

PENDAHULUAN

Pengantar ilmu hukum terdiri dari kata “pengantar” dan kata “ilmu hukum”, mengantar yang berasal dari perkataan “pengantar” berarti membawa ke tempat yang dituju, dalam bahasa asing juga diartikan *inleiding* (Belanda) atau *introduction* (Inggris) yang berarti memperkenalkan.¹ Pengantar Ilmu Hukum memperkenalkan dan mengantarkan mahasiswa dalam memahami secara detail setiap sendi-sendi atau dasar-dasar tentang hukum.² Berpijak pada kata “pengantar” inilah Pengantar Ilmu Hukum merupakan suatu basis *leervak* atau mata kuliah dasar. Artinya bukan mata kuliah jurusan, juga bukan mata kuliah pilihan atau mata kuliah spesialisasi. Sebagai mata kuliah dasar, Pengantar Ilmu Hukum hanya memberikan landasan sebagai pendukung pada mata kuliah lainnya.³

Pengantar Ilmu Hukum dapat diumpamakan suatu peta dunia dengan skala kecil. Di situ tergambar dunia dengan segala bagian serta unsur-unsurnya. Orang dapat mempunyai suatu pengikhtisaran dan cukup lengkap. Berdasarkan peta itu dapat melakukan perluasan dan penelitian lebih lanjut dan seksama pada berbagai bagian dan unsurnya. Orang dapat menggunakan peta lain dengan skalanya yang lebih besar, supaya datanya dapat diketahui lebih banyak, lebih lengkap, jelas dan terperinci.⁴

Perumpamaan di atas tentu tidak cukup memuaskan, sebab tidak bersifat operasional. Sumber-sumber terdahulu yang dikenal sejak jaman *Universiteits Reglement* Hindia Belanda dan diberlakukan pada *Rechts Hoge School* di Jakarta, antara lain mencantumkan bahwa *Inleiding tot de Rechtswetenschap omvat zowel de historische vorming van de instellingen van het hedendaagsche recht, als een wijsgerige inleiding in haar geestelijke en maatschappelijke betekenis.*⁵

Pengantar ilmu hukum terjemahan langsung bahasa Belanda dari mata kuliah *Inleiding tot de Rechtswetenschap* -istilah ini sebenarnya sebagai pengganti *Encyclopaedie der Rechtswetenschap* yaitu istilah yang semula digunakan di negeri Belanda- merupakan terjemahan dari bahasa Jerman *Enzyklopaedia der Rechtswissenschaft* yang berasal dari istilah *Einführung in die Rechtswissenschaft* suatu istilah yang digunakan di Jerman sejak

¹ Soeroso, 1992, *Pengantar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.3.

² Lukman Santoso dan Yahyanto, 2014, *Pengantar Ilmu Hukum*, Setara Press, Malang, hlm. vii.

³ Achmad Sanusi, 1991, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Tarsito, Bandung, hlm. 4.

⁴ *Ibid*, hlm. 5.

⁵ *Ibid*.

akhir abad XIX.⁶ Di Indonesia istilah *Inleiding tot de rechtswetenschap* dipakai mulai tahun 1920 yang dirumuskan dalam *Hoger Onderwijs Wet* atau Undang-Undang Perguruan Tinggi di Negeri Belanda, yang telah dikenal tahun 1924 dengan didirikannya *Rechtshoogeschool* atau Sekolah Tinggi Hukum di Batavia, di mana *Inleiding tot de Rechtswetenschap* dimasukkan ke dalam kurikulumnya. Istilah “Pengantar Ilmu Hukum” pertama kali digunakan di perguruan tinggi Universitas Gadjah Mada yang -berdiri tanggal 13 Maret 1946- sampai sekarang dijadikan mata kuliah dasar di setiap pendidikan tinggi hukum.⁷

“Ilmu hukum” terdiri dari kata “ilmu” dan kata “hukum”. Untuk membedakan antara mata kuliah pengantar dan mata kuliah pokok, maka diadakan suatu tradisi di universitas-universitas, bahwa kata “ilmu” hanya digunakan untuk mata kuliah yang bersifat pengantar, misalnya pengantar ilmu hukum dan pengantar ilmu negara. Sedangkan mata kuliah pokok tidak menggunakan istilah ilmu, namun langsung menggunakan istilah hukum, misalnya hukum tata negara, hukum pidana, hukum perdata, hukum agraria, hukum waris dan sebagainya. Mata kuliah yang bersifat pengantar yang memakai istilah ilmu lebih bersifat teoritis dan mempunyai kelanjutan di tingkat atas, sedangkan mata kuliah yang bersifat pokok misalnya hukum tata negara, hukum pidana dan sebagainya lebih mempunyai kegunaan praktis, sehingga lebih mempersoalkan cara tentang bagaimana dapat penerapan hukum itu. Berbeda sekali akan halnya lembaga pendidikan yang semata-mata bersifat akademis, di sini kurang diberikan mata kuliah pengantar. Mempelajari mata kuliah pengantar disebabkan adanya aliran baru, bahwa pendidikan di fakultas hukum tidak semata-mata diajarkan pendidikan hukum, agar mengetahui latar belakang pertumbuhan hukum dan dapat mengetahui masyarakat yang bagaimana yang dapat menimbulkan hukum itu, dan apakah yang dapat mempengaruhi timbulnya hukum. Apakah kebudayaan, -bahkan peradaban- politik, ketatanegaraan, ekonomi dan sebagainya. Apabila hanya mempelajari hukum, maka tidak mengetahui sejumlah persoalan lain yang ada di masyarakat sekitarnya.

Untuk itu fakultas hukum memberikan mata kuliah tambahan yang bersifat teori dengan tujuan:

1. Mengetahui latar belakang timbulnya hukum.

⁶ Djoko Soetono dan Achmad Sanusi dalam Moch. Hasan Wargakusumah, 1976, *Bahan-bahan Perkuliahan (Course Materials) Bagian PIH*, Penerbit: FH-Universitas Padjadjaran, Bandung, hlm. 2, dalam Dudu Duswara Machmudin, 2010, *Pengantar Ilmu Hukum, Sebuah Sketsa*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 1.

⁷ Soeroso, *Op.cit.* hlm. 8.

2. Setelah selesai pendidikan hukum, menjamin telah memperoleh suatu ukuran atau pandangan tertentu yang obyektif, agar tidak terlampau subyektif, yaitu berpendirian dari segi hukum semata. Untuk itu mata kuliah yang bersifat pengantar (teoritis) menggunakan istilah ilmu, sedangkan mata kuliah pokok (praktis) menggunakan istilah hukum. Perlu diketahui bahwa pengantar ilmu hukum sudah ada sejak lama sedangkan pengantar ilmu negara baru muncul abad XIX.⁸

Ilmu hukum dalam kepustakaan hukum dikenal dengan nama *jurisprudence* yang berasal dari kata *jus, juris* yang berarti adalah hukum atau hak; dan *prudence* yang berarti melihat ke depan atau mempunyai keahlian. *Jurisprudence* dalam arti umum adalah ilmu pengetahuan yang mempelajari hukum. Tetapi orang juga mengenal 3 (tiga) arti yang lain:

1. Para yuris Inggris memakainya dalam anatomi perbandingan dari sistem-sistem hukum yang sudah maju.
2. Para yuris Perancis mengartikannya sebagai kecenderungan dari putusan yang diambil oleh pengadilan-pengadilan.
3. Di beberapa negara lain, terutama di Amerika Serikat, kata itu dipakai sebagai sinonim dari hukum itu sendiri. Sedangkan definisi hukum mengikuti beberapa pendapat dari para yuris.

Pendahuluan pelajaran hukum memang harus dimulai dengan yang paling sukar, yakni dengan pertanyaan apakah yang dinamakan hukum. Menjawab pertanyaan itu biasanya dengan memberi definisi yang indah. Definisi memang berguna, lebih-lebih apabila definisi itu hasil pemikiran dan penelitian sendiri, jika definisi tersebut terdapat pada akhir pelajaran hukum, bukan pada awal pelajaran hukum. Walaupun pada awal pelajaran hukum, definisi tetap berguna karena waktu itu dapat memberikan pengertian bagi yang baru belajar hukum tentang apa yang sedang dipelajari. Sebaliknya, juga ada kerugian yang lebih besar sebab setiap definisi mengenai hukum memberikan kesan yang tidak tepat kepada yang baru belajar hukum yakni tidak dapat menerangkan keadaan hukum yang sebenarnya secara jelas, sehingga baru mengenal hukum sudah dimulai dengan kesalahpahaman. Sebab sesungguhnya orang tidak mungkin dapat memberikan definisi tentang hukum yang sesuai dengan kenyataan. Walaupun sejak beberapa ribu tahun yang lampau, orang sudah sibuk mencari definisi tentang hukum, namun belum ada definisi yang memuaskan sesuai dengan kenyataan. Apa yang ditulis oleh Immanuel Kant 1724-1804 lebih dari 200 (dua ratus) tahun silam: *Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht*,

⁸ Kansil, 1999, *Pengantar Ilmu Hukum*, Balai Pustaka, hlm. 97.

masih berlaku. Hampir semua yuris yang memberikan definisi tentang hukum, memberikan secara berbeda-beda. Ini setidaknya-tidaknya untuk sebagian dapat diterangkan oleh banyaknya segi dan bentuk, serta kebenaran hukum. Hukum banyak seginya dan demikian luasnya, sehingga tidak mungkin orang menyatukannya dalam satu definisi secara memuaskan.⁹

Definisi hukum dari beberapa yuris.

Curzon berpendapat bahwa ilmu hukum mencakup dan membicarakan segala hal yang berhubungan dengan hukum. Demikian luasnya masalah yang dicakup oleh ilmu ini, sehingga sempat memancing pendapat orang untuk mengatakan bahwa batas-batasnya tidak bisa ditentukan.¹⁰ Betapa luasnya permasalahan yang dapat dibicarakan dalam ilmu hukum itu. Dari gambaran tersebut tentunya adalah suatu hal yang picik apabila berpendapat bahwa ilmu hukum itu hanya berurusan dengan peraturan perundang-undangan. Selanjutnya betapa pentingnya pembicaraan hukum dalam konteks kesejarahan asal-usul hukum dan dengan demikian menunjukkan bahwa ada kaitan yang erat antara ilmu hukum dengan sejarah. Sehingga perlu pengetahuan tentang bagaimana perkembangan hukum itu dari masa-masa lampau sampai sekarang. Pengetahuan kesejarahan yang demikian itu menjelaskan tentang apakah fungsi-fungsi yang dilakukan oleh hukum pada masa atau tingkat peradaban tertentu umat manusia. Ilmu hukum tidak hanya mempersoalkan suatu tatanan hukum tertentu yang berlaku di suatu negara. Obyeknya di sini adalah hukum sebagai suatu fenomena dalam kehidupan manusia di manapun di dunia dan dari masa kapanpun, hukum dipandang sebagai fenomena universal, bukan regional, nasional ataupun lokal.¹¹

Croos memberi definisi bahwa ilmu hukum adalah pengetahuan tentang hukum dalam segala bentuk dan manifestasinya.

Oliver Wendell Holmes, ilmu hukum menurut penglihatan saya adalah sekedar hukum dalam seginya yang paling umum. Setiap usaha untuk mengembalikan suatu kasus kepada suatu peraturan adalah suatu kegiatan ilmu hukum, sekalipun nama yang umumnya dipakai dalam bahasa Inggris dibatasi dalam artiannya sebagai aturan-aturan yang paling luas dan konsep yang paling fundamental.

⁹ van Apeldoorn, 2001, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm. 1.

¹⁰ Satjipto Rahardjo, 2006, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 3.

¹¹ *Ibid.* hlm. 5.

Bodenheimer mengatakan bahwa pokok bahasan ilmu hukum adalah luas sekali, meliputi hal-hal yang filsafati, sosiologis, historis, maupun komponen-komponen analitis dari teori-teori hukum.

Karl Nickerson Llewellyn mengatakan bahwa ilmu hukum berarti setiap pemikiran yang teliti dan berbobot mengenai semua tingkat kehidupan hukum, asal pemikiran itu menjangkau ke luar batas pemecahan terhadap suatu problem yang konkret. Jadi ilmu hukum meliputi semua macam generalisasi yang jujur dan dipikirkan secara masak di bidang hukum.¹²

Menurut saya, hukum adalah serangkaian aturan hidup sosial yang mengatur aspek lahir, berisi perintah dan larangan dan bagi yang melanggar aturan itu dikenai sanksi.

Dengan menurunkan sederetan kutipan tersebut di atas akan menjadi makin jelaslah kiranya ruang lingkup yang dijelajahi oleh ilmu hukum itu. Melihat permasalahannya yang begitu luas dan mendasar, maka dari itu biasanya ditempatkan pada permulaan studi mengenai hukum. Dengan demikian diharapkan bahwa mereka yang mulai mempelajari hukum mendapatkan dasar-dasar dan orientasi yang seksama mengenai fenomena hukum, sebelum memasuki suatu sistem yang rumit.¹³

Sejatinya ruang lingkup Pengantar Ilmu Hukum sangat luas oleh karena itu pengkajian ilmu hukum dalam berbagai aspeknya memerlukan pendekatan secara menyeluruh serta turut memperhatikan prasyarat pokok yang logis, sistematis dan metodis serta teruji kebenarannya.¹⁴

Tujuan Pengantar Ilmu Hukum adalah menjelaskan tentang keadaan, inti dan maksud tujuan dari bagian-bagian penting hukum, serta pertalian antara berbagai bagian tersebut dengan ilmu pengetahuan hukum¹⁵

¹² *Ibid.* hlm. 11.

¹³ *Ibid.* hlm. 12.

¹⁴ Lukman Santoso dan Yahyanto, *Op. cit.*

¹⁵ *Ibid.* hlm. 3.

