dibuktikan dalam suatu peristiwa atau perbuatan hukum yang menimbulkan sengketa, yang dimohon untuk diputus oleh pengadilan. Pasal 24C UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) jo. Pasal 10 UU Mahkamah Konstitusi, sesuai dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK). Adapun dalil yang relevan untuk dibuktikan seorang pemohon, meliputi:

- (i) Pembentukan undang-undang tidak memenuhi formalitas yang ditentukan dalam UUD 1945 dilihat dari kewenangan dan prosedur pembentukan undang-undang.
- (ii) Materi muatan bagian dan/atau pasal, ayat undang-undang yang dimohonkan pengujiannya bertentangan dengan UUD 1945.
- (iii) Kewenangan lembaga negara yang diberikan UUD 1945, baik sebaian atau seluruhnya tumpang tindih atau diambil alih oleh lembaga lain secara bertentangan dengan UUD 1945.

³⁶ *Ibid*, hal. 178

- (iv) Partai politik tertentu melakukan atau mengubah ideologi, asas, tujuan, program, dan kegiatan partai politik yang bertentangan dengan UUD 1945.
- (v) Hasil perhitungan suara dalam pemilu yang dilakukan KPU secara salah sehingga mempengaruhi terpilihnya seseorang pemohon sebagai anggota DPR, DPD, DPRD, presiden/wakil presiden, dan perhitungan yang benar adalah sebagaimana yang diajukan pemohon.
- (vi) Presiden dan/atau wakil presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya atau perbuatan tercela, dan tidak lagi memenuhi syarat sebagai presiden dan/atau wakil presiden.
- (vii) Pemohon juga harus membuktikan bahwa ia mempunyai *legal standing*, sesuai dengan ketentuan Pasal 51 UU MK, baik perorangan, badan hukum privat atau badan hukum publik, kesatuan masyarakat hukum adat, serta kerugian pemohon yang diderita dalam pengujian undang-undang.³⁷ Di balik itu hal-hal yang tidak perlu atau tidak relevan untuk dibuktikan, ada beberapa kategori peristiwa, hal atau keadaan tertentu yang dikenal dalam hukum acara pada umumnya, baik Hukum Acara MK. Peratun, Perdata maupun Hukum Acara Pidana, antara lain:³⁸ *Notoir feit*, yakni peristiwa atau keadaan yang telah diketahui semua orang, karena sudah menjadi pengetahuan umum. Misal, bila cuaca buruk dan gelombang laut tingginya lebih dari 5m membahayakan pelayaran.
- (viii) Hal-hal yang diketahui sendiri oleh hakim baik karena pengalaman maupun karena dilihatnya sendiri di dalam persidangan. Pengetahuan berdasar pengalaman, misalnya mobil yang berjalan dengan kecepatan 100 km/perjam tidak mungkin dapat dihentikan seketika. Hal yang di lihat sendiri oleh hakim dipersidangan misalnya mengenai kondisi seseorang, cacat badan penggugat atau tergugat, dan warna pakaian yang dikenakan.

³⁷ Mruarar Siagian, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, KON Press, Jakarta, 2005, hal. 123.

³⁸ *Ibid*, hal. 125.

(ix) Adanya pengakuan yang tidak disangkal lagi oleh pihak lawan atas dalil yang dikemukakan oleh satu pihak karena dipandang sebagai hal yang tidak diperselisihkan. Tapi karena Putusan MK bersifat *erga omnes*, mengikat umum bagi seluruh warga negara, meskipun misalnya dalam permohonan pengujian undang-undang dalil yang diajukan seseorang tidak disangkal oleh pihak Pemerintah dan DPR, namun MK karena jabatannya wajib mencari kebenaran dalil atau hal yang dikemukakan itu. Karena itu “pengakuan yang tidak disangkal oleh pihak lawan tetap relevan dicari kebenarannya dalam kontes Hukum Acara MK. Ditinjau dari kedudukan, kewenangan MK sebagai peradilan konstitusional dan sifat perkara-perkara yang dimohonkan menyangkut kepentingan umum (*public interest*) dan terkait dengan persoalan kenegaraan, maka proses perkara konstitusional itu tentu berbeda dengan pembuktian dalam Hukum Acara Perdata dan Hukum Acara Pidana. Dalam peradilan perdata dikenal bertujuan mencari kebenaran formal, sedangkan pada proses peradilan pidana yang dicari kebenaran material. Namun ada pula prinsip-prinsip pembuktian yang berlaku umum, seperti mengenai teori penilain alat bukti, dan teori beban pembuktian.

2. Teori Penilaian Alat Bukti

Secara teoritis menganalisis metode penilaian terhadap alat-alat bukti yang berkembang, ada empat teori,³⁹ yaitu:

(i) *Positieve Wettelijk Bewijsstheorie* (“teori pembuktian positif menurut undang-undang”), intinya penilaian *positieve wettelijk* ini sifat metodenya formal, penilaian hanya berdasarkan pada alat-alat bukti yang ditentukan oleh undang-undang. Hakim dalam memutus perkara semata-mata menggunakan penilaian formal yakni cukup dengan alat-alat bukti yang ditentukan menurut undang-undang tanpa disertai oleh keyakinan hakim. Teori penilaian pembuktian ini juga disebut “teori pembuktian formal (*formele bewijsstheorie*). Kelemahannya terlalu mengandalkan alat-alat bukti dan sama sekali mengabaikan faktor subyektivitas hakim dalam menilai alat-alat bukti.

³⁹ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Uudang-Undang*, KonPress, Jakarta, 2006, hal. 122

- (ii) *Vrije Bewijstheorie Rationee* (“teori pembuktian bebas yang logis”), intinya menjelaskan bahwa proses pembuktian justru sangat mengandalkan keyakinan hakim. Hakim bebas untuk menilai dan mempertimbangkan alasan-alasan di balik keyakinan yang dianutnya dalam mengambil kesimpulan (*vrije bewijs*). Hakim bebas menemukan sendiri kebenaran alat-alat bukti yang tersedia, dan dengan keyakinannya sendiri mengambil kesimpulan dan putusan yang dinilai adil.
- (iii) *La Conviction Rationee*, intinya menjelaskan bahwa metode yang digunakan menilai pembuktian bersifat positif berdasarkan ketentuan undang-undang, akan tetapi keyakinan hakim juga dipandang menentukan sampai pada batas-batas tertentu. Kebebasan hakim menilai alat-alat bukti yang ditentukan oleh undang-undang dalam mengambil kesimpulan dan putusan dibatasi oleh alasan yang logis. Karena itu metode ini juga disebut jalan tengah atau “teori pembuktian atas dasar keyakinan hakim yang logis”.
- (iv) *Negatieve Wetelijk Bewijstheorie*, pada pokoknya hampir sama dengan metode *La conviction Rationee*, yakni sama-sama memperhitungkan faktor keyakinan hakim. Akan tetapi perbedaannya terletak pada titik tolak dari keyakinan hakim tersebut. *La Conviction Rationee*, yakni titik tolak keyakinan hakim sampai pada batas tertentu atas dasar alasan yang logis berdasarkan peraturan perundang-undangan. Di balik itu dalam metode *negative wettelijk*, titik tolak keyakinan hakim berdasarkan pada norma-norma undang-undang yang mengatur secara limitatif mengenai pembuktian tersebut untuk menarik kesimpulan dan keputusan yang adil atas pembuktian perkara yang bersangkutan. Menurut Wirjono Projodikoro (mantan Ketua MA di tahun 1959), teori pembuktian negatif menurut undang-undang (*negatieve wetelijk bewijstheorie*) dipandang cukup baik untuk tetap dipertahankan, dengan dua alasan, yaitu:
- memang sudah selayaknya harus ada keyakinan hakim tentang kesalahan terdakwa untuk dapat menjatuhkan suatu pidana, jangan hakim terpaksa memberi pidana

kepada seorang terdakwa sedangkan hakim tidak yakin akan kesalahan terdakwa;

- berfaedah, jika ada aturan yang mengikat hakim dalam menyusun keyakinannya agar ada patokan-patokan tertentu yang harus diturut oleh hakim dalam melakukan peradilan.⁴⁰

Dalam proses pembuktian dikenal tiga macam tingkat penilaian keterbuktian, yakni:

- Tingkat keterbuktian paling lemah, yaitu tingkat lebih besar kemungkinan keterbuktian (*more propobility*) atau *propderence evidence*, biasanya diterapkan dalam hukum perdata.
- Tingkat keterbuktian yang kuat, yang disebut dengan keterbuktian yang “jelas dan meyakinkan” (*clear and convicing evidence*), diterapkan baik dalam kasus perdata maupun dalam kasus pidana.
- Tingkat keterbuktian yang sangat kuat yakni sama sekali tanpa keraguan atau “bebas ragu” (*beyond reasonable doubt*), biasanya diterapkan dalam kasus pidana, karena yang dicari kebenaran materiil.⁴¹

Tingkat penilaian pembuktian dalam perkara konstitusionalitas jelas haruslah bebas ragu, misalnya dalam permohonan pengujian undang-undang, meskipun pembuktiannya bersifat pendapat para Hakim Konstitusi dan bukan pembuktian fakta, sebagaimana pendapat Harjono (mantan Hakim Konstitusi). Akan tetapi karena pengujian undang-undang berkaitan erat dengan kepentingan umum, yang diuji karya legislatif cerminan dari keputusan wakil-wakil rakyat yang dipilih, dan putusan MK merupakan putusan yang terakhir dan bersifat final serta berlaku *erga omnes*, Hakim Konstitusi karena jabatannya seyogyanya mencari kebenaran materiil, penilaian pembuktiannya *beyond reasonable doubt*.

Perbedaan juga nampak dalam hal ragam alat-alat bukti yang dinilai baik untuk perkara pidana, perkara perdata, dan perkara

⁴⁰ Martiman Prodjohamidjojo, *Penerapan Pembuktian Terbalik Dalam Delik Korupsi* (UU No. 31 Tahun 1999), CV. Mandar Maju, Bandung, 2001, hal. 114.

⁴¹ Munir Fuady, *Teori Hukum Pembuktian (Pidana dan Perdata)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hal.47.

konstitusionalitas di MK. Perbedaan ragam alat bukti itu diatur dalam undang-undang pada hukum acara masing-masing. Dalam HIR (*Het Herzeine Indonesiach Reglement-Reglemen Indonesia yang Diperbaharui*) Hukum Acara Perdata berlaku untuk Jawa dan Madura, Pasal 164 ditentukan: "Alat-alat bukti yaitu:

- a. Bukti tertulis;
- b. Bukti saksi;
- c. Bukti persangkaan;
- d. Bukti pengakuan;
- e. Bukti sumpah.

Alat-alat bukti dalam Hukum Acara Pidana diatur dalam UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana yang dikenal dengan sebutan Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) menurut ketentuan Pasal 184 ayat (1), mencakup:

1. Keterangan saksi;
2. Keterangan ahli;
3. Surat;
4. Petunjuk;
5. Keterangan terdakwa.

Pasal 36 UU MK, menyebut ada enam alat bukti, yaitu:

1. Surat atau tulisan;
2. Keterangan saksi;
3. Keterangan ahli;
4. Keterangan para pihak;
5. Petunjuk;
6. Alat bukti berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu.

Mengenai alat-alat bukti pada perkara konstitusionalitas yang diatur dalam UU MK; menarik analisis Maruarar Siahaan (mantan Hakim Konstitusi), yakni berkenaan dengan dua hal perbedaan penilaian pembuktian hukum acara pidana termasuk acara

perdata. Kedua hal itu meliputi: *pertama*, alat bukti yang dipandang tidak relevan dalam hukum acara MK, yaitu pengakuan pihak yang berperkara dipandang tidak relevan dinilai di MK, karena adanya pengakuan tersebut tidak menghilangkan kewajiban Hakim Konstitusi mencari kebenaran yang sifatnya materiil; hal itu merupakan kepentingan umum dan penilaian atas alat bukti yang menjadi dasar keputusan MK akan mengikat menyeluruh terhadap warga negara (*erga omnes*). Terutama menunjukkan sifat kepentingan hukum yang dipertahankan (pihak berperkara) sangat personal subyektif baik dalam Hukum Acara Perdata maupun Hukum Acara Pidana, merupakan alat bukti yang tidak relevan dalam Hukum Acara di MK. Suatu alat bukti yang sangat dikenal dalam Hukum Acara Perdata yaitu pengetahuan hakim, sama sekali tidak disebut dalam UU MK. Dalam pengalaman musyawarah hakim MK, hal ini menjadi sangat menarik untuk memahami sejarah lahirnya beberapa pasal tertentu (UUD 1945) yang tidak terekam dalam risalah sidang Panitia Ad Hoc I (PAH I) MPR, karena pasal itu hasil konsensus yang dicapai melalui *lobby*. Beberapa Hakim Konstitusi yang sebelumnya menjadi anggota PAH I tersebut mempunyai pengetahuan tertentu tentang proses Perubahan UUD 1945. Tapi sebagai pengetahuan hakim, hal itu tidak dapat dipergunakan; karena hanya merupakan pengetahuan hakim yang terbatas hanya pada beberapa orang hakim yang kebetulan menjadi anggota MPR PAH I. *Kedua*, perkembangan teknologi, terutama teknologi informasi, mendorong pembentuk undang-undang menyebutkan sebagai alat bukti di dalam UU MK. Tetapi pengakomodasian alat teknologi informasi menjadi alat bukti dalam hukum acara di MK dan juga UU No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas UU No 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tidak ditemukan pengertiannya dalam Penjelasan UU MK, sehingga pengertian dan rumusan alat bukti tersebut, harus kita lihat dalam undang-undang hukum acara yang digunakan pada peradilan umum, TUN serta praktik sepanjang tidak bertentangan dengan sifat dan tujuan pembuktian dalam proses berperkara di Mahkamah Konstitusi.⁴²

⁴² Maruarar, Sihaan, op.cit., 2006, hal 132.

Dalam studi penalaran hukum (*legal reasoning*) yang tidak lain adalah “penalaran hukum hakim” (*judicial legal reasoning*) dikenal model penalaran hukum induktif, salah satu langkah yang harus dicermati unsur “probabilitas” di samping “teori kasualitas”. Langkah probabilitas (kemungkinan) memengaruhi pula keyakinan hakim dalam penilaian alat bukti, yang akhirnya menentukan “justifikasi” putusan hakim, termasuk Putusan MK. Sarana utama dari “probabilitas” itu yakni “alat bukti” dan “beban pembuktian”.

3. Teori Beban Pembuktian

Memperjelas pihak mana yang diharuskan oleh hakim membuktikan dalil-dalilnya dalam beracara di muka pengadilan. Meskipun telah dikenal prinsip umum bahwa siapa yang mendalilkan sesuatu dia lah yang harus membuktikan dalil-dalilnya. Kecuali seperti dalam Hukum Lingkungan diberlakukan prinsip pembuktian terbalik, lazim disebut “*strict liability*” (tanggung gugat mutlak). Literatur menyebutkan paling sedikit kini ada lima teori beban pembuktian sebagai berikut:

- (i) Teori Afirmatif, pembuktian dibebankan kepada pihak yang mendalilkan sesuatu, diatur dalam Pasal 163 HIR dan Pasal 1865 KUH Perd., menentukan:

Setiap orang yang mendalilkan bahwa ia memiliki suatu hak, atau guna meneguhkan haknya sendiri maupun membantah hak orang lain, menunjuk pada suatu peristiwa, diwajibkan membuktikan adanya hak atau peristiwa tersebut.

Jadi, beban pembuktian secara afirmatif yang diwajibkan membutuhkan dalilnya yakni pihak yang mendalilkan adanya hak atau peristiwa, bukan dibebankan pada pihak yang mengingkari. Karena pembuktian yang bersifat negatif, beban pembuktian yang diwajibkan pada yang menyangkal adanya hak atau suatu peristiwa hukum, suatu hal yang berat dan tidak adil. Meskipun dalam keadaan tertentu beban pembuktian negatif itu bukan mustahil. Karena dalam praktik dan hukum yang berlaku untuk suatu hak dan terjadinya suatu peristiwa hukum ada yang diberikan bukti khusus dan untuk yang sebaliknya tidak diberi bukti semacam itu.