BAB I

SEJARAH HUKUM DAN PERKEMBANGANNYA

1.1. Sejarah Timbulnya Ilmu Hukum.

Timbulnya ilmu hukum tidak dapat dipisahkan dari tradisi peradaban Barat yang memandang bahwa hukum sebagai prinsip sentral kehidupan, sedangkan peradaban Timur -Tiongkok, Jepang, Hindia dan Afrika- tidak menempatkan hukum sebagai sentral kehidupan, namun moralah yang menjadi sentralnya, hal demikian dapat dilacak dari peradaban tersebut. Peradaban Barat -bersumber pada peradaban Yunani- pada tahap-tahap yang menentukan dalam sejarah Yunani, negara teritorial merupakan suatu organisasi politik yang sangat penting. Negara dipandang lebih penting daripada semua organisasi yang dibuat oleh manusia. Yunani dapat menerangkan kehidupan dunia melalui hukum alam.¹⁶

Dorian -yang datang dari Utara- bermula sejak menduduki pusat kekuasaan Mysea (daerah di Asia Kecil) tidak lama setelah tahun 1200 Sebelum Masehi menjadikan hukum sebagai prinsip sentral dalam kehidupan. Para pengungsi yang terusir menyeberangi Aegea (kota di Aeolis di Asia Kecil) untuk menetap di ujung Asia Kecil. Mereka tidak membawa serta pola pemerintahannya, namun menciptakan seperangkat hukum dan sistem pemerintahan yang kuat untuk menjamin kerjasama dalam pemukiman baru. Mereka kemudian mendirikan negara kota atau -yang dalam bahasa Yunani disebut- *polis*. *Polis-polis* berukuran kecil dan penduduknya sedikit. Oleh karena itulah setiap orang dapat berpartisipasi secara langsung dalam kehidupan politik. Sehingga orang Yunani berhasil mengatasi persoalan-persoalan lahiriah manusia, sedangkan persoalan batiniah mereka perlu belajar lebih banyak lagi, sehingga mereka menengok ke dunia Timur. Namun ketika mereka gagal berunding dengan ahli yang memiliki kedudukan sebagai pemuka agama, mereka kemudian mencari hal-hal batiniah itu dengan cara mereka sendiri. Kemudian menemukan dan mulai menjelaskan fenomena dengan menggunakan penalaran yang bersifat imajinatif. Dengan menggunakan penalaran, mereka menolak adanya pandangan yang menyatakan bahwa dewa-dewa merupakan penguasa alam semesta. Sebagai

¹⁶ Surya Prakash Sinha, 1993, *Jurisprudence, Legal Philosophy in A Nutshell*, West Publishing, St. Paul Minnesota, hlm. 9, dalam Peter Mahmud Marzuki, 2012, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 10.

gantinya mereka kemudian mengembangkan hukum alam untuk menjelaskan fenomena alam.¹⁷

Menurut Surya Prakash Sinha ada 4 (empat) tahap perkembangan pikiran Yunani; yakni pikiran herois, visioner, teoritis dan rasional.

1. Pikiran herois mendasarkan pemikiran pada pengalaman-pengalaman konkret secara fisik dan memperkayanya dengan fantasi dan mitos-mitos seperti yang terdapat pada karya Homerus.
2. Pikiran visioner terjadi seiring dengan pembentukan polis, yaitu dengan mencari sesuatu yang dapat membuat tertib melalui penggabungan antara dunia gagasan dan dunia indera. Hal itu terungkap melalui puisi dan drama, misalnya yang ditulis oleh Pindar, Aeschylus, dan Sophocles.
3. Pikiran teoritis didorong oleh timbulnya Athena sebagai metropolis. Pemikiran teoritis menggunakan kekuatan analisis untuk melihat sesuatu di bawah permukaan.
4. Pikiran rasional merujuk kepada tertib akal sebagaimana yang diutarakan oleh Plato dan Aristoteles. Dalam pemikiran rasional dikonsepsikan adanya *logos*, yaitu instrumen untuk mendapatkan keniscayaan dan keadilan dengan cara memikirkan dan mendiskusikan isu ada *arete*, *metron* dan *hubris*. *Arete* yaitu nilai manusia sebagai makhluk berpikir. *Metron* yaitu konsep ukuran dan proporsi untuk menghindari *hubris*. *Hubris* atau sesuatu yang melampaui batas. Dengan ketiga hal tersebut, manusia memiliki kemampuan untuk berpikir, kebebasan memilih, dan kemampuan untuk mengambil putusan. Hidup untuk dirinya sendiri dan bukan untuk orang lain atau kekuatan supranatural, sehingga timbul individualisme. Konsekuensi politis dari individualisme adalah adanya independensi negara yang warganya memiliki hak-hak secara hukum dan politik yang tertuang dalam *the rule of law*. Hukum dengan demikian, menyediakan sarana bagi pelaksanaan hak-hak tersebut. Oleh karena itulah hukum menjadi prinsip sentral dalam organisasi sosial.¹⁸

Dominasi Athena kemudian dipatahkan oleh Sparta pada tahun 404 Sebelum Masehi. Selanjutnya Makedonia menaklukkan Sparta pada tahun 338 Sebelum Masehi. Penaklukan oleh Makedonia ini telah melenyapkan kedaulatan *polis* lokal. Raja-raja Makedonia menganut Hellenisme atau aliran Yunani, akan tetapi tahun 146 Yunani dan Makedonia

¹⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Ibid.* hlm. 11.

¹⁸ Surya Prakash Sinha, *Op.cit.*, hlm. 11, dalam *Ibid*, hlm. 12.

jatuh ke tangan Romawi. Pada masa pemerintahan Romawi ini Hellenisme tersebar ke Italia.¹⁹

Meskipun bahasa Latin merupakan bahasa yang berlaku, para intelektual misalnya Cicero masih menganut filsafat Yunani. Menurut Cicero pemerintah berasal dari perjanjian sukarela di antara warga negara dan hukum harus merupakan prinsip pemerintahan tertinggi. Gagasan ini menghasilkan timbulnya hukum Romawi yang merupakan titik awal secara signifikan dalam kajian hukum. Apa yang disampaikan oleh Surya Prakash Sinha merupakan kebenaran sejarah yang dapat dilacak dan dibuktikan.²⁰

Jaman Kuno sekitar tahun 400-an telah meletakkan dasar-dasar pikiran Jaman Pertengahan. Jaman Pertengahan sendiri telah mengakhiri lembaga-lembaga hukum dari Jaman Kuno pada Abad V dengan kodifikasi yang ke dua. Justinianus juga menyuruh mendirikan gereja Kristen yang besar Hagia Sophia dan menyuruh menutup sekolah filsafat kaum tidak beragama tahun 529. Lembaga-lembaga hukum dari Jaman Kuno atau Romawi itu sebagaimana yang hidup di kalangan pegawai dan para yuris dapat lama bertahan diri, meskipun waktu itu keruntuhan moral telah tiba. Tetapi semakin lama lembaga-lembaga itu terancam akan hanyut dan hilang dalam proses sosial yang menuju kepada perpecahan dan kehancuran. Hal inilah yang tidak dikehendaki oleh kaisar-kaisar dan oleh karena mereka sendiri tidak lagi hidup pada alam pikiran orang-orang yang berkaitan dengan hukum, maka beberapa kaisar telah memerintahkan supaya lembaga-lembaga hukum itu dicatat agar yang tertulis itu mempunyai ketetapan yang sama dengan para yuris.²¹

Pada jaman Romawi, hukum berkembang demikian pesat terutama di bidang hukum perdata. Jaman Romawi biasa dirumuskan “dimulai dengan kodifikasi dan diakhiri pula dengan kodifikasi”, kodifikasi yang pertama jaman Romawi dikenal dengan nama: Kodifikasi 12 (dua belas) meja, di mana masing-masing meja membahas sesuatu yang khusus, misalnya jual beli, perkawinan, warisan dan lain-lain, kemudian hal-hal yang sama dikumpulkan dan dibukukan. Kodifikasi membuat peraturan-peraturan tentang hukum pidana, hukum perdata dan hukum acara, kodifikasi tercapai sekitar tahun 450. Kodifikasi yang ke dua terjadi di Romawi Timur, merupakan kodifikasi yang terakhir atas usaha dari Kaisar Romawi Timur Justinianus (527 – 565).²² Hukum Romawi dalam perkembangannya

¹⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Op.cit.*, hlm. 12.

²⁰ *Ibid.*

²¹ von Schmid, 1980, *Ahli-ahli Pikir Besar tentang Negara dan Hukum*, Pembangunan, Jakarta, hlm. 60.

²² Kansil, *Op.cit.*, hlm. 100.

sangat mempengaruhi hukum perdata di Eropa Barat. Hukum Romawi yang menjadi acuan hukum Barat bersumber pada *Corpus Iuris Civilis* hasil kodifikasi Kaisar Justinianus Guarnerius yang menurut sejarah disebut Iruerius telah melakukan studi yang sistematis terhadap hukum Romawi sebagai suatu sarana untuk menghilangkan kebingungan dalam hukum lokal Eropa. Justinianus mulai mengajar di Universitas Bologna Italia tahun 1087.²³ Waktu itu dipandang sebagai timbulnya studi hukum secara sistematis sebagai suatu pengetahuan. Karena waktu itu hukum diajarkan sebagai sesuatu yang terpisah dari politik dan agama, mempelajari aturan-aturan dan putusan-putusan mengenai sengketa yang dipelajari serta diterangkan dalam kerangka prinsip-prinsip umum. Para alumninya yang telah mengenyam pendidikan ini bekerja sebagai konsultan, hakim, advokat, administrator dan perancang undang-undang. Mereka menerapkan apa yang dipelajari untuk membangun dan membuat koherensi norma-norma hukum yang terakumulasi secara massal. Dengan demikian mereka mengukir sistem hukum baru yang berbeda dengan hukum terdahulu yang masih bergabung atau tidak dipisahkan dari kebiasaan, politik dan agama. Sejak diajarkannya hukum secara sistematis di universitas-universitas di Eropa, hukum dipisahkan dari politik, kebiasaan masyarakat dan agama. Hal demikian timbul pertanyaan tentang apakah materi yang diajarkan di universitas tersebut. Mungkinkah mereka mengajarkan hukum yang terpisah dari politik, kebiasaan masyarakat dan agama sedangkan hukum yang berlaku waktu itu masih tidak dapat lepas dari kepercayaan dan praktek-praktek keagamaan, politik, ekonomi, dan kehidupan sosial pada umumnya? Ternyata yang diajarkan secara sistematis untuk pertama kalinya di universitas-universitas itu bukan hukum yang sedang berlaku di Dunia Barat waktu itu, namun hukum yang tertuang dalam naskah kuno yang terdapat di perpustakaan Italia dan dapat digunakan untuk mengatur hubungan dalam hidup bermasyarakat dan menghadapi masalah-masalah yang terjadi pada akhir abad XI, naskah itu merupakan salinan dari koleksi yang memuat bahan-bahan hukum yang dikompilasi oleh Kaisar Romawi Justinianus sekitar tahun 534 Sebelum Masehi yang tahun 476 Sebelum Masehi, Kaisar Romawi Barat terdepak.²⁴

Hukum Romawi yang dikompilasi oleh Kaisar Romawi Justinianus di Konstantinopel merupakan suatu hukum yang sangat berkembang, berbeda dengan hukum rakyat Germania. Akan tetapi jauh sebelum peradaban Romawi di Barat telah ditaklukkan dan didominasi oleh peradaban suku-suku primitif misalnya suku Franka, Vandal, Saksa dan

²³ Harold J. Berman, 1983, *Law and Revolution*, Massachusetts; Harvard University Press, Cambridge, hlm. 123, dalam *Ibid.*, hlm. 13.

²⁴ *Ibid.*, hlm. 122.

Goth, di bagian Timur, Kekaisaran Romawi tetap berjaya dengan sebutan Byzantium. Kaisar Konstantin mendirikan ibu kota baru di Byzantium dan mengubah nama itu menjadi Konstantinopel. Kaisar Konstantin inilah yang menetapkan agama Kristen sebagai agama negara, selanjutnya Kaisar Theodosius melarang agama lain selain agama Kristen. Kekaisaran Romawi Timur, meliputi juga Italia Selatan. Beberapa aturan dan konsep hukum yang dikembangkan di Romawi Timur kadang kala muncul dalam penerapan-penerapan penguasa di bagian Barat maupun tertuang di dalam kebiasaan-kebiasaan masyarakat yang menghuni daerah yang waktu itu disebut Perancis dan Italia Utara. Begitu juga pada masa kekuasaannya dinasti Carolingus dan sesudahnya berkuasa di Perancis, prinsip-prinsip hukum Romawi juga lebih ditekankan. Koleksi yang agak longgar terhadap aturan-aturan dan prinsip-prinsip hukum Romawi diundangkan oleh raja-raja Germania. Akan tetapi hukum Romawi sebagai sistem hukum berlakunya sangat terbatas di Eropa Barat ketika karya Justinianus diketemukan di Italia, dan yang berlaku pada waktu itu adalah hukum yang dibuat oleh raja-raja Germania dan Franka. Hukum Romawi merupakan suatu sistem hukum yang merefleksikan suatu peradaban yang tinggi 6 (enam) abad sebelumnya. Oleh karena itulah dapat dipahami apabila hukum Romawi itu kemudian menjadi obyek studi hukum yang pertama kali secara sistematis.

Para yuris yang belajar naskah kuno itu percaya bahwa peradaban mereka (Kekaisaran Romawi) tetap ada baik di Timur maupun di Barat, yang tetap hidup dalam bentuk baru. Para yuris juga percaya bahwa prinsip-prinsip itu bersifat permanen dan universal.²⁵ Mereka memandang hukum Justinianus bukan hukum yang berlaku di Byzantium, melainkan sebagai hukum yang berlaku sepanjang masa dan di manapun. Sebagai contoh, apa yang tertulis di dalam kompilasi Justinianus tentang kepemilikan tanah tidak ada sangkut pautnya dengan pengaturan hak milik feodal yang berlaku tahu 1100 Sebelum Masehi di Tuscania dan Nurmandia, tidak berarti bahwa yang tertuang dalam karya Justinianus itu bukan hukum. Sebaliknya, ketentuan itu adalah hukum yang merupakan hasil penalaran, lagi pula Tuscania dan Nurmandia dipandang sebagai kelanjutan dari Roma sebagaimana gereja dan kekristenan dipandang sebagai kelanjutan Israel.²⁶

Di samping ditemukannya karya Iustinianus sekitar tahun 1087, terdapat 2 (dua) unsur penting lagi dalam studi hukum sistematis.

²⁵ Harold J. Berman, *Op.cit*, hlm. 123, dalam Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit*, hlm. 15.

²⁶ *Ibid*.

1. Penggunaan metode analisis dan metode sintesis yang diterapkan pada naskah-naskah hukum, metode ini waktu itu disebut metode skolastis.
2. Metode analisis dan metode sintesis sudah digunakan dalam pengajaran di universitas. Kedua unsur itu merupakan akar dalam studi ilmu hukum. Maka hukum Romawi memberikan khasanah hukum pada semua negara Eropa, dan metode skolastis sampai waktu sekarang masih digunakan.²⁷ Timbulnya universitas pada abad XII dan abad XIII di Eropa Barat tidak terjadi begitu saja namun dipengaruhi oleh berbagai faktor perubahan sosial kemasyarakatan.²⁸ Waktu itulah mulai munculnya pusat-pusat kekuasaan politik yang kuat berakibat membawa ketertiban dalam masyarakat, dan dengan itu pengaturan dan penataan kehidupan masyarakat secara politik.