- (ii) Teori Normatif, beban pembuktian diwajibkan diberikan kepada pihak berdasarkan kaidah hukum yang bersangkutan, disebut juga "*Process Rechtelijketheorie*". Ini berarti pihak yang diwajibkan untuk membuktikan oleh hakim sudah ditentukan sesuai dengan kaidah yang diatur dalam hukum acara yang bersangkutan. Contoh antara lain:⁴³
- adanya keadaan memaksa (*force majeure*) dibuktikan oleh pihak debitur (Pasal 1224 KUHPerd.);
 - siapa yang menuntut penggantian kerugian yang disebabkan perbuatan melawan hukum harus membuktikan adanya kesalahan (Pasal 1365 KUHPerd.);
 - siapa yang mengajukan tiga kwitansi terakhir dianggap telah membayar semua cicilan (Pasal 1394 KUHPerd.); dan
 - barangsiapa yang menguasai barang bergerak dianggap sebagai pemilik (*beziiter is eigenaar*) (Pasal 1977 KUHP).
- (iii) Teori Kepatutan (*Blijkheidtheorie*); menjelaskan bahwa pihak yang berkewajiban membuktikan dalil-dalilnya bukanlah pihak yang mendalilkan atau pihak yang dituduh melakukan perbuatan hukum, tetapi menurut kepatutan siapa yang lebih kuat kedudukannya dia lah yang wajib membuktikannya. Atau menurut Supomo beban pembuktian seyogyanya diwajibkan kepada pihak yang paling sedikit diberatkan. Maruarar Siahaan berpendapat, "teori kepatutan" tidak selalu dapat digunakan dalam praktik, karena dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Di balik itu Jimly Asshiddiqie, menunjuk bahwa "teori kepatutan" diaplikasikan dalam perkara pencemaran lingkungan, dianut pandangan bahwa pencemar yang membuktikan. Karena industri yang mencemari lingkungan berada pada posisi lebih kuat daripada masyarakat di sekitar industri yang lingkungan hidupnya dicemari limbah industri yang bersangkutan. Ini terjadi apabila masyarakat sekitar pabrik yang bersangkutan mengajukan gugatan "*class action*" ke muka pengadilan, maka industri yang digugat/dituduh mencemari itulah yang dibebani kewajiban membuktikan. Ini juga dikenal sebagai "beban pembuktian terbalik" berada pada

⁴³ R. Subekti, Harjono Tjitrosoebono, *Kitab Undang-Undang Perdata*, Praja Paramita, Jakarta, 1995, hal. 155.

pihak tertuduh melakukan pencemaran, sesuai dengan doktrin "*strict liability*" atau tanggung gugat mutlak pencemar.

- (iv) Teori Hak Subyektif dan Obyektif (*Subjectieve en Objectieve Rechtelijke Theorie*) menjelaskan bahwa siapa yang mendalilkan adanya hak subyektif ataupun hak obyektif tertentu yang dibantah oleh pihak yang mendalilkan itu harus membuktikan hak subyektif atau hak obyektifnya. Hak subyektif berkenaan dengan hak yang dianggap dimiliki oleh subyek hukum yang bersangkutan. Di balik itu, hak obyektif dipahami sebagai hak yang timbul oleh peraturan perundangan tertentu (misalnya hak milik atas tanah lahir dari UUPA). Jadi, dari segi beban pembuktian, pihak yang mendalilkan itulah yang diwajibkan membuktikan haknya itu, baik secara subyektif maupun dasar normatif menurut peraturan perundang-undangan materil.
- (v) Teori Praduga Kebebasan (*Presumption of Liberty Theory*), khusus diimplementasikan dalam beban pembuktian pada permohonan "pengujian undang-undang" (*judicial review*). Teori ini menjelaskan bahwa beban pembuktian didasarkan pada praanggapan bahwa rakyat memiliki kebebasan sepanjang tidak ada pembahasan oleh undang-undang (*presumption of liberty*). Penerapannya berpegang pada prinsip bahwa siapa yang mendalilkan inkonstitusionalitas undang-undang dia lah yang wajib membuktikannya, maka yang dibebani pembuktian (*burden proof*) pemohon, prinsip ini disebut "*presumption of constitutionality*". Karena menurut prinsip *presumption of constitutionality* adalah asas yang mengandung nilai bahwa setiap karya yuridis legislator berupa undang-undang semestinya dianggap sudah baik dan konstitusional, karena itu pembuktian dibebankan kepada pihak pemohon *judicial review*. Dengan demikian jelas menurut "Teori Praduga Kebebasan" dan yang dianut prinsip "*presumption of liberty*" yakni rakyat dianggap sebagai manusia bebas sampai ada undang-undang yang membatasi kebebasannya itu, maka beban pembuktian untuk membuktikan konstitusionalitas undang-undang dibebankan pada negara (*legislature*) yang menetapkan undang-undang itu berlaku dan mengikat umum.⁴⁴

⁴⁴ Jlmly, Asshiddiqie, *op.cit.*, 2006, hal. 263.

Tentu saja kelima teori beban pembuktian dalam praktik hanya dapat diterapkan secara kasuistis dan menurut ketentuan hukum acara masing-masing lingkungan peradilan di bawah Mahkamah Agung ataupun khusus untuk “pengadilan tata negara (*constitutional court*) permohonan di Mahkamah Konstitusi. Misalnya dalam pengujian undang-undang (*judicial review*), “teori afirmatif” dan “teori hak subyektif dan hak obyektif” tidak cocok diterapkan dalam hal beban pembuktian. Sebagaimana dikemukakan oleh **Randy E. Barnett** dalam bukunya *Restoring the Lost Constitutional*, Ia menulis:

Such a presumption is unfair, and suggests that government should be forced to prove that law violating liberty are necessary in proper, and that he call the presumption of liberty”. (Diduga tidak adil, jika negara memaksakan pembuktian yang melanggar kebebasan yang selayaknya, yang disebutnya praduga kebebasan).

Barnet memandang bahwa dalam pengujian undang-undang (*judicial review*), “Teori Praduga Kebebasan” (*presumption of liberty*) tepat dan adil. Dikatakan tepat, karena teori ini berdasar pada asumsi rakyat yang dipandang memiliki kebebasan sesuai dengan *freedom of right*, dan hanya undang-undang yang dapat membatasi hak atas kebebasan. Dikatakan adil, karena secara filosofis, negara sebagai “pemegang kekuasaan” atau yang memerintah menempati kedudukan atau posisi sang penguasa. Sebaliknya, rakyat, warga negara yang diperintah, berada pada kedudukan yang lemah. Dengan berdasarkan prinsip “*presumption of liberty*”, dipandang sangat adil apabila negara yang diwajibkan untuk membuktikan undang-undang yang bersangkutan, sehingga posisi negara dan rakyat secara logis seimbang (*balance*) di depan pengadilan tata negara (*constitutional court*).

F. Catatan Penggunaan Teori Hukum dalam Karya Ilmiah

Beberapa teori hukum yang terkait dengan Praktik hukum dijumpai dalam beberapa karya ilmiah terutama disertasi. Di antara yang penulis temukan dalam kegiatan menguji dan membimbing disertasi, diuraikan di bawah ini:

1. Teori Hukum Pembangunan

Tokoh dari teori ini adalah Mochtar Kusumaatmadja. Sesuai dengan kebutuhan-kebutuhan pembangunan di Indonesia, tambahan pula konsep berpikir versi Teori Hukum Pembangunan juga diterima secara normatif sebagai konsep pembinaan hukum di Indonesia sejak 1973 (dalam GBHN). Teori ini menjelaskan bahwa beranjak dari fungsi hukum sebagai sarana rekayasa sosial (*social engineering*) yang beorientasi pada pembangunan dan struktur masyarakat Indonesia yang multikultural, sehingga pengaruh budaya sangat kuat pada keberlakuan hukum. "Teori hukum pembangunan", selain dipengaruhi oleh pemikiran *Social Engineering* dari Roscoe Pound, juga oleh Mc Dougal, Northrop dalam bidang budaya dan filsafat sangat mewarnai Teori Hukum Pembangunan. Kekhasan orientasinya yakni bahwa hukum sebagai sarana pembangunan termasuk pembaruan hukum di Indonesia dititikberatkan melalui legislasi dan regulasi sesuai dengan pengalaman sejarah bangsa Indonesia sejak zaman penjajahan, berbeda dengan konsepsi "*law as social engineering*" di Amerika Serikat melalui yurisprudensi *Supreme Court* (Mahkamah Agung).