1.2. Perkembangan Ilmu Hukum.

Berdasarkan penelusuran historis yang luas dan mendalam sesungguhnya ilmu hukum adalah ilmu modern yang pertama lahir di dunia Barat.²⁹ Ilmu hukum sebagaimana yang dikenal sekarang, timbul abad XII-XIII bersamaan dengan lahirnya universitas. Bahwa pada abad XII *scholarship*, diskusi kefilsafatan dan teologikal mengalami perkembangan eksepsional. Penyebabnya adalah disemenasi atau penyebarluasan karya-karya Aristoteles dan bangkitnya kembali minat pada hukum Romawi. Dalam waktu yang bersamaan dinamika perdagangan lintas batas wilayah kekuasaan politik, munculah sejumlah kota di Eropa yang untuk pengamanannya masing-masing dilindungi benteng sekelilingnya.³⁰ Maka timbul kelas baru di dalam masyarakat, yakni para yuris profesional dan para advokat atau pengacara profesional. Pada waktu itu pula mulai penulisan *legal treatises* dan kompilasi serta sistematisasi warisan *legal materials* dari jaman Romawi, yang mendorong perkembangan konsep hukum sebagai perangkat asas-asas hukum dan prosedur-prosedur yang mandiri dan terintegrasi. Perkembangan politik, sosial dan ekonomi di Eropa Barat abad XI, XII dan XIII mengakibatkan munculnya.³¹

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Harold J. Berman, *Op.cit.* hlm. 896-898.

²⁹ Harold J. Berman, 1977, *The Origins of Western Legal Science*, Harvard Law Review, vol. 90, no.5, hlm. 930, juga dalam 1983, *Law in Revolution*, hlm. 151. Lihat juga Helmut Coing, 1975, *The Original Unity of European Legal Science*, dalam *Law and State*, vol. 11, dalam Bernard Arief Sidharta, 2000, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 138.

³⁰ Boyd - King, *Op.cit.*, hlm. 127, Tentang *the rise of fortified cities yang destined to be the birthplaces of the universities* di Eropa, dalam *Ibid.*

³¹ Harold J. Berman, *Op.cit.*, hlm. 896-898.

1. Sistem hukum kanonik yang terdiri atas *Ius Novum* yaitu keseluruhan perundang-undangan (aturan tertulis) yang dibuat oleh Paus dan Dewan Gereja sejak abad XI, dan *Ius Antiquum* yaitu hukum Kanonik sebelum abad XI yang dikompilasi dan disistematisasi oleh Gratius tahun 1140.
2. Sistem hukum sekular yang ditetapkan oleh raja-raja.
3. Sistem hukum kota atau *urban law* yang ditetapkan oleh kota-kota bebas.
4. Sistem hukum feodal dan manorial.
5. Sistem hukum dagang baru untuk memenuhi kebutuhan para pedagang dalam kegiatan perdagangan antar kota atau *intercity*, antar regional dan internasional.

Penciptaan sistem hukum modern abad XI, XII dan XIII merupakan *respond* terhadap proses perubahan sosial dan ekonomi yang dipengaruhi oleh faktor-faktor keagamaan yakni perubahan revolusioner dalam gereja serta hubungan antara gereja dan otoritas sekuler, jadi hingga derajat tertentu, tradisi hukum Barat modern ditimbulkan oleh separasi eksplosif kekuasaan gereja dan kekuasaan sekuler.³² Kehadiran tradisi hukum modern yang mengikat dan memang dibutuhkan oleh masyarakat mengakibatkan banyak orang ingin atau memerlukan untuk memperoleh pemahaman tentang hukum. Masyarakat waktu itu memang memerlukan orang-orang yang memahami hukum secara profesional, dan mampu menggunakannya untuk menyelesaikan permasalahan hukum yang timbul dalam interaksi kemasyarakatan. Keadaan demikian itu mengakibatkan banyak orang muda tertarik belajar secara sistematis agar memperoleh pengetahuan dan pemahaman tentang hukum yang diperlukan. Timbulnya universitas di Eropa dimulai di kota tempat para guru yang terkenal bermutu dalam mengajar, misalnya Peter Abelard yang mengembangkan studi teologi di Paris, Perancis. *Duchess of Tuscany* yang bernama Matilda terdorong oleh suasana untuk memenuhi kebutuhan masyarakat akan tenaga profesional dan besarnya minat orang muda itulah, maka mendirikan *Studium Generale* di Bologna Italia. Kemudian Matilda mengundang Irnerius untuk mengajar di Bologna yang kemudian mengembangkan studi hukum. Jika *School of Theology and Philosophy* yang menonjol di *Studium Generale* di Paris karena peranan Peter Abelard, maka di *Studium Generale* di Bologna yang menonjol adalah *Law school*-nya karena kehadiran Irnerius. Kemashuran Irnerius mengakibatkan menarik perhatian ribuan para pemuda dari berbagai bangsa di Eropa menuju ke Bologna, menjadi mahasiswa Irnerius dan para asisten hasil didikannya sendiri untuk belajar ilmu

³² *Ibid.*, hlm. 897.

hukum. Mengakibatkan kota tersebut menjadi pusat studi yang pada waktu itu dinamakan *Studium Generale* (belum dinamakan universitas). Pendidikan yang sudah bersifat universitas bertumpu pada *the seven liberal arts* yang terdiri dari 2 (dua) bagian bidang studi, yakni *trivium* dan *quadrivium*. Bidang studi *trivium* terdiri atas gramatika, retorika dan logika, sedangkan bidang studi *quadrivium* terdiri atas aritmatika, geometrika, astronomi dan musika.³³ Sesuai dengan pembagian bidang studi itu maka pendidikan universitas juga tersusun atas 2 (dua) tingkat atau *gradus (grade)*. Bagi yang hendak belajar di *Studium Generale* mahasiswa harus melakukan *matricula*, artinya mendaftarkan diri kepada *master* atau guru. Tahap 1 (pertama) pendidikan berlangsung 4 (empat) tahun, di sini diajarkan *trivium* yaitu gramatika, retorika dan logika yang diakhiri dengan ujian untuk menjadi seorang *baccalaureus* yang merupakan syarat untuk dapat mengikuti pelajaran pada tahap atau tingkat ke 2 (dua), pendidikannya juga berlangsung 4 (empat) tahun, di sini diajarkan *quadrivium* yaitu filsafat atau moral dan etika, aritmatika, geometrika, astronomi dan musika. Setelah mahasiswa menempuh pelajaran yang diakhiri dengan ujian dan lulus, maka menjadi seorang *master* dan memperoleh *licentia ius ubique docendi* (hak atau kewenangan untuk mengajar).

Namun yang diajarkan dan dipelajari secara sistematis di Bologna bukanlah hukum yang berlaku pada masa itu, awalnya materi yang diajarkan adalah teks hukum Romawi yang dikompilasi oleh Justinianus abad VI, hukum yang termuat dalam manuskrip kuno yang ditemukan secara tidak sengaja dalam sebuah perpustakaan Italia pada akhir abad XI. Manuskrip itu memuat *legal materials* yang dikompilasi di bawah Kaisar Justinianus pada tahun 529, yakni yang kemudian dikenal sebagai *Corpus Iuris Civilis* yang disingkat *Corpus Iuris* atau kadang kala disebut *Corpus Iuris Justinianus*. Teks-teks *Corpus Iuris Justinianus* yang terdiri dari 4 (empat) bagian, *caudex*, *novellae*, *institutiones*, dan *digesta*.³⁴

Caudex yang terdiri dari 12 (dua belas) buku adalah aturan-aturan dan putusan-putusan yang dibuat oleh para kaisar Romawi sebelum Justinianus.

Novellae adalah yang memuat undang-undang yang diundangkan oleh Kaisar Justinianus yang mencakup 562 halaman.

³³ Boyd - King, 1977, *The History of Western Education*, London, hlm. 125-158, lihat juga karya-karya Harold J. Berman yang disebut dalam Helmut Coing, 1975, *The Original Unity of European Legal Science*, dalam *Law and State*, vol. 11, dalam Bernard Arief Sidharta, *Op.cit.*, hlm. 138.

³⁴ Soediman Kartohadiprodo, 1956, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Pembangunan, Jakarta, hlm. 53.

Institutiones yang berupa buku teks ringkas dimaksudkan sebagai pengantar bagi mereka yang baru belajar ilmu hukum yang mencakup 173 halaman, juga mempunyai kekuatan sebagai undang-undang.

Digesta yang sering disebut *Pandectae* yang terdiri atas 50 (lima puluh) buku yang memuat sekumpulan besar ekstrak dari pendapat atau opini para yuris Romawi tentang berbagai masalah hukum, yang mencakup 2734 halaman. Jadi *Pandectae* memuat ribuan proposisi hukum yang berupa pendirian atau *holdings* dalam kasus aktual dan pernyataan atau *edicts* para magistratur tentang apa yang mereka lakukan terhadap kasus-kasus berkaitan dengan hak milik, testamen, kontrak, perbuatan melanggar hukum, dan cabang-cabang hukum yang waktu itu dalam ruang lingkup hukum perdata, berkaitan dengan hukum pidana, hukum tata negara. Proposisi hukum yang sering dituangkan dalam *digestum*, adalah asas-asas hukum yang ditarik untuk suatu putusan dalam kasus-kasus yang sebenarnya. Di samping itu juga berisi *edicts* (dekrit) dari *praetoris-praetoris* -adalah pejabat pemerintahan- mengenai bagaimana menyelesaikan kasus-kasus yang prospektif.³⁵ Proposisi-proposisi ini diikuti kutipan-kutipan dari opini berbagai yuris.³⁶ Oleh karena itulah keempat bagian naskah yang paling penting adalah *Digesta (Pandectae)*. *Digesta* bersama-sama dengan *Caudex*, *Novellae*, *Institutiones*. *Digesta* disebut sebagai *Corpus Iuris Civilis*.³⁷

Corpus Iuris Civilis mencerminkan budaya Romawi, hal demikian karena karya Iustinianus tidak dirasakan asing bagi masyarakat Eropa Barat, mengingat karya itu merupakan kompilasi dari hukum Romawi klasik sehingga sesuai dengan *Volksgeist* masyarakat Eropa. Di samping itu cukup penting peranan para *glossator* dan *commentator* yang mengolah karya itu untuk disesuaikan dengan situasi yang ada waktu itu, dan penalaranlah yang menduduki peran utama dalam menerapkan hukum lama terhadap situasi baru.³⁸ Dalam pengajaran hukum di Bologna itu fokus studi terutama diarahkan pada *Pandectae*. Naskah aslinya sangat kasuistik dan *untheoretical*.³⁹

Dosen akan memberikan *gloss* -orangnya disebut *glossator*, *gloss* di-Indonesiakan *glossa*- artinya menginterpretasi teks. Tugas *glossator* terutama adalah mempelajari makna *Corpus Iuris Civilis*, para *glossator* -para pembuat catatan di pinggir halaman- adalah dosen di Fakultas Hukum Universitas Bologna, yang pada abad XII kurikulumnya terutama

³⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm. 16.

³⁶ Bernard Arief Sidharta, *Op. cit.*, hlm. 141.

³⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm. 16.

³⁸ *Ibid.* hlm. 17.

³⁹ Bernard Arief Sidharta, *Op. cit.*, hlm. 142.

mempelajari teks *digesta*.⁴⁰ Para profesor Bologna itu mampu memandang bahwa dalam kebermacam-macam aturan konkret dan berbagai istilah umum yang tidak didefinisikan itu, secara implisit terkandung sebuah konsep abstrak yang majemuk. Berdasarkan pemahaman itu para profesor di Universitas sejak abad XII mensistematisasikan naskah asli itu untuk kemudian diajarkan kepada mahasiswa. Cara mengajarkannya adalah sebagai berikut.⁴¹ Dosen memilih teks dari *Pandectae* dan membacanya di hadapan para mahasiswa. Karena teks itu sukar maka diperlukan penjelasan. Caranya adalah dosen membacakan teks, dan mengoreksi bahasa teks yang ditulis tangan dan mahasiswa menyimak salinan naskah dan sesekali membetulkan apabila dosen melakukan kesalahan, oleh karena teks yang dibaca itu sukar dipahami sehingga perlu dijelaskan, memberikan ilustrasi mengenai makna dari suatu paragraf tertentu. Setelah itu kemudian dosen akan memberikan *gloss* itu kata demi kata, baris demi baris. *Glossa* hasil kegiatan *glossir* oleh dosen, didiktekan dan disalin oleh mahasiswa dicatat di antara baris dari teks itu. Karena itulah makin lama makin panjang, catatannya itu *spilled over the margin*. Kemudian *gloss* tertulis tersebut memperoleh otoritas hukum yang sama dengan naskah-naskah yang di-*glossir*.

Mengingat mereka menganggap karya Justinianus itu sakral seperti Alkitab, mereka menghormati teks-teks yang ada, sehingga tidak ada pemberian nilai terhadap teks itu. Kemudian menilik pada paragraf-paragraf yang paralel dengan yang dihadapi untuk memberikan dan membatasi penafsiran tertentu.

Abad XIII *glossator* digantikan perannya oleh *commentator* yang bekerja atas dasar-dasar yang telah diletakkan oleh *glossator*. Mereka selangkah lebih maju dengan melakukan *glossir* bukan terhadap setiap teks satu per satu dan mempersiapkan komentar yang sistematis terhadap masalah-masalah hukum. Mereka tidak mengabaikan hukum yang ada, namun mensintesis dengan hukum yang ada tersebut, dengan demikian mereka memberikan sumbangan dalam mengantarkan, mempraktekkan hukum yang tertuang dalam *Corpus Iuris Civilis*. Mereka memperluas cakrawala dengan sepenuhnya memperhatikan dunia pada masanya dan apa yang diperlukan oleh situasi waktu itu. Karya mereka berkaitan dengan masalah-masalah yang mereka alami dan berada di luar kata-kata atau kalimat-kalimat yang ada pada *Corpus Iuris Civilis*, sehingga dapat dimengerti dan siap

⁴⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm. 17.

⁴¹ Bernard Arief Sidharta, *Op. cit.*, hlm. 142.

untuk dipraktikkan di pengadilan.⁴² Oleh karena itu dapat dipahami apabila mereka sering menasehati kepada pihak-pihak yang berperkara dan juga kepada pengadilan untuk kasus-kasus yang khusus.

Sekitar tahun 1250, *Gloss Ordinaria* dari Accurcus menjadi *the standard authoritative work on the Digest as a whole* merupakan karya resmi pada *digesta* secara keseluruhan.⁴³ Setelah karya Accurcus itu, munculah para *post-glossators* atau *commentators* yang memberikan komentar terhadap teks dan glossa. Adapun glossa ini dibedakan menjadi beberapa jenis, 2 (dua) jenis *glossa* di antaranya ialah *notabilia* yaitu ringkasan isi naskah yang di-*glossir* dan *brocardica* yang merupakan pernyataan mengenai prinsip hukum yang bersifat luas (*maxims/proposisi universal*) didasarkan pada bagian teks yang di-*glossir*. Di samping itu para dosen akan melakukan anotasi terhadap teks itu melalui klasifikasi yang disebut *distinctionis*, caranya adalah mereka mulai dengan suatu terminologi atau konsep yang bersifat luas dan membaginya menjadi berbagai bagian yang selanjutnya dibagi lagi menjadi beberapa sub-bagian sampai ke hal-hal yang rinci. Akhirnya di samping membuat *distinctionis* para dosen tersebut mengajukan *questiones* dengan menguji doktrin yang luas itu untuk diterapkan pada permasalahan tertentu. Di samping membaca teks-teks dan glossa serta mengalisisnya melalui *distinctionis* dan *questiones*, kurikulum di Fakultas Hukum Universitas Bologna juga meliputi *disputatio* (*dispute*/bahasa Inggris yang artinya sengketa) yaitu suatu diskusi mengenai isu hukum dalam bentuk sengketa antara 2 (dua) mahasiswa, di bawah bimbingan dosen atau antara dosen dan mahasiswa, sekiranya waktu sekarang yang disebut *moot court* atau peradilan semu.⁴⁴ Jadi pengajarannya bersifat kasuistis atau studi kasus, alinea-alinea teks yang diajarkan, dianalisis dan dijelaskan secara individual, berturut-turut menurut tata urutan sebagaimana alinea-alinea itu tampil dalam teks asli.⁴⁵

Dengan berjalannya waktu, kurikulum Universitas Bologna, Universitas Paris dan Universitas Oxford dan universitas-universitas lain di Eropa diperluas bukan hanya yang terdapat pada *Corpus Iuris Civilis* saja melainkan juga hukum Kanonik, yang ditetapkan oleh Paus dan Dewan Gereja Katholik dan sistem hukum sekuler yang dikembangkan oleh kerajaan-kerajaan di Eropa yang biasanya dibuat atas bimbingan para yuris alumni Universitas Bologna. Dalam menganalisis teks-teks Justinianus, para dosen memperkenalkan

⁴² *Ibid*, hlm. 56.

⁴³ Harold J. Berman, *Op. cit.*, hlm. 908, dalam Bernard Arief Sidharta, *Op. cit.*, hlm. 142.

⁴⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm. 19.

⁴⁵ Bernard Arief Sidharta, *Op. cit.*, hlm. 143.

permasalahan hukum yang aktual dan signifikan waktu itu dan menganalisisnya dalam kerangka hukum Romawi dan hukum Kanonik.

Metode pengajaran yang dikembangkan di fakultas-fakultas hukum di Dunia Barat pada abad XII dan abad XIII merupakan suatu metode baru mengenai analisis dan sintesis, yang kemudian dikenal sebagai metode skolastis. Metode ini semula dikembangkan tahun 1100-an berpangkal pada pra-anggapan mengenai otoritas absolut buku-buku tertentu yang dipandang berisi doktrin-doktrin yang lengkap dan teritegrasi. Namun demikian mereka juga menduga adanya celah-celah maupun kontradiksi, oleh karena itu mereka kemudian berargumen yang dapat mengisi celah-celah itu dan menyelesaikan kontradiksi yang disebut *dialectica*, yaitu mencari titik temu dari 2 (dua) permasalahan yang bertentangan. Metode demikian pertama kali dikembangkan pada jaman Yunani Kuno. Istilah *dialectica* dalam bahasa Latin merupakan adaptasi dari istilah Yunani, *dialektike* yang berarti suatu diskusi dan penalaran lewat dialog sebagai suatu metode investigasi intelektual yang dikembangkan pada jaman Plato, Socrates dan Aristoteles.⁴⁶ Aristoteles membedakan 2 (dua) jenis penalaran yakni *apodictic* dan *dialectica*. *Apodictic* adalah penalaran yang bertolak dari premis-premis yang sudah diketahui pasti benar. *Dialectica* adalah penalaran dari premis-premis yang secara umum diterima, atau diajukan oleh ahli, namun tetap masih terbuka untuk diperdebatkan. Ciri khas pada *dialectica* adalah bahwa proses penalarannya tidak dimulai dengan proposisi, melainkan dengan masalah, untuk kemudian diselesaikan dengan memunculkan proposisi.⁴⁷

Dari sejarah perkembangan ilmu hukum tersebut dapat disampaikan 3 (tiga) hal:

1. Ilmu hukum lahir sebagai ilmu terapan, berkaitan dengan itu kode Justinianus diajarkan secara sistematis pada abad XI, yang waktu itu di Italia dan Perancis Selatan terdapat 2 (dua) pola kehidupan bermasyarakat yaitu masyarakat agraris dan masyarakat pedagang, yang dapat menimbulkan masalah baru sehingga perlu diselesaikan dengan cara baru. Dalam hal inilah kemudian ditinjau karya Justinianus yang tidak asing bagi budaya Eropa meskipun karya itu ditulis 6 (enam) abad silam.
2. Ilmu hukum mempelajari aturan-aturan yang ditetapkan oleh penguasa, putusan-putusan yang ditetapkan dari sengketa yang muncul, dan doktrin-doktrin yang dikembangkan oleh para yuris. Hal demikian dapat ditinjau dari kurikulum yang disusun di Universitas Bologna

⁴⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*

⁴⁷ Bernard Arief Sidharta, *Op. cit.*

tempat pertama kali diajarkan ilmu hukum secara sistematis. Kurikulum itu tidak asal lagi bersumber dari 4 (empat) karya -sebagaimana disebutkan di atas- yaitu *caudex*, *novellae*, *institutiones* dan *digesta* yang kesemuanya disebut sebagai *Corpus Iuris Civilis*.

3. Metode yang digunakan dalam ilmu hukum adalah penalaran, dengan penalaran kemudian dilakukan analisis dan sintesis. Cara menggunakan metode demikian juga dengan *dialectica*, kemudian dapat dihasilkan prinsip-prinsip hukum yang bersifat umum. Sekiranya berdasarkan telaah sejarah keilmuan hukum ini dapat diperoleh karakteristik keilmuan hukum.⁴⁸

Pendidikan hukum abad Pertengahan tidak dimaksudkan mendidik calon pengemban profesi hukum (*practicing lawyer*) baik hakim maupun advokat, sehingga apabila hendak memasuki dunia profesi hukum, maka setelah menjalani magang harus menempuh ujian khusus yang mulai diintroduksikan di Italia. Pendidikan di universitas waktu itu lebih dimaksudkan untuk mendidik calon dosen universitas, maka sistem pengajaran dan ujiannya ditata sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai. Abad XIII sistem pendidikan hukum yang dikembangkan di Bologna baik modelnya, metode pengajarannya, teks yang digunakan, yakni *Corpus Iuris*, *Glossa Ordinarius* yang disiapkan di Bologna khusus untuk pengajaran hukum di berbagai universitas, dan *Summa* yang ditulis Azo, menyebar ke seluruh Eropa sehingga banyak negara mendirikan universitas dengan fakultas hukumnya. Bologna dipandang sebagai alma mater hukum. Penerapan sistem pendidikan hukum model Bologna bukan hanya karena kebetulan para dosennya lulusan sekolah hukum Bologna, akan tetapi juga karena sering dalam *Charter* pembentukan universitas dari pihak yang berwenang (raja atau uskup setempat) disebutkan secara eksplisit keharusan menggunakan sistem pendidikan itu.⁴⁹

Selain menyebarkan telaah hukum secara ilmiah, diadopsinya model pendidikan hukum Bologna menimbulkan dampak sosial, yakni terbentuknya profesi yuris yang terdidik pada abad XIII. Para yuris bekerja sebagai pejabat di berbagai pengadilan, menjadi penasehat para bangsawan dan dewan pemerintahan kota. Mereka berusaha menerapkan hukum yang dipelajari di universitas, antara lain berdasarkan teori tentang *ius commune* yang termuat/terkandung dalam hukum Romawi. Menurut teori ini, karena sifatnya sebagai *ratio scripta*, hukum akal budi yang tertulis, maka hukum Romawi dapat berlaku untuk masalah hukum lokal yang terhadapnya tidak menyediakan penyelesaian. *Ius commune*

⁴⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.* hlm. 20.

⁴⁹ Helmut Coing, 1975, *The Original Unity of European Legal Science*, dalam *Law and State*, vol. 11, hlm. 79, dalam Bernard Arief Sidharta, *Op.cit.*, hlm.144.

kemudian dikembangkan dan diadaptasi pada perubahan kebutuhan jaman lewat interpretasi sehingga terbentuk *communis opinio doctorum*, yang di dalam praktek memperoleh kekuatan otoritatif. Jadi meskipun bukan hukum positif yang berlaku dalam pengertian sekarang, namun hukum Romawi bagi para yuris waktu itu dipandang sebagai hukum ideal, sebagai perangkat gagasan hukum yang terpadu secara sistemik. Dengan sendirinya di dalam praktek, hukum Romawi itu memberikan perspektif dalam menganalisis dan menilai berbagai masalah hukum yang berlaku. Dengan cara demikian ilmu hukum yang diajarkan di universitas -lewat para yuris terdidik- mempenetrasi praktek hukum dan mempengaruhi proses pembentukan tata hukum nasional pada negara-negara di seluruh Eropa.⁵⁰

Abad XVII kurikulum pendidikan hukum mulai ada perubahan, yaitu dengan cara memasukkan hukum positif. Hal ini dipengaruhi oleh perubahan sosial secara fundamental yang ditimbulkan oleh *Renaissance* yang langsung menerobos ke inti tradisi hukum. Dalam dunia intelektual perubahan dimulai dengan munculnya kritik terhadap logika Aristoteles oleh Pierre de la Ramee dalam buku *Dialextica* dan *Rhetoric*. Dengan adanya otoritas sejarah, maka otoritas hukum Romawi dan hukum Kanonik dipersoalkan untuk kemudian diganti dengan otoritas akal budi. Telaah hukum secara ilmiah atau *legal scholarship* melepaskan diri dari keterkaitannya pada teks individual *Corpus Iuris*, dan dengan itu teori hukum memusatkan perhatiannya pada asas-asas dan norma-norma hukum (Domat, Ponthier, Heineccius). Pendidikan hukum lebih diarahkan pada pemaparan sistem dan berpikir berdasarkan asas-asas. Pandangan abad Pertengahan yang mengakui otoritas hukum Romawi sebagai mawadahi *ratio scripta* sekarang berubah menjadi pandangan bahwa hukum Romawi adalah hukum yang valid bukan karena mawadahi hukum akal budi, melainkan hukum Romawi itu valid sejauh konsisten dengan akal budi.

Perubahan dalam dunia pemikiran ilmu hukum yang digambarkan itu mengungkapkan dampak cara pandang *Aufklaerung* (pencerahan) terhadap pemikiran tentang hukum. *Aufklaerung* yang memuja kemampuan akal budi memunculkan gagasan hukum kodrat. Ciri khas doktrin hukum kodrat adalah usaha untuk membentuk tata hukum secara langsung dengan proses penalaran deduktif. Titik tolak penalaran adalah konsep hak asli manusia yang sekarang disebut hak asasi manusia, dan konsep kontrak sosial (Grotius, Thomas Hobbes, John Locke, Rousseau) dengan mendalilkan bahwa satu-satunya tujuan kontrak sosial adalah untuk menjamin perlindungan hak asli manusia dengan menciptakan

⁵⁰ *Ibid.* hlm. 145.

tata hukum, yang diderivasi secara deduktif dari sejumlah postulat tertentu, sebagai suatu sistem perlindungan hak-hak itu. Pandangan tentang hukum ini menimbulkan kecenderungan baru pada pengajaran hukum untuk lebih dipusatkan pada pemaparan sistem dan asas-asas hukumnya, dan tidak lagi dalam bentuk komentar terhadap *Corpus Iuris*. Kecenderungan baru ini dimulai di Universitas Bourges Perancis dan melalui berbagai universitas di Belanda dan Jerman menyebar ke seluruh universitas di Eropa.⁵¹

Meskipun sejak abad XVI konsolidasi negara nasional di Eropa telah memperkuat unsur-unsur nasional dalam perkembangan hukum di Eropa melalui perundang-undangan dan praktek pengadilan nasional, namun ilmu hukum di Eropa masih tetap merupakan kesatuan dunia intelektual tersendiri. Perkembangan ilmu hukum di seluruh Eropa digerakkan oleh gagasan-gagasan yang sama dan mampu berkomunikasi dalam bahasa - Latin dan Perancis- yang dimengerti oleh semua yuris. Perubahan radikal mulai terjadi dengan revolusi Perancis. Di bawah pengaruh semangat *Aufklaerung* dan filsafat rasionalisme Descartes, revolusi Perancis memunculkan gerakan kodifikasi itu dalam waktu yang relatif pendek (dihitung sejak dimulainya revolusi Perancis) mampu menghasilkan kodifikasi hukum pada berbagai negara di Eropa, tidak dapat dilepaskan dari karya para yuris sejak pertengahan abad XVIII yang dipengaruhi oleh pemahaman dan wawasan baru dalam ilmu hukum, yakni bahwa kodifikasi hukum strukturnya harus sistematis dan bertumpu pada sejumlah asas.⁵²

Di bawah pengaruh rasionalisme Descartes dan transendental Kritisisme Imanuel Kant yang menimbulkan gerakan *Aufklaerung*, ketidakpastian hukum yang berkaitan dengan tata hukum yang pluralistis di seluruh Eropa dan kekacauan ekonomi dengan kesenjangan sosialnya, konsepsi hukum yang baru mendorong penguasa yang berpikiran cerah, Frederick de Great, pada tahun 1794 memerintahkan pengkodifikasian hukum di Prusia dan memberlakukan hukum modern yang pertama, yakni *Preussisches Allgemeine Landrecht*. Di bawah pengarahannya Napoleon, Perancis mewujudkan kodifikasi hukumnya yang dimulai dengan *Code Civil* tahun 1804. Austria memberlakukan *Allgemeine Burgerliche Gesetzbuch* tahun 1811 yang sampai sekarang masih berlaku, setelah sebelumnya memberlakukan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tahun 1803. Kemudian di bawah semangat nasionalisme sebagai reaksi terhadap ekspansionisme Napoleon dan rasionalisme, semua negara di Eropa melakukan pengkodifikasian hukumnya masing-masing.