2. Teori Negara Hukum

Penulis menemukan, dalam perkembangan, ada dua teori yaitu dipengaruhi konsep negara hukum dari keluarga hukum Romano Germanik, disebut sistem hukum sipil (*civil law system*), Eropa Kontinental, konsep *rechtsstaat*, dan keluarga hukum Anglo Saxon, disebut *common law system*, Inggris dan Negara-negara bekas koloninya, yakni konsep *rule of law*. Perkembangan selanjutnya beranjak pada pengertian negara hukum arti sempit adalah negara didasarkan pada prinsip bahwa penyelenggaraan pemerintahannya dibatasi oleh hukum tertulis atau undang-undang (di Jerman dinamakan *Gesetzstaat*, di Belanda disebut *Wettsstaat*, di Indonesia dinamakan Negara Undang-undang), melahirkan "*thin theory of law* (Negara hukum tipis), penulis menamakan "teori negara hukum formal". Negara hukum arti luas adalah suatu negara yang secara ideal, yakni penyelenggaraan pemerintahan yang baik dalam dimensi hukum yang adil,

penekanannya pada konstitusi dan *judicial review* (pengujian undang-undang), melahirkan “teori Negara hukum arti luas, penulis menamakan “teori negara hukum substantif. Masing-masing “teori hukum normatif” dan “teori empiris”, dianalisis seperti dibawah ini.

a. Teori Negara Hukum Formal

Intinya menjelaskan aspek formal atau instrumental, ciri utamanya berfungsinya sistem hukum tertulis atau undang-undang secara efektif, dan netral dari aspek moralitas politik. Artinya negara hukum tanpa memandang apakah negara itu sisitem politiknya demokrasi atau non-demokratis, ideologinya liberal-kapitalis, sosialis-komunis atau teokrasi. Refleksi para ahli memformulasikannya ke dalam unsur-unsur Negara hukum. Negara hukum dalam Negara-negara *civil law system*, keluarga hukum **Romano-Germanic**, Eropa Kontinental, Jerman dan Belanda, tipe *rechtsstaat*, Perancis, menyebut *Etat de droit*, menyebutkan empat unsur negara hukum, yaitu:

- (1) Hak Asasi Manusia (*grondrechtsten*);
- (2) Pemerintahan berdasarkan atas hukum (*Rechts-matigheid van betuur*);
- (3) Pembagian kekuasaan (*evenwicht van machten*);
- (4) Pengadilan administrasi (*adminisrratief-Rechtspraak*).

Negara-negara dari keluarga hukum Anglo saxon, yang menganut *common law system*, Inggris dan negara-negara persekemukmuran, termasuk Amerika Serikat, tipe *rule of law*, menyebutkan tiga negara hukum, yaitu:

- (1) supremasi hukum (*supremacy of law*);
- (2) persamaan dimuka hukum (*equality before the law*); dan
- (3) konstitusi berdasarkan hak-hak asasi manusia (*constitution based on human rights*).

Unsur-unsur ini diperluas melalui “kongres sedunia para yuris, antara lain *International Juris Conference* di Bangkok, tahun 1965, menyebutkan enam unsur negara hukum (*rule of law*) dapat diterapkan tanpa membedakan sistem politik negara-negara di dunia, meliputi:

- (1) Proteksi atau perlindungan konstitusi;
- (2) Pengadilan yang bebas
- (3) Pemilihan umum secara berkala;
- (4) Kebebasan berpendapat dan berserikat;
- (5) Oposisi; dan
- (6) Pendidikan *civic* (kewarganegaraan).

Unsur-unsur tersebut dilengkapi dengan tiga ciri utama, mencakup (i) pemerintah dibatasi oleh hukum, (ii) legalitas formal, dan (iii) hukumlah yang berkuasa (panglimanya) bukan manusia.

b. Teori Negara Hukum Substantif

Intinya menjelaskan bahwa negara hukum selain memenuhi unsur-unsur negara hukum formal, juga secara substansial ditentukan oleh unsur-unsur moralitas politik (misalnya sistem ekonominya, ekonomi kapitalis, pasar bebas atau ekonomi sosialis, berencana, sistem ekonomi negara-negara sedang berkembang di Asia atau variasi lain dari ekonomi kapitalis, seperti Cina, unsur karakter pemerintahannya (demokratis atau otokrasi), dan konsepsi HAM (libertarian, liberal dengan penekanan pada kesejahteraan sosial, atau HAM dengan nilai-nilai partikularistik), sehingga negara hukum secara empiris berbeda-beda karakter dan implementasi-nya di dalam realita. Patut dicermati pemikiran Satjipto Raharjo tentang “Negara hukum yang membahagiakan rakyat”, jelas mencerminkan “teori negara hukum substantif,⁴⁵ antara lain dikemukakan bahwa diperlukan negara hukum substantif bukan negara hukum formal. Negara hukum formal mengutamakan: (a) pembatasan kekuasaan negara, (b) pemerintahan berdasarkan hukum, dan (c) pemilihan dipilih secara demokratis. Selain ketiga hal itu, negara hukum substantif juga mengutamakan (a) pemenuhan hak-hak asasi (*human rights*), (b) pengutamaan kemanusiaan dan keadilan (*human dignity and justice*), dan (c) kesejahteraan warga (*social welfare*) dengan perkataan lain “negara hukum yang membahagiakan

⁴⁵ Yance Arizona, Negara HUKUM Bernurani, dalam *Satjipto Rahardjo dan Hukum Progresif Urgensi Kritik*, Huma, Jakarta, 2011, hal. 132).

rakyat". Negara hukum substantif tidak menolak eksistensi hukum tertulis seperti konstitusi, namun konstitusi seyogyanya dibaca secara bermakna agar bisa memahami nilai-nilai moral yang tersirat di balik yang tertulis dalam konstitusi. Menarik juga pemikiran Oemar Senoadji, bahwa menunjukkan kekhasan Negara Hukum Pancasila, ciri-cirinya, diantaranya kebebasan beragama sesuai dengan sila Ketuhanan Yang Maha Esa dijamin oleh Konstitusi dengan tegas menolak propaganda antiagama dan paham atheis sebagaimana di Negara-negara Barat. Begitu pula sebagai unsur essensial negara hukum yakni hak asasi manusia, penghormatan terhadap martabat (*human dignity*), dalam Negara Hukum Pancasila berorientasi pada kekhasan Hukum Adat yang memandang bahwa kepentingan individual selaras dengan kepentingan sosial.⁴⁶

Dengan demikian tidak diragukan lagi bahwa bagi bangsa Indonesia konsep Negara Hukum bukanlah *Rule of Law* nya A.V. Dicey, dan bukan pula *Rechtsstaat* dalam sistem hukum sipil Negara-negara Eropa Kontinental. Namun pendiri negara kita meletakkan negara hukum berdasarkan falsafah dasar negara Pancasila. Kini tugas para yuris untuk terus mendalami dan melakukan pengkajian mendalam sesuai perkembangan zaman dalam konteks keindonesiaan.

3. Teori Demokrasi

Secara teoritis, menurut penulis, ada dua konsep demokrasi yaitu: demokrasi normatif dan demokrasi material. Demokrasi normatif adalah suatu yang ideal hendak diwujudkan sebagaimana dicantumkan dalam konstitusi masing-masing negara. Menurut d'Entreves bahwa dasar dari demokrasi modern adalah asas kedaulatan rakyat. Penelitian dari Amos J. Peaslee (pakar politik internasional) mencatat di tahun 1950, ada 90 persen ketentuan mengenai kedaulatan rakyat dicantumkan dalam konstitusi negara-negara di dunia.⁴⁷ Di balik itu demokrasi empiris adalah

⁴⁶ Oemar Senoadji, *Indonesia Negara Hukum*, Seminar Indonesia Negara Hukum & Ketatanegaraan UUD 1945, Fakultas Hukum UI, Jakarta, 1966, hal. 76.

⁴⁷ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi Dan Pelaksanaannya Di Indonesia*, PT. Ihtiar Baru, Van Hove, Jakarta, 1994, hal. 12. Dalam UUD 1945 (sebelum amendemen), "asas kedaulatan rakyat", dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (2) UUD 1945: "Kedaulatan adalah ditangan rakyat dan dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat". UUD 1945 sesudah amendemen, juga ditentukan dalam Pasal 1 ayat (2) berbunyi: Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar.

konsepsi tentang pelaksanaan pemerintahan yang demokratis ditentukan oleh pengaruh-pengaruh, falsafah ideologi negara, sosial, ekonomi, budaya dan politik dari suatu negara. **Robert Dahl**, menyebutkan faktor utama penentu pelaksanaan pemerintahan demokratis; **Sedney Verba**, faktor penentunya adalah budaya politik, **Seymour Martin Lipset**, faktor utamanya adalah ekonomi, sedangkan Sri Sumantri, menyebut faktor utamanya adalah falsafah negara.⁴⁸

Dari analisis di atas, penulis berpendapat ada dua jenis teori demokrasi, yaitu: teori demokrasi normatif, dan teori demokrasi empiris, diuraikan seperti di bawah ini.