⁵¹ *Ibid.* hlm. 146.

⁵² *Ibid.*

Pengkodifikasian hukum dan filsafat hukum yang rasionalistis mendorong reorganisasi dan reformasi pendidikan hukum di seluruh Eropa, dan dengan segera mempengaruhi ilmu hukum. Kurikulum disesuaikan dengan kebutuhan baru, yang mengutamakan studi hukum pada kegiatan mempelajari hukum positif, yakni yang tercantum dalam kodifikasi. Hukum Romawi dan hukum kodrat masih tetap diajarkan sebagai mata kuliah pendukung atau pelengkap.

Reorganisasi pendidikan hukum yang diakibatkan oleh kodifikasi hukum, menimbulkan orientasi baru dalam pengembangan ilmu hukum. Kesatuan yang ada hingga waktu itu dalam pengembangan ilmu hukum mengalami desintegrasi. Ilmu hukum yang semula bertumpu pada landasan yang sama sehingga berifat universal -misalnya fisika, kimia dan sebagainya- bergeser dan diganti dengan ilmu hukum yang dikenal hingga sekarang, yakni disiplin ilmiah yang terbagi oleh batas-batas wilayah negara dan memusatkan perhatian pada hukum nasional masing-masing negara. Ilmu hukum sekarang menjadi ilmu hukum nasional. Sedangkan di Jerman, menyimpang dan berbeda dengan yang lain, yakni dengan konsep *Volksgeist*-nya Madzab Sejarah dari Friedrich Karl von Savigny.⁵³

1. 3. *Receptie* (Penerimaan) Hukum Romawi.

Hukum Romawi berkembang dari masa ke masa dan pada jaman itu pula timbul peninjauan atau penerimaan kembali terhadap hukum yang lampau yang disebut dengan nama *receptie* (penerimaan) dan mengalami 4 (empat) *phase* atau tahap.

a. *Teoritische receptie*.

Teoritische receptie mengalami perkembangannya pada masa *renaisasce*. Pertama-tama dipengaruhi oleh hukum kanonik (hukum gereja) terutama di bidang pemerintahan. Waktu itu banyak ahli pikir atau ilmuwan mulai mengganti hukum Romawi dan mengakibatkan timbul madzab Italia di Universitas Bologna yang disebut *glossator* dan *post-glossator*. Secara teoritis hukum Romawi diterima oleh mahasiswa-mahasiswa hukum Italia sendiri dan setelah diterima kemudian dipelajari dengan diteliti, maka ternyata hukum Romawi lebih tinggi daripada hukum-hukum Eropa Barat lainnya. Mahasiswa setelah lulus dan menjadi ilmuwan kemudian pergi ke Romawi untuk mempelajari hukum tersebut.

b. *Practische receptie*.

⁵³ *Ibid*, hlm. 148.

Practische receptie, bagi mereka yang mempelajari hukum Romawi dan lulus mendapat gelar doktor kemudian pulang ke negara mereka masing-masing dengan menjabat sebagai hakim, jaksa dan pegawai administrasi. Akhirnya dengan menjabat di bidang pemerintahan dan praktek di pengadilan dan administrasi maka seluruh Eropa Barat menerima hukum Romawi, sehingga disebut *phase practische receptie*.

c. *Wetenschappelijk receptie*.

Wetenschappelijk receptie, setelah hukum Romawi diterima dan diresapi pada masing-masing negara di Eropa Barat, kemudian hukum Romawi diperdalam dan disusun secara ilmiah serta diajarkan di perguruan tinggi, para pemuda tidak perlu lagi ke luar negeri mempelajari hukum Romawi secara ilmiah, cukup belajar di negaranya masing-masing. Sehingga disebut *phase wetenschappelijk receptie*.

d. *Positiefrechtelijk receptie*.

Positiefrechtelijk receptie, setelah dipelajari secara ilmiah maka dimulailah dan dimasukkan secara bertahap ke dalam peraturan perundang-undangan di negaranya masing-masing, yang dikenal dengan sebutan *Code Civil Napoleon*, merupakan *code civil* yang berasal dari Napoleon Bonaparte Perancis tahun 1804. *Code civil* ini mengenai hukum-hukum keperdataan, sekitar 90% yang berasal dari hukum Romawi, yang disebut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Perancis. Hasil kajian secara *wetenschappelijk receptie* kemudian diletakkan ke dalam hukum positif. Sehingga disebut *phase positiefrechtelijk receptie*.

Dengan *receptie* hukum Romawi ke Eropa Barat dan Indonesia pernah dijajah Belanda yang menganut asas *concordantie* atau keselarasan/kesamaan maka hukum Romawi juga mempengaruhi hukum Indonesia terutama di bidang hukum pidana.⁵⁴

⁵⁴ Kansil, *Op. cit.* hlm. 102.

BAB II

BERBAGAI PENGERTIAN ARTI HUKUM

Sebagaimana telah diuraikan tentang arti hukum secara sederhana atau umum, maka dilanjutkan dengan perluasan pemahaman dan penghayatan adanya pengertian hukum yang mencakup aneka macam segi dan aspek karena luasnya ruang lingkup hukum.⁵⁵ Oleh karena itu menurut pandangan masyarakat terhadap pemahaman hukum dapat diberikan berbagai arti. Hal mana senantiasa bergantung pada apa yang dilihat dan dirasakan orang terhadap hukum.⁵⁶ Arti-arti tersebut diberikan oleh masyarakat terhadap gejala hukum yang kemudian dijadikan suatu pegangan.⁵⁷

2.1. Hukum dalam Arti Norma.

Kehidupan manusia dalam pergaulan hidup bermasyarakat diliputi oleh norma-norma atau petunjuk hidup berupa pedoman yang mempengaruhi perilaku manusia yang dianggap pantas dalam bermasyarakat.⁵⁸ Sejak awal, manusia merasakan adanya aturan yang membatasi kebebasannya, yang berlaku di lingkungan keluarga yang dikenalnya. Semakin dewasa, aturan hidup yang membatasi tersebut dirasakan semakin meluas berlaku baginya, yaitu aturan yang berlaku dalam masyarakat. Aturan hidup yang dirasakan paling nyata adalah aturan yang berlaku dalam suatu negara. Akan tetapi dengan adanya norma-norma itu dirasakan pula adanya penghargaan dan perlindungan terhadap dirinya dan kepentingan-kepentingannya. Demikianlah norma-norma itu bertujuan agar kepentingan dan ketenteramannya masing-masing warga masyarakat terpelihara dan terjamin.⁵⁹

Norma adalah ketentuan tentang baik buruk perilaku manusia di tengah pergaulan hidupnya, dengan menentukan perangkat-perangkat aturan yang bersifat perintah dan anjuran serta larangan. Ketentuan yang bersifat perintah atau anjuran ditujukan agar dilakukan tindakan yang dapat memberikan kebaikan bagi hidup bersama. Sedangkan larangan adalah untuk tindakan yang apabila dilakukan atau tidak dilakukan dapat membahayakan kehidupan bersama. Apabila perilaku warga masyarakat sesuai dengan atau menuruti norma, maka perilaku itu dipandang normal atau wajar, dan apabila

⁵⁵ Soedjono Dirdjosisworo, 1984, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rajawali, Jakarta, hlm. 25.

⁵⁶ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1982, *Renungan terhadap Filsafat Hukum*, Rajawali, Jakarta, hlm. 11.

⁵⁷ Soerjono Soekanto, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 43.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Kansil, *Op.cit.* hlm. 55.

sebaliknya dianggap/dipandang menyimpang atau tidak normal bahkan bertentangan dengan norma kehidupan. Tindakan yang bertentangan dengan norma akan menerima reaksi dari masyarakat yang berupa sanksi. Dapat dikatakan bahwa norma adalah pedoman atau ukuran bersikap atau berperilaku di tengah pergaulan hidupnya. Dalam pembicaraan selanjutnya maka yang akan dikupas secara luas, terinci dan utama adalah norma hukum.

Dalam pergaulan hidup dibedakan menjadi 5 (lima) macam norma.

a. Norma kesusilaan

Norma kesusilaan merupakan norma paling dulu keberadaannya sebelum norma-norma yang lain ada. Norma kesusilaan dianggap sebagai suara hati sanubari atau bisikan batin yang berupa hasrat rohaniah yang tidak tampak. Norma kesusilaan diakui atau diinsyafi oleh setiap orang sebagai pedoman dalam bersikap dan bertindak, agar menjadi manusia sempurna. Norma kesusilaan juga bergantung pada pribadi masing-masing, dalam hati nuraninya yang menentukan tindakan itu susila atautkah melanggar kesusilaan. Norma kesusilaan bersifat umum dan universal dan dapat diterima oleh seluruh umat manusia. Norma kesusilaan bersifat aktual dan fundamental. Dikatakan fundamental karena merupakan dasar dari norma-norma yang lain, sebab menuntun agar orang bersikap atau berperilaku bersih hatinya, baik akhlaknya, berjiwa luhur sebagai pancaran hidup dalam pergaulan bermasyarakat. Contoh, apabila ada seorang wanita sedang di dalam toko dan disangka mengambil sejumlah barang dagangan, maka yang menggeledah harus polisi wanita, sebab apabila yang menggeledah polisi laki-laki adalah melanggar kesusilaan.

b. Norma kesopanan

Norma kesopanan adalah serangkaian ketentuan hidup yang timbul dari pergaulan sekelompok/segolongan manusia bertujuan agar pergaulan hidup ini nampak harmonis dan menyenangkan. Ketentuan hidup itu diikuti dan dipatuhi sebagai pedoman yang mengatur perilaku manusia terhadap manusia di sekitarnya. Masyarakat tertentu dapat menetapkan ketentuan hidup tertentu mengenai kesopanan tentang apa yang boleh dilakukan atau apa yang dilarang dilakukan dalam masyarakat itu. Misalnya yang muda menghormati yang tua, jangan bicara kasar pada sesamanya, jangan menimbulkan kegaduhan yang mengakibatkan ketidaknyamanan masyarakat sekitar. Norma kesopanan tidak mempunyai lingkup yang luas apabila dibandingkan dengan norma kesusilaan. Hanya berlaku bagi masyarakat setempat, tidak berlaku bagi seluruh masyarakat luas. Norma kesopanan yang fundamental merumuskan inti kehidupan yang baik, yaitu harus memelihara keharmonisan

hidup bersama, meskipun keharmonisan hidup yang menyenangkan itu antara sekelompok manusia yang satu berbeda dengan kelompok lainnya. Beberapa contoh kesopanan yang harmonis dalam kehidupan bermasyarakat di Indonesia. Bersikap sopan santun dan saling menghormati. Apabila berpapasan yang muda memberi salam dan hormat kepada yang lebih tua. Tidak berdesak-desakan memasuki ruangan yang sempit. Memberi kesempatan lebih dulu baik tempat maupun waktu kepada wanita hamil. Apabila akan memasuki rumah orang lain yang dituju harus menyampaikan ucapan/isyarat/sapaan permissi terlebih dulu.

c. Norma adat.

Adat merupakan pencerminan dari kepribadian sesuatu bangsa, merupakan salah satu penjelmaan dari jiwa bangsa yang bersangkutan dari abad ke abad. Setiap bangsa di dunia memiliki adat kebiasaan sendiri-sendiri, yang satu dengan yang lain tidak sama. Justru karena ketidaksamaan inilah dapat dikatakan bahwa adat itu merupakan unsur terpenting yang memberikan identitas kepada bangsa yang bersangkutan.⁶⁰ Adat ialah perilaku yang oleh dan dalam suatu masyarakat -sudah, sedang dan akan- diadatkan. Adat itu ada yang tebal, ada yang tipis dan senantiasa menebal dan menipis. Aturan-aturan perilaku manusia dalam masyarakat sebagaimana yang dimaksud adalah aturan adat.⁶¹ Tingkat peradaban maupun cara penghidupan yang modern ternyata tidak mampu menghilangkan adat kebiasaan yang hidup dalam masyarakat, paling yang nampak dalam proses kemajuan jaman adalah -bahwa- adat tersebut menyesuaikan diri dengan keadaan dan kehendak jaman, sehingga adat itu menjadi kekal dan tetap segar.⁶² Dari pengertian tersebut dapat disimpulkan bahwa adat kebiasaan adalah dilakukan secara turun temurun atau secara berulang-ulang.

Tatanan kebiasaan merupakan tatanan yang bersumber dari perilaku manusia sehari-hari yaitu suatu garis perilaku yang tetap dilakukan secara berulang-ulang dalam masyarakat. Bagi yang melakukannya menimbulkan kesadaran bahwa mereka sudah semestinya melakukan tindakan itu berdasarkan keyakinan untuk memenuhi kewajiban hukum.⁶³ Tatanan kebiasaan adalah tatanan yang terdiri dari norma-norma yang dekat sekali dengan kenyataan. Norma kebiasaan itu tidak lain diangkat dari dunia kenyataan. Apa yang biasa dilakukan oleh orang-orang itulah yang kemudian dapat menjelma menjadi norma kebiasaan, melalui ujian keteraturan, keajegan dan kesadaran untuk menerimanya

⁶⁰ Soerojo Wignjodipoero, 1995, *Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat*, Gunung Agung, Jakarta, hlm. 13.

⁶¹ *Ibid*, hlm. 21.

⁶² *Ibid*, hlm. 13.

⁶³ Chairus Arrasjid, 2008, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 10.

sebagai kaidah oleh masyarakat. Dengan demikian maka tegangan antara ideal dan kenyataan pada tatanan kebiasaan ini adalah yang terbesar daripada norma yang lain. Unsur ideal dalam tatanan ini sangat sedikit. Bagi tatanan ini yang disebut sebagai manusia ideal adalah manusia sehari-hari juga dan yang normal inilah yang disebut normatif, artinya yang diharuskan untuk dilakukan. Norma kebiasaan mengangkat tindakan-tindakan yang memang lazim dilakukan sehari-hari menjadi norma, menghormati norma sebagai hasil karya manusia untuk membimbing masyarakat menuju kepada keadaan dan perilaku manusia sesuai dengan ide-ide tertentu, tatanan kebiasaan dinilai banyak mengandung norma-norma yang tidak sesuai dengan hukum atau kesusilaan.⁶⁴ Dari pengertian tersebut dapat disimpulkan bahwa norma adat juga disebut norma kebiasaan

Norma adat -juga dapat disebut sebagai kearifan lokal- adalah perilaku yang terdapat dalam masyarakat -untuk anggota-anggota lingkungan/masyarakat tertentu- yang lahir dari kebiasaan berhubungan dengan tradisi rakyat secara turun-temurun. Adat berarti kebiasaan yang merupakan tindakan yang diulang-ulang dengan cara dan tindakan yang sama dan dapat juga merupakan bagian dari kebudayaan asli.⁶⁵ Berasal dari suatu sumber hukum formal dari kehendak nenek moyang yang bersifat agak sakral/suci, sehingga menjadi tradisi rakyat sebagaimana yang dipertahankan dalam keputusan para penguasa adat.⁶⁶

d. Norma agama

Norma agama adalah peraturan hidup yang diterima oleh manusia sebagai perintah-perintah, anjuran-anjuran dan larangan-larangan yang berasal dari Tuhan Sang Pencipta alam semesta dan manusia. Norma agama turun/datang langsung dari kehendak Tuhan berupa firman atau wahyu yang mempunyai nilai paling fundamental, melalui rasul atau nabi atau para perantara Tuhan serta mewarnai berbagai norma sosial lainnya. Para pemeluk agama meyakini dan mengakui bahwa norma agama itu berupa petunjuk/tuntunan hidup menuju kearah jalan yang benar. Norma agama bersifat umum, universal atau mendunia serta berlaku bagi seluruh golongan manusia di dunia. Pada abad Pertengahan, orang berpendapat bahwa norma agama adalah satu-satunya norma yang mengatur peribadatan yaitu kehidupan keagamaan dalam arti sesungguhnya yang mengatur hubungan manusia dengan Tuhan. Sedangkan hubungan antar manusia disebut muamalat, memberi perlindungan terhadap dirinya dan hartanya. Misalnya hormatilah orang tuamu. Jangan

⁶⁴ Gustav Radbruch, 1961, *Einführung in die Rechtseissenschaft*, K.F. Koehler, Stuttgart, hlm. 13, dalam Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 15.

⁶⁵ Soejono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 214.

⁶⁶ Utrecht, 1983, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Ichtisar baru, Jakarta, hlm. 111.

melanggar larangan agama agar tidak berdosa. Orang yang berbuat baik menurut petunjuk agama akan masuk surga.

Keempat norma tersebut di atas bertujuan membina ketertiban kehidupan manusia, namun belum cukup memberi jaminan untuk menjaga ketertiban dalam masyarakat, karena masih ada sejumlah kepentingan hidup dalam masyarakat yang belum diatur oleh norma-norma tersebut di atas. Misalnya membakar hutan untuk kepentingan menanam jenis tanaman untuk keperluan sekelompok manusia.

e. Norma hukum.

Norma hukum lahir karena keempat norma tersebut belum lengkap dan sanksinya kurang tegas dalam kehidupan bermasyarakat. Norma hukum pada umumnya timbul atau lahir dari peraturan-peraturan yang dibuat oleh pemerintah sebagai penguasa negara. Isinya berlaku bagi setiap orang dan pelaksanaan berlakunya dipertahankan dengan segala paksaan oleh para pemangku hukum. Contoh, dilarang mencuri, dilarang membunuh, dilarang ingkar janji dalam kesepakatan bersama, yang menimbulkan kerugian wajib menggantinya. Keistimewaan norma hukum terletak pada sifatnya yang memaksa dengan sanksi berupa acaman hukuman. Alat kekuasaan negara memaksakan agar peraturan hukum dipatuhi/ditaati untuk dilaksanakan.⁶⁷

2.2. Hukum dalam Arti Para Petugas.

Sebagian warga masyarakat -orang awam tidak berpendidikan- hanya dapat mengerti dan menunjuk hukum pada para petugas yang mengamankan dan menegakkan hukum, atau melihat hukum dalam arti para petugasnya. Hukum dibayangkan dalam wujud petugas yang berseragam dan dapat bertindak terhadap orang-orang yang melakukan tindakan-tindakan yang membahayakan warga masyarakat. Pada masyarakat kelompok lapisan sosial tertentu melihat hukum dalam wujud sebagai para petugas atau penegak hukum, misalnya seorang petugas polisi yang patroli dan ada di kantor-kantor polisi, jaksa yang berseragam dan hakim yang bertoga hitam berdasi putih. Di sini hukum dilihatnya dalam arti sebagai wujud fisik yang ditampilkan dalam gambaran orang-orang yang bertugas menegakkan hukum, hanya dapat melihat hukum dalam arti fisual dari kegiatan para petugas penegak hukum. Apabila dapat diperluas bahwa dalam pandangan awam tersebut merupakan gambaran hukum pula adalah kantor polisi, gedung kejaksaan, gedung

⁶⁷ Kansil, *Op. cit.*, hlm. 58.

pengadilan, lembaga pemasyarakatan. Dalam arti ini hukum adalah sesuatu yang nampak dan dapat melaksanakan paksaan terhadap siapa yang dianggap melakukan kesalahan.⁶⁸

2.3. Hukum dalam Arti Perilaku *Ajeg* atau *Teratur*.

Hukum sebagai perilaku yang *ajeg* atau *teratur*, dalam arti hukum bekerjanya tidak tampak seperti dalam arti petugas yang patroli, yang memeriksa pencuri atau hakim yang mengadili. Namun hidup bersama dengan perilaku individu terhadap yang lain secara terbiasa, dan senantiasa wajar secara rasional. Sebagai contoh, misalnya seorang mahasiswa bernama A, *in de kost* kamar pada penduduk setempat bernama P, setiap bulan A memenuhi kewajibannya membayar sewa kamar kepada P. Penduduk yang bernama P itu menikmati haknya berupa uang sewa kamar, dan memenuhi kewajibannya menyediakan segala sesuatu yang diperlukan oleh A berkaitan dengan statusnya sebagai penyewa kamar. Mahasiswa A kesehariannya kuliah sebagaimana jadwal yang telah ditentukan. Mahasiswa tersebut kuliah pada ruang yang telah disiapkan secara memadai oleh sejumlah petugas.

Perilaku mahasiswa, pemilik rumah *kost* dan petugas kampus merupakan perilaku yang *ajeg* atau *teratur*. Perilaku-perilaku itu apabila digabungkan maka hubungannya menjadi luas dan rumit, namun tetap terwujud keteraturan karena bekerjanya hukum yang mewarnai perilaku masing-masing individu dalam masyarakat secara biasa. Di sini hukum bekerja “mengatur” perilaku warga masyarakat sedemikian rupa sehingga hukum terlihat sebagai perilaku yang nampak dalam pergaulan sehari-hari, dan merupakan kebiasaan. Hukum sebagai sesuatu yang *teratur* karena terasa wajar dan adil dalam hati sanubari setiap individu. Demikian proses ini semakin luas dan saling berkaitan menjadi wujud pergaulan yang tertib dan *teratur*, karena sebenarnya hukum bekerja dan mendorong masyarakat menjadi wujud perilaku *teratur*.⁶⁹

2.4. Hukum dalam Arti Tata Hukum

Hukum dalam arti tata hukum, sering disebut sebagai hukum positif yaitu sebagai hukum yang berlaku pada waktu tertentu di suatu tempat tertentu pula, misalnya berlaku sekarang (bukan masa silam dan bukan waktu mendatang), tempatnya di Indonesia. Dalam arti ini tentunya tata hukum pada waktu tertentu di suatu negara yang berlaku dewasa ini. Misalnya tata hukum Malaysia adalah tata hukum yang sedang berlaku di Malaysia. Tata hukum Indonesia adalah hukum yang sedang berlaku di Indonesia yang sebagian masih

⁶⁸ Soedjono Dirdjosisworo, *Op. cit.*, hlm. 35.

⁶⁹ *Ibid.* hlm. 36.

berasal dari warisan Pemerintah Kolonial Hindia Belanda, di samping hukum yang dibuat pada alam kemerdekaan. Hukum secara sederhana dibedakan menjadi hukum publik dan hukum privat. Di samping itu karena sedemikian luasnya tata hukum yang dicirikan dan dikategorikan tentang hal-hal mengenai hubungan antara penguasa dengan privat, privat dengan privat. Dalam hubungan internasional publik, terjalinlah antara publik dengan publik, publik dengan privat antar negara yang berhubungan. Hubungan antara privat dengan privat antar negara termasuk hukum internasional privat (hukum perdata internasional).

2.5. Hukum dalam Arti Ilmu Hukum

Hukum dalam arti sebagai ilmu hukum, berarti ilmu tentang norma atau *normwissenschaft* atau *sollenwissenschaft*, yaitu ilmu yang menelaah hukum sebagai norma, atau sistem norma-norma dengan dogmatika hukum dan sistem hukum. Hukum sebagai ilmu merupakan karya manusia yang berusaha mencari kebenaran tentang sesuatu yang memiliki ciri-ciri, sistematis, logis, metodis, umum dan akumulatif. Hukum dengan ciri-cirinya berusaha mempelajari sistematika hukum dan norma-norma misalnya rumusan norma, sebab terbentuknya dan sebagainya, sedemikian rupa sehingga hukum dapat dipelajari dengan seksama. Perkembangan hukum mengikuti perkembangan masyarakat sehingga dapat menjelaskan hukum secara obyektif, mampu menjelaskan keadaan hukum setiap waktu, demi dapat berperannya hukum sebagai sarana ketertiban, keadilan dan pendorong pembangunan.⁷⁰

2.6. Hukum dalam Arti Disiplin Hukum

Disiplin adalah sistem ajaran mengenai kenyataan atau gejala-gejala yang dihadapi. Hukum dalam arti disiplin berarti memandang hukum sebagai gejala dan kenyataan yang berada di tengah masyarakat. Apabila pembicaraan dibatasi pada disiplin hukum maka secara umum disiplin hukum menyangkut:

- a. Ilmu hukum, artinya ilmu pengetahuan yang berusaha menelaah hukum.
- b. Politik hukum, mencakup kegiatan-kegiatan mencari dan memilih nilai-nilai tersebut bagi hukum dalam mencapai tujuannya.
- c. Filsafat hukum, adalah perenungan dan perumusan nilai-nilai, mencakup juga penyesuaian nilai-nilai, misalnya penyesuaian antara ketertiban dengan ketenteraman, antara kebendaan dengan keakhlakan dan antara kelestarian/kelanggengan dengan pembaruan.

⁷⁰ *Ibid.*, hlm. 42.

Demikianlah sebagai pengantar untuk memahami berbagai arti dari hukum, agar tidak simpang siur dan tidak tumpang tindih dalam memahami hakekat hukum yang sebenarnya.



BAB III

TUJUAN HUKUM

Apakah tujuan hukum? Pertanyaan ini sebenarnya merupakan pertanyaan yang termasuk dalam filsafat hukum, karena tidak cukup hanya menilik/memeriksa norma-norma hukum saja, melainkan perlu memikirkan secara lebih mendalam. Apakah perlunya memikirkan tujuan hukum? Jika orang menentukan tujuan hukum tertentu berarti pembuatan norma-norma hukum dan pelaksanaan norma-norma hukum itu selayaknya dengan mempertimbangkan apa yang menjadi tujuan hukum. Tujuan hukum itu akan selalu mengingatkan dan menunjukkan arah filosofis dari pembuatan dan pelaksanaan norma-norma hukum. Bukankah hukum yang baik, adalah hukum yang baik dari aspek yuridis, sosiologis dan filosofis?⁷¹

Berhubung berbagai pendapat yang berbeda-beda mengenai tujuan hukum, maka untuk mengatakan secara tegas apakah tujuan hukum itu cukup sulit. Ada yang beranggapan bahwa tujuan hukum itu kedamaian, keadilan, kegunaan, kepastian hukum dan sebagainya. Kesemua ini menunjukkan bahwa hukum itu merupakan gejala masyarakat.⁷² Dalam fungsinya sebagai pelindung kepentingan manusia, hukum mempunyai tujuan. Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban dalam masyarakat diharapkan kepentingan masyarakat akan terlindungi. Dalam mencapai tujuannya itu hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.⁷³ Untuk mempertegas definisi tujuan hukum dapat dikaji melalui 3 (tiga) sudut pandang, yakni:

- a. Dari sudut pandang ilmu hukum positif-normatif atau yuridis-dogmatik, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kepastian hukum.
- b. Dari sudut pandang sosiologi hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kemanfaatannya.

⁷¹ Donald Albert Rumokoy dan Frans Maramis, 2014, *Pengantar Ilmu Hukum*, Raja Grafindo Persada, hlm. 28.

⁷² Soeroso, *Op.cit.*, hlm. 56.

⁷³ Algra, 1975, *Rechtsaangvang Institut Inleiding tot de Rechtswetenschap*, R.U. Utrecht, hlm. 256, dalam Sudikno Mertokusumo 1, 2008, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 77.

c. Dari sudut pandang filsafat hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi keadilan.⁷⁴

Sedangkan klasifikasi tujuan hukum dibedakan menjadi 4 (empat), yakni: a. Teori tujuan menurut hukum Barat. b. Teori tujuan menurut hukum Timur. c. Teori tujuan menurut hukum Islam dan d. Teori tujuan menurut hukum Indonesia.⁷⁵

3.1. Teori hukum Barat.

3.1.1. Ajaran Konvensional (Klasik).

Ajaran konvensional (etis, utilitas dan normatif-dogmatik) dapat juga disebut ajaran yang ekstrim, karena ketiganya menganggap bahwa tujuan hukum itu semata-mata hanya 1 (satu) tujuan. Ajaran etis menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum, semata-mata untuk mencapai keadilan. Ajaran utilitas menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum, semata-mata untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan warganya. Ajaran normatif-dogmatik menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum, semata-mata untuk menciptakan kepastian hukum.⁷⁶

a. Ajaran Etis.

Menurut ajaran etis, hukum semata-mata bertujuan keadilan. Isi hukum ditentukan oleh keyakinan kita yang etis tentang yang adil dan yang tidak adil.⁷⁷ Dengan perkataan lain, hukum menurut teori ini bertujuan merealisasikan atau mewujudkan keadilan. Francois Geny salah seorang pendukung teori ini. Francois Geny filosof Prancis dalam bukunya *Science et technique en droit prive positif*, adalah pengikut teori Aristoteles mengajarkan bahwa tujuan hukum ialah semata-mata keadilan, akan tetapi merasa terpaksa juga memasukkan pengertian kepentingan daya guna dan kemanfaatan sebagai sesuatu unsur dari pengertian keadilan. *le juste contient dan ses flancs l'utile*. Menurut pandangan itu pada prinsipnya sama sekali harus ditolak. Jika jawaban atas pertanyaan apa yang dikatakan adil, bergantung atau ikut bergantung kepada pertanyaan apa yang dikatakan berfaedah, maka kita meniadakan keadilan.⁷⁸

Apakah keadilan itu?