- (i) Teori Demokrasi Normatif, intinya menjelaskan bahwa konsepsi ideal suatu negara disebut negara demokrasi atau pemerintahan yang demokratis apabila memenuhi unsur-unsur ideal demokrasi. Friedman menjelaskan, nilai-nilai ideal demokrasi modern dalam teori hukum, terdiri atas empat jenis. *Pertama, The leal rights of individual*, (hak-hak hukum individual), yang paling signifikan dari nilai itu perlindungan atas kemudahan hak pribadi terutama dibidang kebebasan spiritual-religius dan hak-hak material terutama hak milik. Menarik pula menurut **Friedmann** bahwa hak-hak individual itu seimbang dengan tanggung jawab terhadap hak sesama warga masyarakat, dan tanggung jawab hukum atas perbuatan seseorang. *Kedua, equality before the law* (Persamaan di depan hukum), intinya nilai demokrasi menuntut perlindungan hukum bagi kesempatan yang sama untuk pengembangan, dengan tidak membedakan pribadi, golongan, suku, ras atau kebangsaan, dan agama. *Ketiga, The control of government by the people* (Pengawasan oleh rakyat terhadap pemerintahan), intinya, hukum menentukan bagi jaminan bahwa rakyat sebagai individu berperan serta atau berpartisipasi dalam pemerintahan, dan kontrol melalui perwakilan. *Keempat, The rule of law* (pemerintahan bertindak menurut hukum),

⁴⁸ Afan Gafar, *Politik Indonesia Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 202, hal. 3., Sri Sumantri Matosoewignyo, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1992, hal. 10.

intinya bahwa dalam pemerintahan hukum yang tertinggi (supremasi hukum) bukan individu atau golongan di atas hukum, pemerintah tidak diskriminatif, menetapkan asas *on man one vote* (setiap orang dihitung satu suara⁴⁹).

Yuris Beland Barth Hassel & Portkinsky (yuris Polandia), mengemukakan ada empat kelompok prinsip suatu Negara dikualifikasi sebagai Negara Demokrasi berdasarkan atas hukum, sebagai berikut:⁵⁰

The first principle, relate to democratic element and means that general rules (legislation) that influence the position of civilians. The legal regulations are published beforehand and do not have retroactive effect. The principle assumes that the legal opinions of the citizens are transformed into general rule via parliament (Prinsip pertama, berhubungan dengan elemen demokrasi dan sarana peraturan umum (legislasi) yang mempengaruhi kedudukan masyarakat sipil. Peraturan hukum tidak boleh diberlakukan surut. Prinsip ini mengasumsikan bahwa peraturan hukum yang dibuat oleh parlemen merupakan kehendak hukum dari masyarakat.

The second principle, the rules has been developed to prevent arbitrary behavior on the part of the administration. This solution is found in the so-called principle of legality, which means that administration's actions and behavior must be based on general parliamentary rules (Act of parliament) (Prinsip kedua, peraturan yang telah dibentuk dimaksudkan untuk mencegah perilaku yang sewenang-wenang dari pemerintah. Solusi ini disebut asas legalitas, berarti tindakan pejabat pemerintah harus berdasarkan peraturan umum (Undang-Undang).

The third principle of our democratic constitution state concerns the existence of an independent judiciary, both to apply criminal law (criminal courts), and review the legality of administrative behavior (administrative courts), Independence means independent from both government and parliament. So judges are appointed permanently without regard to the political views and cannot be dismissed unless by Supreme Cort (Hoge Raad) in every extreme situation (Prinsip ketiga, konstitusi negara demokratis berkaitan dengan eksistensi kebebasan badan peradilan, baik dalam penerapan hukum pidana (peradilan pidana) dan pengujian terhadap legalitas tindakan pejabat administrasi (peradilan administrasi), independen berarti bebas dari eksekutif

⁴⁹ W. Friedmann, *op.cit.*, hal. 435.

⁵⁰ Barth Hassel dan , *Rule of Law and Government Policy*,

dan legislatif. Para hakim diangkat untuk selamanya tanpa memandang pada pandangan politik dan tidak dapat diberhentikan kecuali karena pelanggaran berat/ekstrim oleh Hoge Raad (MA Belanda).

The fourth principle is a material element the rule of law which means that government has to deal with civil right, especially classical civil rights such as freedom of press, the rights of association and assembly (Prinsip keempat, unsur-unsur material negara demokrasi berdasarkan hukum, yakni pemerintah harus melindungi hak sipil khususnya hak-hak sipil klasik seperti kebebasan pers, berkumpul dan berserikat).

Kedua “Teori Demokrasi Normatif” tersebut menggunakan pendekatan teori hukum karena dapat dikatakan netral atau steril dari pengaruh faktor-faktor nonyuridis. Namun demikian, sesuai dengan pemahaman para yuris “teori demokrasi normatif” masih dalam tatanan metode interdisipliner, karena tetap menjelaskan berbagai fenomena atau gejala hukum umum yang sebagian berada pada tataran hukum positif.

- (ii) Teori Demokrasi Empiris, intinya menjelaskan konsepsi pelaksanaan pemerintahan demokrasi dipengaruhi oleh faktor-faktor nonyuridis, sehingga bekerjanya institusi lembaga negara demokratis yang diidentifikasi beberapa teori demokrasi empiris, mencakup: *pertama, Teori Kesejahteraan*, ada hubungan yang signifikan antara faktor kesejahteraan di bidang ekonomi dengan terbentuknya rezim politik demokratis. Dengan demikian demokrasi tumbuh dan berkembang karena meningkatnya kesejahteraan masyarakat. Dalam menata ekonominya masyarakat tidak tergantung pada pemerintah, karena makin banyak dan kuatnya peran kelas menengah yang dapat menata konflik di masyarakat. Teori ini dikembangkan oleh **Martin Seymour Lipset**. *Kedua, Teori Struktur Sosial*, intinya menjelaskan bahwa faktor pluralisme dalam masyarakat melahirkan kekuatan pada kelompok-kelompok sosial baik karena perbedaan etnis, agama, strata sosial, dasar kewilayahan dapat berfungsi sebagai basis kuatnya kontrol sosial rakyat terhadap pemerintahan. Dengan begitu, tumbuh pula institusi penyelenggara negara yang demokratis, sehingga kesewenang-wenangan penyelenggaraan pemerin-

tahan dapat dicegah. Teori ini dianut oleh Robert Dahl. **Ketiga, Teori Budaya Politik**, intinya menjelaskan bahwa budaya masyarakat yang berkenaan dengan sistem hubungan antar individu dengan individu, individu dengan masyarakat, keyakinan keagamaan, nilai-nilai sosial lainnya termasuk ideologi politik sangat menentukan terbentuk-tidaknya institusi demokrasi. Dalam masyarakat yang menganggap praktik konflik suatu yang wajar, oposisi suatu yang diperlukan bukan suatu yang merusak, menghormati pendapat yang berbeda, menjadi pelantar terbentuknya institusi demokrasi. Teori ini dianut oleh **Sedney Verba**.

4. Teori Keadilan

Dalam kerangka meta teori hukum, teori keadilan merupakan jenis teori hukum dari tataran filsafat hukum terkait dengan “tujuan hukum” yang mencakup kepastian, kemanfaatan dan keadilan.⁵¹ Karena itu, sebelum memaparkan jenis teori keadilan, dianalisis konsep kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Konsep kepastian hukum menarik mengikuti pandangan para yuris di antaranya yaitu:

- (i) **Van Apeldoorn**, berpendapat “kepastian hukum” mempunyai dua sisi. *Pertama*, sisi dapat ditentukannya hukum dalam hal-hal kongkret. Artinya pihak-pihak pencari keadilan (*justiabellen*) ingin mengetahui apa yang menjadi hukumnya (*ininkreto*) dalam hal khusus sebelum mereka berperkara. *Kedua*, sisi keamanan hukum, artinya perlindungan bagi para pihak terhadap kesewenangan hakim.⁵² Jadi “kepastian hukum” berarti aturan hukum harus jelas dan memberikan perlindungan pada pihak-pihak berperkara.
- (ii) **Hans Kelsen**, “kepastian hukum” bersandar pada **prinsip imputasi**,⁵³ artinya kepastian hukum karena norma hukum yang telah diformulasikan dalam undang-undang menentukan sanksi bagi tindakan melanggar hukum.

⁵¹ Kurt Whilk, *Philosophy of Law: Lask, Radbruch, Jean Dabin*,

⁵² L.J. van Apeldoorn, Pengantar Ilmu Hukum, terjemahan Oetarid Sadino, Pradnya Paramita, Jakarta, 1986, hal. 129.