⁷⁴ Achmad Ali, 2002, *Menguak Tabir Hukum; Suatu Kajian Filosofi dan Sosiologis*, Gunung Agung, Jakarta, hlm. 72, dalam Lukman Santoso, *Op.cit.* hlm. 77.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 78.

⁷⁷ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 12.

⁷⁸ *Ibid.* hlm. 16.

Pertanyaan mengenai apakah keadilan itu, meliputi 2 (dua) hal yaitu yang menyangkut hakekat keadilan dan yang menyangkut isi keadilan atau norma untuk berbuat secara konkrit dalam keadaan tertentu.

1). Hakekat keadilan

Hakekat keadilan adalah penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan yang mengkajinya dengan suatu norma yang menurut pandangan subyektif (subyektif untuk kepentingan kelompoknya, golongannya dan sebagainya) melebihi norma-norma lain. Dalam hal ini ada 2 (dua) pihak yang terlibat, yaitu pihak yang memperlakukan dan pihak yang menerima perlakuan: orang tua dan anaknya, majikan dan buruh, hakim dan yustisiabel, pemerintah dan warganya, kreditur dan debitur dan sebagainya. Pada umumnya keadilan merupakan penilaian yang hanya dilihat dari pihak yang menerima perlakuan saja. Para yustisiabel -pada umumnya pihak yang dikalahkan- menilai putusan hakim tidak adil, buruh yang diputus hubungan kerja merasa diperlakukan tidak adil oleh majikannya, dalam pencabutan atas hak tanah atau pemungutan pajak warga negara yang bersangkutan merasa diperlakukan tidak adil oleh pemerintah. Jadi penilaian tentang keadilan hanya ditinjau dari 1 (satu) pihak. Apakah pihak yang melakukan tindakan atau kebijakan tidak dapat menuntut tindakan atau kebijakannya itu dinilai adil? Apabila kebijakan pemerintah telah dipertimbangkan secara masak bahwa hal itu demi kepentingan umum dan demi kepentingan orang banyak, tetapi ada warga negara yang tidak sepenuhnya terpenuhi kebutuhannya, apakah kebijakan pemerintah dapat dinilai tidak adil? Apabila buruh ternyata telah melakukan tindakan yang merugikan perusahaan dan kemudian majikan memutuskan hubungan kerja terhadap buruh yang bersangkutan, apakah tindakan majikan itu tidak adil? Keadilan kiranya tidak harus hanya dilihat dari 1 (satu) pihak saja, namun harus dilihat dari 2 (dua) pihak.

2). Isi keadilan

Isi keadilan tidak mudah untuk memberinya. Aristoteles, dalam bukunya *Rhetorica*, mencetuskan teorinya mengajarkan bahwa hukum semata-mata menghendaki keadilan. Teori yang mengajarkan hal tersebut, disebut teori yang etis, karena menurut teori itu isi hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran etis kita mengenai apa yang adil dan apa yang tidak adil. Menurut teori ini hukum bertugas suci dan luhur, ialah keadilan dengan memberikan kepada tiap orang apa yang berhak ia terima yang memerlukan peraturan tersendiri bagi tiap-tiap kasus. Apabila ini dilaksanakan maka tidak

akan ada habis-habisnya. Oleh karenanya hukum harus membuat apa yang dinamakan *algemeene regels* (peraturan atau ketentuan-ketentuan umum). Peraturan ini diperlukan oleh masyarakat teratur demi kepentingan kepastian hukum, meskipun pada suatu waktu dapat menimbulkan ketidakadilan. Berdasarkan peraturan-peraturan umum pada kasus-kasus tertentu hakim diberikan wewenang untuk memberikan keputusan. Jadi penerapan peraturan umum pada kasus-kasus yang konkret diserahkan kepada hakim, maka dari itu tiap-tiap peraturan umum harus disusun sedemikian rupa sehingga hakim dapat/diberi kesempatan untuk melakukan penafsiran di pengadilan.⁷⁹

Aristoteles dalam bukunya *Rhetorica* dan *Ethica Nicomachea* berpendapat bahwa hukum mempunyai tugas suci, yakni memberi kepada setiap orang apa yang berhak diterimanya, membedakan 2 (dua) macam keadilan, yaitu *justitia distributiva* (*distributive justice, vredelende* atau *begevende gerechtigheid*) dan *justitia commutativa* (*remedial justive, vergeldende* atau *ruil gerechtigheid*).⁸⁰ *Justitia distributiva* menuntut bahwa setiap orang mendapat apa yang menjadi hak atau jatahnya: -bangsa Romawi menerjemahkannya dengan- *ius suum cuique tribuere*⁸¹ (*to each his own*). Jatah itu tidak sama untuk setiap orangnya, bergantung pada kekayaan, kelahiran, pendidikan, kemampuan dan sebagainya; sifatnya adalah proposional. *Justitia distributiva* merupakan tugas pemerintah terhadap warganya, menentukan apa yang dapat dituntut oleh warga masyarakat. *Justitia distributiva* merupakan kewajiban pembentuk undang-undang untuk diperhatikan dalam membentuk undang-undang.

Keadilan ini memberi kepada setiap orang menurut jasa atau kemampuannya, bukan kesamaan yang dituntut tetapi perimbangan. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 30 ayat (1). Tiap-tiap warga negara berhak dan wajib ikut serta dalam usaha pertahanan dan keamanan negara. Tidak berarti bahwa setiap orang tanpa kecuali dapat menjadi prajurit, tetapi hanya mereka yang -setelah diadakan penyaringan dan pemeriksaan kesehatan- dianggap mampu menjalani tugas sebagai prajurit, sedangkan yang sakit-sakitan tidak akan mendapatkan perhatian. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 6 ayat (1). Calon Presiden dan Calon Wakil Presiden harus seorang warga negara Indonesia sejak kelahirannya dan tidak pernah menerima kewarganegaraan lain karena kehendaknya sendiri, tidak pernah mengkhianati negara, serta mampu secara rokhani dan jasmani untuk melaksanakan tugas dan kewajiban sebagai

⁷⁹ *Ibid.* hlm. 13.

⁸⁰ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 78.

⁸¹ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 11.

Presiden dan Wakil Presiden. Ini tidak berarti bahwa setiap orang Indonesia dapat mencalonkan diri sebagai Presiden atau Wakil Presiden, tetapi hanya yang memenuhi syarat, itupun masih harus diadakan pemilihan. Tidak adil apabila orang tidak mampu wajib membayar pajak sama tingginya sebagaimana pengusaha, jadi *justitia distributiva* sifatnya proporsional. *Justitia commutativa* memberi kepada setiap orang sama banyaknya. Dalam pergaulan di dalam masyarakat *justitia commutativa* merupakan kewajiban setiap orang terhadap sesamanya. Di sini yang dituntut adalah kesamaan. Yang adil ialah apabila setiap orang diperlakukan sama tanpa memandang kedudukan dan sebagainya. Misalnya dalam penampungan pengungsian akibat bencana, pembagian beras yang sama banyaknya akan dirasakan adil. Apabila *justitia distributiva* merupakan urusan pembentuk undang-undang, maka *justitia commutativa* -terutama- merupakan urusan hakim. Hakim memperhatikan hubungan perorangan yang mempunyai hubungan prosesual yang sama tanpa membedakan orang (*equal before the law*). Kalau *justitia distributiva* itu sifatnya proporsional, maka *justitia commutativa* karena memperhatikan kesamaan, sifatnya mutlak.

Dalam perjalanan sejarah, isi keadilan itu ditentukan secara historis dan selalu berubah menurut tempat dan waktu, maka tidak mudah menentukan isi keadilan. Kalau dikatakan bahwa hukum itu bertujuan mewujudkan keadilan, berarti bahwa hukum itu identik (jumbuh) dengan keadilan. Hukum tidaklah identik dengan keadilan. Peraturan hukum tidaklah selalu mewujudkan keadilan. Misalnya aturan lalu lintas, bersepeda motor di sebelah kiri tidak berarti adil dan bersepeda motor di sebelah kanan tidak berarti tidak adil. Namun hal ini agar lalu lintas berjalan teratur dan lancar sehingga tidak terjadi tabrakan, dengan demikian kepentingan manusia terlindungi.⁸²

Sifat/pembawaan hukum itu menciptakan peraturan-peraturan yang mengikat setiap orang dan oleh karenanya bersifat umum. Sebagai contoh, adalah peraturan-peraturan itu pada umumnya berbunyi "Barang siapa" ini berarti bahwa hukum itu bersifat menyamaratakan artinya setiap orang dianggap sama. Tatanan hukum tanpa peraturan umum yang mengikat setiap orang, adalah tidak mungkin. Tanpa adanya peraturan umum berarti tidak ada kepastian hukum. Kalau hukum menghendaki penyamarataan, tidak demikian dengan keadilan, untuk memenuhi keadilan peristiwanya harus dilihat secara kasuistis. Dengan demikian, teori etis itu berat sebelah.⁸³

b. Ajaran Utilitas (*eudeamonistis*).

⁸² Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 80.

⁸³ *Ibid.*

Tokoh ajaran utilitas adalah Jeremy Bentham, hukum hendak menjamin kebahagiaan yang terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-banyaknya (*the greatest good of the greatest number*). Pada hakekatnya tujuan hukum adalah manfaat dalam menghasilkan kesenangan atau kebahagiaan yang terbesar bagi sejumlah orang yang terbanyak.⁸⁴

Jeremy Bentham dalam bukunya *Introduction to the Morals and Legislation*, mengatakan bahwa hukum bertujuan semata-mata apa yang berguna bagi orang. Pendapat ini dititikberatkan pada hal-hal yang berguna bagi orang banyak dan bersifat umum tanpa memperhatikan soal keadilan. Ajaran yang berhubungan dengan kegunaan dinamakan ajaran utilitas, yang berpendapat bahwa hukum pada dasarnya bertujuan untuk mewujudkan apa yang berguna bagi orang yang satu dapat juga merugikan orang lain, maka tujuan hukum ialah untuk memberikan kegunaan sebanyak-banyaknya. Di sini kepastian melalui hukum bagi perorangan merupakan tujuan utama dari hukum. Teori ini berkembang di Inggris dan pengikutnya adalah John Stuart Mill dan John Austin.

c. Ajaran Normatif-Dogmatik.

Ajaran ini bersumber dari pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri karena -bagi penganut pemikiran ini- hukum adalah kumpulan peraturan. Tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Hukum dimaksudkan untuk menjamin kepastian hukum, kepastian tentang hak dan kewajiban, di mana kepastian hukum ini akan menciptakan ketertiban.

3.1.2. Ajaran Modern.

Berbeda dengan ajaran konvensional di atas yang ekstrim dan menganggap tujuan hukum hanya salah satu di antara keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, maka 2 (dua) ajaran yang modern lebih moderat, dengan menerima ketiga-tiganya menjadi tujuan hukum, namun dengan prioritas tertentu. Persoalan prioritas inilah yang kemudian membedakan antara ajaran prioritas baku dengan ajaran prioritas kasuistik.⁸⁵

a. Ajaran Prioritas Baku.

Gustav Radbruch filosof hukum Jerman mengajarkan konsep 3 (tiga) ide unsur dasar, yang oleh sebagian yuris diidentikan juga sebagai 3 (tiga) tujuan hukum. Dengan

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Ahmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 83.

perkataan lain, tujuan hukum adalah keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Bagi Gustav Radbruch ketiga unsur itu -keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum- merupakan tujuan hukum secara bersama-sama. Namun demikian timbul pertanyaan, apakah hal ini tidak menimbulkan masalah. Sebab dalam kenyataan seringkali antara kepastian hukum terjadi benturan atau ketegangan dengan keadilan, atau antara keadilan dengan kemanfaatan. Gustav Radbruch menyadari hal tersebut, misalnya dalam kasus-kasus hukum tertentu, kalau hakim -dalam perkara perdata/pidana- menginginkan keputusan yang adil (menurut persepsi keadilan yang dianut oleh hakim tersebut), bagi si tergugat atau si penggugat atau bagi si terdakwa, maka akibatnya sering merugikan kemanfaatan bagi masyarakat luas dipuaskan, maka perasaan keadilan bagi orang tertentu terpaksa dikorbankan.⁸⁶ Gustav Radbruch mengajarkan bahwa harus menggunakan asas prioritas, di mana prioritas pertama selalu keadilan, barulah kemanfaatan dan terakhir kepastian hukum. Jadi asas prioritas yang ditawarkan Gustav Radbruch merupakan asas prioritas baku, di mana prioritas nomor 1 (satu) selalu keadilan, kemudian kemanfaatan dan terakhir barulah kepastian hukum. Berdasarkan ajaran prioritas baku dari Gustav Radbruch, keadilan harus selalu diprioritaskan. Ketika hakim harus memilih antara keadilan dan kemanfaatan, demikian juga ketika hakim harus memilih antara kemanfaatan dan kepastian hukum, maka pilihan harus pada kemanfaatan.⁸⁷

b. Ajaran Prioritas Kasuistis.