⁵³ Prinsip imputasi mengasumsikan manusia itu bebas dan hanya dengan kebebasan itu ia dapat dimintai pertanggungjawaban.,

(iii) **Sudikno Mertokusumo** berpendapat meskipun memang sanksi hukum yang paling pasti. Kepastian ini karena ada bobot kekuatan memaksa dari penguasa negara. Namun dalam hal tertentu ada norma hukum tidak disertai sanksi hukum. Norma hukum tanpa sanksi ini disebut *lex imperfecta*. Contohnya, ketentuan Pasal 298 KUHPerd. Menentukan, “seorang anak, berapapun umurnya, wajib menyegani orang tuanya”. Karena itu ia menegaskan bahwa kepastian tidak mengacu pada sanksi, tetapi kepastian hukum diartikan sebagai kepastian orientasi. Orientasi di sini diartikan “kejelasan rumusan norma, sehingga dapat dijadikan pedoman bagi masyarakat yang terkena peraturan itu.”⁵⁴

(iv) **Jan Michael Otto**, merinci kepastian hukum dalam arti materiil, mencakup:

- Tersedia aturan hukum yang jelas, konsisten, dan dapat diakses, diterbitkan oleh dan diakui karena (kekuasaan) negara;
- Instansi-instansi pemerintahan menerapkan aturan-aturan hukum itu secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya;
- Warga secara prinsipil menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan-aturan tersebut;
- Hakim–hakim (peradilan) mandiri dan tidak memihak, menerapkan aturan-aturan hukum itu secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa; dan
- Keputusan pengadilan secara konkret dilaksanakan.⁵⁵

Menurut penulis, dari dimensi yuridis, konsep “kepastian hukum” mengandung arti “rumusan norma hukum itu jelas dan tidak multitafsir, diterapkan sesuai dengan asas *similia-similibus*” (aturan hukum yang sama diterapkan pada perkara yang sama).

Konsep **kemanfaatan**, dirujuk pandangan **Jeremy Bentham** (1748-1832), penganut paham utilitarianisme. Ia berpendapat

⁵⁴ Sidharta, *Moralitas Profesi Hukum: Suatu Tawaran Kerangka Berpikir*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2006, hal. 85.

⁵⁵ *Ibid*, Pendapatnya ini diucapkan juga dalam Pidto Pegukuhan Guru Besar Ilmu Hukum di Universitas Leiden. Negeri Belanda yang berjudul: “**Matrïële Rechtszekerhïjd**”

bahwa tujuan hukum hanyalah untuk kemanfaatan manusia. Konsep kemanfaatan diartikannya sama dengan “kebahagiaan” bagi individu-individu. Hukum sudah dapat dikategorikan memenuhi tujuannya, apabila telah mampu memberikan kebahagiaan bagi sebagian besar individu-individu di dalam masyarakat (*the greatest happiness the greatest number*). Meskipun nampak bahwa pandangan Jeremy Bentham, dengan aliran utilitarisme, karakternya individualistik, tetapi jika dimaknai dalam konteks yang universal, kemanfaatan (*doelmatigheid*), kemanfaatan dalam norma hukum sangat berguna, karena tentunya masyarakat akan menaatinya secara sadar apabila hukum dirasakan manfaatnya oleh masyarakat.

Mengenai keadilan dalam hukum menimbulkan kontroversi antara aliran Hukum Alam dan Positivisme Hukum. **Hans Kelsen** (penganut Positivisme) memandang keadilan konsep yang ideal-irasional, tidak obyektif, tetapi subyektif, bukan wilayah kajian dari ilmu hukum, lebih bernuansa ideologis.⁵⁶ Tampaknya bagi positivisme, keadilan tidak ada artinya dalam hukum. Di sisi lain aliran Hukum Alam, melalui pandangan **Francois Geny** dengan teori etisnya, berpendapat justru tanpa keadilan, hukum tidak mempunyai arti apa-apa. Hukum seyogyanya mengandung keadilan, tetapi jelas keadilan tidak identik dengan hukum, karena ada norma hukum yang tidak mengandung nilai-nilai keadilan. Contohnya peraturan lalu lintas, intinya untuk memperlancar arus lalu lintas, sehingga berlangsung tertib dan dapat dihindari kecelakaan di jalan, dengan demikian kepentingan manusia terlindungi.

Kini muncul ke permukaan dua teori tentang keadilan, yaitu: teori keadilan hukum (*legal justice*) dan keadilan masyarakat (*social justice*).

- (i) **Teori Keadilan Hukum (*Legal Justice Theory*)**, intinya menjelaskan tolok ukur dari ide tentang keadilan. Irene Jenkin mengemukakan bahwa dalam *American Jurisprudence*, “keadilan hukum” yang disebut *formal justice*, didasarkan pada

⁵⁶ Hans Kelsen, *The Pure Theory Of Law*, University of California, Berkeley and Los Angeles,

dua doktrin, yaitu: (1) doktrin *due process of law* (proses hukum melalui peradilan) dan (2) *equal protection* (perlindungan hukum yang setara). Keadilan hukum tolak ukurnya pada prosedural, karena hukum harus pasti, dilaksanakan secara imparial, dipandang sebagai *equality before the law*. Oleh karenanya secara prosedural aplikasi hukum, penerapan norma hukum umum secara benar dalam kasus konkret, untuk melindungi pencari keadilan atas tindakan kesewenang-wenangan dari penguasa. Sebagaimana dikemukakan oleh Alf Ross sebagai berikut:

*As we have seen, the idea of justice resolves itself into demand that decision should be result of application of a general rule. Justice is the correct application of a law, as opposed to arbitrariness*⁵⁷ (Sebagaimana telah kami kemukakan, ide keadilan memecahkan dengan sendirinya tuntutan bahwa keputusan harus berhasil menerapkan peraturan hukum umum. Keadilan dipahami merupakan penerapan hukum secara benar, sebagai lawan dari kesewenang-wenangan).

(ii) **Teori Keadilan Masyarakat (*Social Justice*)**

Intinya menjelaskan bahwa tolak ukur keadilan sebagai tujuan hukum yakni “masyarakat yang baik” (*good society*) dan peranan hukum untuk mewujudkan keadilan secara aktual, disebut juga keadilan substantif. Di Amerika Serikat, kini pengadilanlah yang paling menentukan untuk mengatur, menjaga “*good society*”. Hal ini disebabkan, karena pengadilan secara radikal memperluas *spectrum* baru atas perlindungan hak asasi manusia (*human rights*).⁵⁸ **Hari Chand**, mendeskripsikan bahwa:

*Social justice concern the distribution of the benefit and burdens throughout a society as it result from major social institutions, property systems and public organizations. It deals with mattes such as the regulation of wages and profit, the allocation of housing, medicine, welfare benefit, ect. This also known as distributive justice because the advantages and disadvantages, wealth and honours, are distributive among people or society*⁵⁹.

⁵⁷ Alf Ross, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley & Los Angeles, 1999, hal. 280. Liha juga Hari Chand, op.cit., hal. 257, memberikan arti *Legal justice it is jutice according to law and is justice which is done or meted out as a result of application of law*.

⁵⁸ Irene Jenkin, *Justice As Ideal And Ideology*, hal. 325

⁵⁹ Hari Chand, *Moder Jurisprudence*, International Law Book Services, Kuala Lumpur, 1994, hal. 255.

Terjemahan bebas:

Keadilan sosial menyangkut distribusi keuntungan dan beban kepada seluruh masyarakat sebagai hasil dari mayoritas institusi sosial, sistem kepemilikan atas tanah, dan organisasi publik. Hal itu berurusan dengan persoalan regulasi, pengupahan, keuntungan, penyediaan perumahan, kesehatan, kepentingan akan kesejahteraan, dsb. Keadilan sosial ini juga dinamakan keadilan distributif karena keuntungan dan kerugian, kesejahteraan dan penghormatan didistribusikan di antara rakyat atau masyarakat.

Teori keadilan yang juga menarik perhatian adalah “*Teori Keadilan*” dari John Rawls”. Ia mengemukakan teorinya tentang keadilan dalam bukunya berjudul: *A Theory of Justice* (1971). Dalam teori keadilan, **John Rawls** fokus pada struktur dasar masyarakat, konstitusi negara, aturan hukum, sistem hukum, kelembagaan, dan sistem sosial. Atas dasar itu Rawls hendak berusaha menemukan prinsip-prinsip keadilan yang menentukan bagaimana struktur dasar dari masyarakat mendistribusikan beban dan keuntungan untuk mencapai keadilan. Dikemukakan oleh Hari Chand dalam bahasa Inggris, Sebagai berikut:

*Rawl's theory of justice focus on basic structure of society, political constitution, the legal system, laws, institutions and social systems. He wants to seek find a set of principles of justice which should determine how the basic structure of the society should distributive burden and benefits to achive justice.*⁶⁰

Mengacu pada apa yang dikemukakan oleh Har Chand, teori keadilan dari John Rawls, dapat dikategorikan sebagai “teori keadilan social” atau “teori keadilan distributif”. Nampak pada pernyataan bahwa yang diinginkan Rawls, ia berusaha menemukan prinsip-prinsip keadilan sebagai penentu “bagaimana struktur dasar masyarakat membagikan beban dan keuntungan untuk mencapai keadilan”.

Inti dari “teori keadilan sosial” John Rawls menjelaskan ada dua asas keadilan bagi anggota-anggota masyarakat. *Pertama*, setiap orang hendaknya memiliki suatu hak yang sama atas sistem kebebasan (*basic liberties*) secara luas bagi anggota-anggota

⁶⁰ *Ibid*, 279.

masyarakat. *Kedua*, perbedaan sosial dan ekonomi hendaknya diatur sedemikian, sehingga:

- Memberikan perlindungan bagi anggota-anggota masyarakat yang paling lemah (tidak mampu); dan
- Berkenaan dengan jabatan dan kedudukan yang terbuka bagi semua orang didasarkan pada asas *fairness* (permainan yang jujur/layak).

Dari analisis mengenai keadilan dalam hukum, terminologi keadilan sosial tampaknya lebih dekat ke arah pembahasan etika politik. Dalam etika politik tersirat bahwa kewajiban negara lah untuk menjadikan keadilan yang lebih bersifat individual dirasakan menjadi keadilan sosial sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Pancasila, Dasar Negara Indonesia, sila kelima “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”, jelas merupakan kewajiban negara untuk mewujudkannya. Jika dalam sistem hukum Amerika Serikat, peradilan, *Supreme Court* yang menentukan kriteria pencapaian keadilan dalam kaitan fungsi hukum sebagai *instrument of social engineering*, maka di Indonesia nampaknya negara melalui pembentuk undang-undang (legislatif dan eksekutif) yang bertanggung jawab untuk merealisasikan ide keadilan, terutama keadilan sosial. Terinspirasi oleh pernyataan Alf Ross dalam *On Law and Justice*, dikemukakan, “*The idea of an apriori principle of justice as a guide for legislation (legal politics), and discuss the problem of legal politics, that is, in relation to hypothetical values accepted by influential groups in the society*”. Ini berarti, ide tentang prinsip keadilan secara *apriori* memandu legislasi (politik hukum), dan diskusi problem kebijakan UU didiskusikan dalam semangat relativistik berkaitan dengan hipotesis nilai-nilai yang diterima oleh kelompok masyarakat yang berpengaruh. Nampaknya realita dalam pembentukan UU yang disusun melalui prolegnas, hasil kesepakatan legislatif dan eksekutif.

Apabila ditelusuri secara kepustakaan, sesungguhnya masih banyak teori keadilan yang belum penulis dapat ungkapkan, karena pengungkapan teori keadilan ini dibatasi hanya pada yang penulis temukan selama membimbing dan menguji pada Program Studi Doktor Ilmu Hukum, teori-teori keadilan dijadikan rujukan. Melalui penelusuran buku-buku Filsafat Hukum, peneliti dapat mengkaji teori teori keadilan yang belum dianalisis dalam buku ini.

Daftar Pustaka

- Achmad, Ali. (2009). *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Legal Prudence)*. Jakarta: Kencana Premedia Group.
- Androuw, Altman. (2001). *Arguing About Law: An Introduction to Legal Philosophy*. Australia, Canada, Mexico, Singapore, Spain, United Kingdom, United State: Wardworth Publishing Company.
- Asshiddhiqie, Jimly, dkk. (2012). *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*. Jakarta: KonPress.
- Attamimi, Hamid, S. (1992). *Teori Perundang-undangan Indonesia: Suatu Sisi Ilmu Pengetahuan Perundang-Undangan Indonesia yang Menjelaskan dan Menjernihkan*. Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Bakir, Herman. (2005). *Kastil Teori Hukum*. Klaten: PT. Indeks.
- Baktiar, Amsal. (2007). *Filsafat Ilmu*. Jakarta: PT. Raja Grafindo.
- Beerling, Kwee, Mooj, Van Pursen. (1990). *Pengantar Filsafat Ilmu*. Diterjemahkan oleh Soerjono Soemargono, Yogyakarta: PT. Tiara Wacana.
- Berge, ten, J.B.J.M. *et. al.* (2001). *Bescherming tegen de overhead: Nederlands Algemeen Bestuursrecht 2*, zesde druk, W.E.J. Tjeenk Willink.

- Beyleveld, et.al. (1986). *Law As A Moral Judgment*. London: Sweet & Maxwell.
- Bruggink, J.J.H. (1993). *Rechtsreflectie: Grondbegrippen uit de rechtstheorie*.
- . 2000. *Refleksi tentang Hukum* (Bernard Arief Sidharta, Tran.). Bandung: PT. Aditya Bakti.
- Budiono, Abdul Rachman. (2008). *Ilmu Hukum dan Penelitian Hukum*. Makalah Seminar. Malang: Fak. Hukum Universitas Brawijaya.
- Chand, Hari. (1994). *Modern Jurisprudence*. Kuala Lumpur: International Law Book Service.
- CobreyMc, Hilaire, et. al. (1995). *Textbook On jurisprudence*. Blackstone Press Limited.
- DHM, Meuwissen. (2007). *Meuwissen tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*. (Bernard Arief Sidharta, Tran.) Bandung: Refika Aditama.
- Dimiyati, Khudzaiyah. (2005). *Teorisasi Hukum di Indonesia 1945–1990*, Muhammadiyah University Press, Surakarta.
- Fachruddin, Irfan. (2004). *Pengawasan Peradilan Adminisrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*. Bandung: Alumni.
- Fadjar, Mukthie, A. (2013). *Teori-teori Hukum Kontemporer*. Malang: Setara Press.
- Filsafat Ilmu Sebagai Dasar dan Arah Bagi Pengembangan Ilmu Hukum Menuju Ke arah Pengangkatan Kualitas Para Sarjananya. (2008). *Makalah Materi Kuliah S-3 Ilmu Hukum*. Malang: Universitas Brawijaya.
- Freeman, M.D.A. (1994). *Loyd's Introduction To Jurisprudence* (6th ed.). London: Sweet & Mac Well, LTD.
- Friedmann, W. (1949), *Legal Theory*, Steven & Sons. London: Limited.
- . 1990. *Teori dan Filsafat Hukum Telaah Kritis atas Teori-teori Hukum (Susunan I)*, (Mohammad Arifin, Tran.) Jakarta: Rajawali.
- Fuady, Munir. (tt). *Teori Hukum Pembuktian (Pidana dan Perdata)*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

- Gijssel, Jan, and Mark van Hocke. (1982). *Wat is rechtstheorie*, Kluwer Rechtswtenschappen. Antwerpen.
- Haaris, J.W. (1982). *Law and Legal Science: An Inquiry into the concept of Legal Rule and Legal System*. California: Clarendon Press.
- Hadjon, Philipus M. dkk.,. (1990). *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (An Introduction Indonesia Administration Law)*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press.
- . (1996). *Pengkajian Ilmu Hukum*. Penataloka Penelitian Hukum Normatif. Surabaya: Univ Airlangga.
- . (2011). *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press.
- Herman, Bakir. (2007). *Katsil Teori Hukum*. Jakarta: PT. Indeks Kelompok Gramedia.
- Hoeke, Jan Gijssels–Mark van. (2000). *Apa Teori Hukum Itu*, (Bachtar Ibrahim, Tran.) Bandung: Penerbit Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan.
- Huijbers, Theo. (1982). *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*. Yogyakarta: Kanisius.
- Ibrahim, Anis. (2007). *Merekonstruksi Keilmuan Ilmu Hukum dan Hukum Millenium Ketiga*. Malang: In-TRANS.
- . (1999). *Refleksi tentang Hukum* (Bernard Arief Sidharta, Tran.) Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Kelsen, Hans. (1961). *The Pure Theory Of Law*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Mochtar Kusumaatmadja. (2006). *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*. Kumpulan Karya Tulis. Bandung: Alumni.
- Kranenburg, R. (1977). *De Grondslagen Der Rechtswetenschap*, (terjemahan).
- Kusumaatmadja, Mochtar. (1976). *Hukum Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional*. Bandung: Bina Cipta.
- Manulang, Fernando, E. (2007). *Menggapai Hukum Berkeadilan*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas.

- MD, Moh Mahfud. (1999). *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*. Yogyakarta: Gema Media.
- Mertokusumo, Sudikno. (2012). *Teori Hukum* (Edisi Revisi). Cahaya Atma Pustaka.
- Muslih, Muhammad. (2008). *Filsafat Ilmu Kajian Atas Asumsi Dasar Paradigma dan Kerangka Teori Ilmu Pengetahuan*. Yogyakarta: Belukar.
- Nonet, Philippe dan Philip Selznick. (2010). *Hukum Responsif* (terjemahan). Bandung: Nusamedia.
- Paton, G.W. (1972). *A Textbook of Jurisprudence* (4th Ed). Oxford: University Press.
- Paulson, Stanley. (2008). *Hans Kelsen: Pengantar Teori Hukum*. Bandung: Nusa Media.
- Pelu, Ibnu Elmi A.S. (2007). *Reaktualisasi Cita Hukum dalam Pembangunan Hukum*: Malang: In-TRANS.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Bina Cipta, Bandung: 1976, hal 5.
- Poedjowijatua. (1990). *Pembimbing ke Arah Alam Filsafat*. Jakarta: Rineka Cipta.
- Rahardjo, Satjipto. (2004). Hukum Progresif sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia. *Makalah Seminar Nasional "Menggagas Ilmu Hukum (Progresif) Indonesia" Program Sektor Undip*, Semarang, 8 Desember 2004.
- Raz, Joseph. (1980). *Concept of A Legal System: An Introduction Theory* (2nd Ed.). Oxford: Clarendon Press.
- . 1996. *Refleksi tentang Hukum* (Bernard Arief Sidharta, Tran.) Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Remelink, Jan. (2003). *Hukum Pidana: Komentar atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Ross, Alf. (1959). *On Law and Justice*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press.

- Salman, Otje, dan Anthon F. Susanto. (2008). *Teori Hukum Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*. Bandung: Refina Aditama.
- Saparjaya, Komariah Emong. (2002). *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia*. Bandung: Alumni.
- Scholten, Paul. (2003). *Struktur Ilmu Hukum* (Bernard Arief Sidharta, Tran.). Bandung: Alumni.
- Siahaan, Maruarar. (2005). *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Jakarta: KonPress.
- Sidharta, B. Arief. (1999). *Refleksi Struktur Ilmu Hukum*. Bandung: CV. Mandar Maju.
- . 2000. *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum Sebuah Penelitian tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*. Bandung: Mandar Maju.
- . 2006. *Moralitas Profesi Hukum: Suatu Tawaran Kerangka Berpikir*. Bandung: PT. Refika Aditama.
- Sinha, Surya Prakash. (1993). *Jurisprudence: Legal Philosophy In A Nutshell*. ST. Paul Minn: West Publishing Co.
- Soetandyo Wignyosoebroto, (1995), *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika Social Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, Rajawali Press, Jakarta.
- Surajiyo. (2008). *Filsafat Ilmu dan Perkembangannya di Indonesia*. Jakarta: Bumi Aksara.
- Suriasumantri, Jujun S. (1991). *Ilmu dalam Perspektif*. Jakarta: Gramedia.
- Tanya, Bernard L. Dkk. (2006). *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Surabaya: CV. Kita.

Tentang Penulis

Dr. I Nyoman Putu Budiarta, S.H., M.H. lahir di Tianyar Tahun 1959. Beliau adalah anak dari I Nyoman Budi (alm) dan Ni Luh Songkrokan; suami dari Ni Made Maniasri, S.E. dan ayah dari Putu Adi Prasetya Budiarta, Kade Mugi Adiguna Budiarta, Nyoman Gede Divadana Budiarta, dan Ketut Ayu Divarupayanti Budiarta. Riwayat pendidikan Beliau antara lain, adalah Sekolah Dasar Negeri 3 Tianyar Kubu Karangasem Tahun 1973, Sekolah Menengah Pertama Dwijati Kubu di Tianyar Tahun 1976, Sekolah Menengah Persiapan Pembangunan (SMPP) Negeri Singaraja Tahun 1980. Beliau menyelesaikan Sarjana Hukum (SH) di Fakultas Hukum Universitas Udayana Denpasar Tahun 1985, Magister Hukum (MH) pada Program Pascasarjana Universitas Arilangga Surabaya Tahun 2000 dan pada tahun 2012 memperoleh gelar doktor di Universitas Brawijaya.

Riwayat pekerjaan Beliau berawal dari menjadi Dosen Yayasan Kesejahteraan Korpri Provinsi Bali pada Fakultas Hukum Universitas Warmadewa Tahun 1985, kemudian pada tahun 1992 diangkat menjadi dosen Kopertis Wilayah III yang diperkerjakan pada Fakultas Hukum Universitas Warmadewa Denpasar sampai sekarang. Beliau pernah dipercaya sebagai Ketua Jurusan Hukum Internasional Tahun 1986–1987, Pembantu Dekan III (Bidang Kemahasiswaan) Tahun 1987–1989, Pembantu Dekan I (Bidang Akademik) Tahun 1989–1991, sebagai Wakil Dekan (Pelaksana

Tugas Dekan sehari-hari) Tahun 1991-1997 (dua periode), kembali sebagai Pembantu Dekan I Tahun 1997-1999. Selain itu Beliau juga dipercaya sebagai Pembantu Rektor III (Bidang Kemahasiswaan) selama periode 2001-2003 dan periode tahun 2003-2007. Beliau juga dipercaya sebagai ketua Badan Penjaminan Mutu Pascasarjana Universitas Warmadewa pada tahun 2012-2016. Beliau menjabat sebagai Dekan Fakultas Hukum pada tahun 2016 sampai dengan sekarang. Dalam kegiatan Tridharma Perguruan Tinggi, Beliau pernah mengikuti/melakukan kegiatan seperti antara lain: Penataran Materi Kuliah Hukum Perdata dan Hukum Dagang di Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada 1989, Penataran Metode Penelitian Hukum di Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya Tahun 1997, sebagai Pemakalah Seminar Hasil Penelitian Dosen se-Indonesia di Cisarua Bogor mewakili Kopertis Wilayah VIII Tahun 1991, sebagai Dewan Redaksi dan Mitra Bestari Majalah Kertha Wicaksana dari Tahun 1991-sekarang. Sebagai Dosen Teladan Kopertis Wilayah VIII Tahun 1992, sebagai Pemakalah dalam Seminar Nasional Peranan GATT/WTO Dalam Investasi dan Perdagangan Indonesia yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Warmadewa di Inna Bali Hotel Tahun 1998, sebagai Penceramah Tingkat Kopertis Wilayah VIII "Strategi Pengembangan Kegiatan Kemahasiswaan" di Kupang Tahun 2004, Penceramah "Peningkatan Penalaran Kemahasiswaan" di Institut Seni Indonesia (ISI) Denpasar Tahun 2005, sebagai Tim Pembina Desa Sadar Hukum bekerja sama dengan Pemerintah Kabupaten Bandung Tahun 1996-2006, sebagai Peserta Seminar Internasional "*On Environmental Law Development and Reform in Asian Countries, Canada, and Australian a Comparative Perspective 2008*"; pemakalah seminar internasional "Mediasi dalam Sistem Peradilan Indonesia-Jepang" yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Warmadewa bekerjasama dengan Mahkamah Agung RI di Denpasar Tahun 2010, melakukan penelitian antara lain "*Franchise sebagai Instrumen Hukum Alih Teknologi dalam Kegiatan Bisnis*" Tahun 2011, menulis Diktat Hukum Dagang Tahun 2011.

Berkaitan dengan karya ilmiah, beberapa karya ilmiah Beliau telah dipublikasikan oleh Majalah terakreditasi Kertha Wicaksana Fakultas Hukum Universitas Warmadewa.

Prof. Dr. I Dewa Gede Atmadja, S.H., M.S. lahir di Amplapura, Bali, 11 Juni 1944. Pada Tahun 1973 menyelesaikan pendidikan S1 pada Fakultas Hukum jurusan Hukum Tata Negara di Universitas Udayana Denpasar. Program Pascasarjana S2 dan S3 masing-masing diselesaikan pada tahun 1984 dan 1994 di Universitas Airlangga Surabaya.

Beliau menghabiskan hampir sebagian hidupnya untuk mengabdikan di Fakultas Hukum Universitas Udayana Denpasar. Beberapa jabatan yang pernah di emban antara lain: Asisten Dosen (1974), Pembantu Dekan III (1976), Pembantu Dekan I (1977-1979), Ketua Jurusan Tata Negara (1979-1989), Guru Besar dalam Ilmu Hukum Tata Negara (1995), Dekan (1997-2004).