Pada awalnya ajaran prioritas baku dirasakan jauh lebih maju dan lebih arif daripada ajaran ekstrem, namun semakin lama akibat semakin kompleksnya kehidupan dalam masyarakat modern, pilihan prioritas yang sudah dibakukan kadangkala justru bertentangan dengan kebutuhan hukum dalam kasus-kasus tertentu. Sebab ada kalanya untuk suatu kasus memang yang tepat adalah keadilan -yang diprioritaskan daripada kemanfaatan dan kepastian hukum- namun ada kalanya tidak harus demikian. Mungkin untuk kasus-kasus lain justru kebutuhan menuntut kemanfaatanlah yang diprioritaskan daripada keadilan dan kepastian hukum. Dalam kasus yang lain lagi, justru kepastian hukum yang harus diprioritaskan daripada keadilan dan kemanfaatan. Akhirnya munculah ajaran yang paling maju, dinamakan ajaran prioritas kasuistis.⁸⁸ Sampai sekarang, perkembangan ajaran tujuan hukum masih terus berlangsung. Beberapa contoh dari perkembangan ajaran tujuan hukum

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.* hlm. 85.

yang dapat dipakai untuk mendalami hakekat (makna sebenarnya) dari tujuan hukum antara lain:

- 1). Betapa pun tujuan hukum adalah untuk menciptakan kedamaian dan kesejahteraan dalam hidup bermasyarakat. Oleh karena itu perlu dirujuk pandangan Ulpianus yang menyatakan bahwa perintah hukum adalah hidup jujur, tidak merugikan sesama manusia, dan setiap orang mendapat bagiannya.⁸⁹
- 2). Dalam perbincangan tujuan hukum, perlu disampaikan pendapat J.H.P. Bellefroid, menggabungkan 2 (dua) pandangan ekstrem tersebut. Dalam bukunya *Inleiding tot de Rechtswetenschap in Nederland* bahwa isi hukum harus ditentukan menurut 2 (dua) asas ialah asas keadilan dan asas kemanfaatan, atau *de inhoud het recht dient te worden bepaald onder leiding van twee grondbeginselen t.w. de recht-vaardigheid en de doelmatigheid*.⁹⁰ Hukum berusaha untuk memenuhi kebutuhan jasmani, kejiwaan dan rohani masyarakatnya, atau juga meningkatkan kepribadian individu-individu dalam hidup bermasyarakat.⁹¹

3.2. Teori Hukum Timur.

Tujuan hukum Barat yang menempatkan kepastian hukum sebagai muara, maka tujuan hukum timur menekankan pada keharmonisan dan kedamaian. Tujuan hukum Timur masih menggunakan -misalnya hukum Jepang- kultur hukum asli. Para penegak hukum di Jepang lebih berorientasi pada tujuan hukum yang harmonis, bukan kepastian hukum, yaitu *heiwa/heion* (kedamaian) atau *chiang hanji* (keadilan dari perdamaian) bagi masyarakat.⁹² Oleh karena itu bukan hal yang aneh apabila pengadilan Jepang dalam putusannya sering mengabaikan ketentuan formal, demi mewujudkan kedamaian dalam masyarakat. Bahkan perkara-perkara yang tidak berat, misalnya pencurian dapat dilakukan perdamaian antara pelaku dengan korban secara resmi di kepolisian dengan menandatangani formulir resmi perdamaian. Dalam perkara perjanjian atau kontrak baku, misalnya juga dapat dikesampingkan demi terwujudnya perdamaian. Meryyl Dean, 2002, Penulis *Japanese Legal System* mengemukakan bahwa, *the problem for anyone wishing to study the Japanese legal system is the struggle to understanding the difference between what is seen and unseen; said and unsaid. More over, as a result* artinya, kesulitan yang dihadapi bagi seorang yang ingin melakukan kajian terhadap sistem hukum Jepang, adalah dituntut upaya keras

⁸⁹ Peter Mahmud Marzuki, hlm. 162.

⁹⁰ Soeroso, *Op.cit.* hlm. 59

⁹¹ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 81.

⁹² Ahmad Ali, *Op.cit.* hlm. 214.

untuk memahami perbedaan antara apa yang terlihat dan apa yang tidak terlihat, apa yang diundangkan dalam tulisan atau apa yang tidak diungkapkan, bahkan lebih dari itu.⁹³

3.3. Teori Hukum Islam.

Tujuan hukum Islam pada prinsipnya bersandar pada ajaran universal Islam, yakni memberikan manfaat bagi seluruh umat manusia. Namun tujuan hukum Islam yang dapat diklasifikasikan lebih khusus, yakni:

- a. Kemaslahatan hidup bagi diri sendiri dan orang lain.
- b. Tegaknya keadilan.
- c. Persamaan hak dan kewajiban dalam hukum.
- d. Saling kontrol di dalam hal kehidupan bermasyarakat.
- e. Kebebasan berekspresi, berpendapat, bertindak dengan tidak melebihi batas-batas hukum dan norma sosial.
- f. Regenerasi sosial yang positif dan bertanggung jawab.⁹⁴

Asy-Syatibi menyebut tujuan hukum Islam adalah mencapai kemaslahatan hambanya, baik di dunia maupun di akherat. Kemaslahatan tersebut didasarkan kepada 5 (lima) hal mendasar, di antaranya: memelihara agama atau *hifzh ad-din*, memelihara jiwa atau *hifzh an-nafs*, memelihara akal atau *hifzh al-'aql*, memelihara keturunan atau *hifzh an-nashl* dan memelihara kekayaan atau *hifzh al-mal*.⁹⁵ Sementara pengertian memelihara itu ada 2 (dua) aspek dasar:

- a. *Hifzh ad-din min janib al wujud*, aspek yang menguatkan unsur-unsurnya dan mengokohkan landasannya. Misalnya mengucapkan 2 (dua) kalimat syahadat, shalat, puasa, naik haji.
- b. *Hifzh ad-din min janib al adam*, aspek yang mengantisipasi agar kelima hal tersebut tidak terganggu dan terjaga dengan baik. Misalnya adanya hukum pidana. Kelima tujuan hukum Islam tersebut dalam perkembangan modern difokuskan menjadi 3 (tiga) peringkat kebutuhan berdasarkan skala prioritas masing-masing, yaitu:⁹⁶

- 1). Kebutuhan *dharuriyah* atau kebutuhan utama, yang menjadi skala prioritas yang paling esensial, yakni kelima tujuan syariat itu sendiri, memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan dan memelihara harta.

⁹³ *Ibid.* hlm. 215.

⁹⁴ Beni Ahmad Saebani, 2011, *Filsafat Hukum Islam*, Pustaka Setia, Bandung, hlm. 243.

⁹⁵ *Ibid.*, hlm. 245.

⁹⁶ Ismail Mohammad Syah, 1996, *Filsafat Hukum Islam*, Radar Jaya Offset, Jaakarta, hlm. 101.

- 2). Kebutuhan *hajjiyah* ditujukan untuk menghilangkan kesulitan dalam pelaksanaannya, karena hukum Islam tidak menghendaki kesulitan yang tidak wajar.
- 3). Kebutuhan *tahsiniyah* ditujukan untuk mengendalikan kehidupan manusia agar selalu harmoni, serasi dan penuh dengan nilai-nilai estetika sehingga terjaminlah manusia oleh perilaku atau *akhlaq*-nya yang terpuji.

Beberapa prinsip yang menjadi dasar tujuan hukum Islam, yaitu:

- a. Segala yang bermanfaat dibolehkan dan segala yang mudharat, dilarang.
- b. Jangan menimbulkan kemudharatan, dan jangan menjadi korban kemudharatan.
- c. Bahaya harus diatasi/dibrantas atau *ad-dararyuzal*.⁹⁷

3.4. Ajaran Hukum Indonesia (*Pengayoman*)

Sahardjo -Menteri Kehakiman- dalam pidatonya "*Pohon Beringin Pengayoman Hukum Pancasila/Manipol/Usdek*" pada upacara penganugerahan gelar Doktor Honoris Causa dalam ilmu hukum oleh Universitas Indonesia di Jakarta tanggal 5 Juli 1963. Dasar ajaran hukum Sahardjo, hukum, politik, sosial, kebudayaan, ekonomi haruslah sesuatu satu sama lain, karena semua adalah Pancasila semua adalah satu dengan masyarakat dan seharusnya berkepribadian nasional.⁹⁸ Dalam alam Pancasila itu, rasa dan penglihatan kita tentang hukum, tentang kedudukan hukum, tentang fungsi dan sifat-sifat hukum, menjadi rasa dan penglihatan hukum dari alam kita sendiri, menjauh dari rasa dan penglihatan hukum dari alam ajaran. Pohon Beringin Pengayoman memang lebih terletak dalam bidang rasa daripada bidang intelektual. Kita harus menangkapnya menyeluruh. Sahardjo dalam konferensi Dinas Direktorat Pemasyarakatan di Bandung tanggal 27 April sampai dengan 9 Mei 1964, mengajarkan tentang konsepsi Pohon Beringin Pengayoman Hukum Pancasila itu diperdalam dan diterapkan pada lembaga kepenjaraan sehingga lembaga itu benar-benar menjadi suatu Lembaga Pemasyarakatan.⁹⁹ Dalam alam Pancasila tugas hukum tidak dapat menjadi sesuatu selain memberi pengayoman agar cita-cita luhur bangsa tercapai dan terpelihara. Pengayoman harus diarahkan agar tujuan nasional kita tercapai di bawah pengayoman hukum nasional yang berkepribadian Pancasila, sedangkan sifat hukum adalah berakar pada kepribadian bangsa Indonesia.

Hukum sebagai alat pengayoman bertujuan melindungi masyarakat dan individu terhadap perbuatan-perbuatan yang mengganggu tata tertib masyarakat, yang dilakukan

⁹⁷ Lukman Santoso, *Op.cit.* hlm. 83.

⁹⁸ Utrecht, *Op.cit.* hlm. 15.

⁹⁹ *Ibid.* hlm. 63.

oleh individu-individu lain atau pemerintah sendiri (penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh para petugas negara) maupun pemerintah asing (agresi atau subversi yang dilakukan oleh suatu pemerintah asing).¹⁰⁰

Tujuan hukum berdasarkan cita hukum Pancasila adalah untuk memberikan pengayoman kepada manusia, yakni melindungi manusia secara pasif (negatif) dengan mencegah tindakan sewenang-wenang dan secara aktif (positif) dengan menciptakan kondisi kemasyarakatan yang manusiawi yang memungkinkan proses kemasyarakatan berlangsung secara wajar sehingga secara adil tiap manusia memperoleh kesempatan yang luas dan sama untuk mengembangkan seluruh potensi kemanusiaannya secara utuh.¹⁰¹

Lambang pengayoman sebagai lambang keadilan yang serasi dengan kepribadian bangsa Indonesia berupa pohon beringin. Lambang ini dimaksudkan untuk menggantikan lambang/symbol keadilan negara Barat yang diwujudkan oleh Dewi *Themis* putri *Ouranos* dan *Gala* sebagai dewi keadilan.¹⁰² Secara logika memang suatu kemustahilan dewi cantik dalam kondisi mata tertutup karena dibalut kain hitam, tangan kiri memegang sebilah pedang dan tangan kanan memegang sebuah dacin mampu menegakkan keadilan. Barangkali alasan itulah yang menyebabkan di Indonesia lambang keadilan diganti oleh lambang pengayoman.¹⁰³

Usaha mewujudkan pengayoman tersebut termasuk di dalamnya ialah: 1. Mewujudkan ketertiban dan keteraturan. 2. Mewujudkan kedamaian sejati. 3. Mewujudkan keadilan. 4. Mewujudkan kesejahteraan dan keadilan sosial. Dari upaya tersebut dapat disimak bahwa kedamaian sejati dapat terwujud apabila warga masyarakat telah merasakan suatu ketenteraman baik lahir maupun batin. Begitu pula dengan ketenteraman, dianggap sudah ada, apabila warga masyarakat merasa yakin bahwa kelangsungan hidup dan pelaksanaan hak tidak bergantung pada kekuatan fisik maupun non fisik belaka. Selanjutnya selama tidak melanggar hak dan merugikan orang lain, warga masyarakat tanpa khawatir akan: a. Secara bebas melakukan apa yang dianggapnya benar, b. Secara bebas akan

¹⁰⁰ *Ibid.* hlm. 15.

¹⁰¹ Mochtar Kusumaatmadja, 1970, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Padjadjaran, Bandung, jilid III, No. 1, dalam Bernard Arief Sidharta, *Op.cit.* hlm. 190.

¹⁰² Fockema Andreae, 1983, *Kamus Istilah Hukum*, hlm. 568, dalam Dudu Duswara Machmudin, *Op.cit.* hlm. 28.

¹⁰³ *Ibid.*

dapat mengembangkan bakat dan minatnya, c. Merasa selalu mendapat perlakuan yang wajar, begitu juga ketika ia telah melakukan suatu kesalahan.¹⁰⁴

3.5. Pendapat Berbagai Yuris.

Mengenai pendapat dari beberapa yuris tentang tujuan hukum, dapat disampaikan sebagai berikut:

- a. van Apeldoorn, dalam bukunya *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, menyatakan bahwa hukum bertujuan mengatur pergaulan hidup manusia secara damai. Hukum mempertahankan perdamaian dengan menimbang kepentingan yang bertentangan secara teliti dan mengadakan keseimbangan di antaranya, karena hukum hanya dapat mencapai tujuan (mengatur pergaulan hidup secara damai) jika ia menuju peraturan yang adil, artinya peraturan pada mana terdapat keseimbangan antara kepentingan-kepentingan yang dilindungi, pada mana setiap orang memperoleh sebanyak mungkin apa yang menjadi bagiannya.¹⁰⁵ Pendapat ini dapat dikatakan jalan tengah antara 2 (dua) teori tujuan hukum, menurut teori etis dan teori utilitas.
- b. J. van Kant, berpendapat bahwa hukum bertujuan menjaga kepentingan tiap-tiap manusia supaya kepentingan-kepentingan itu tidak dapat diganggu. Di sini jelaslah bahwa hukum bertugas menjamin kepastian hukum di dalam masyarakat dan juga menjaga serta mencegah agar setiap orang tidak menjadi hakim sendiri (*eigenrichting is verboden*). Tetapi tiap perkara harus diselesaikan melalui proses pengadilan berdasarkan hukum yang berlaku.
- c. Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto mengatakan bahwa tujuan hukum yakni kedamaian hidup antar pribadi. Kedamaian tersebut meliputi 2 (dua) hal, yaitu ketertiban ekstern antar pribadi dan ketenangan intern pribadi.¹⁰⁶
- d. Mochtar Kusumaatmadja mengatakan bahwa tujuan pokok dan utama dari hukum adalah terpelihara dan terjaminnya keteraturan (kepastian) dan ketertiban.¹⁰⁷ Kebutuhan akan ketertiban adalah syarat pokok (fundamental) bagi adanya suatu masyarakat manusia yang teratur, di samping ketertiban, tujuan lain dari hukum adalah tercapainya keadilan yang berbeda-beda isi dan ukurannya menurut masyarakat dan jamannya.¹⁰⁸

¹⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 29.

¹⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 11.

¹⁰⁶ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Op. cit.*, hlm. 67.

¹⁰⁷ Mochtar Kusumaatmadja dan Bernard Arief Sidharta, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 50.

¹⁰⁸ Mochtar Kusumaatmadja, 1970, *Op.cit.* hlm. 2.

- e. Subekti dalam bukunya *Dasar-dasar Hukum dan Pengadilan* mengemukakan bahwa hukum itu mengabdikan pada tujuan negara yang intinya ialah mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan rakyatnya. Pengabdian tersebut dilakukan dengan cara menyelenggarakan keadilan dan ketertiban. Keadilan ini digambarkan sebagai suatu keseimbangan yang membawa ketenteraman di dalam hati orang yang apabila melanggar menimbulkan kegelisahan dan guncangan. Norma ini menuntut, dalam keadaan yang sama dan setiap orang menerima bagian yang sama pula. Keadilan berasal dari Tuhan Yang Maha Esa dan setiap orang diberi kemampuan dan kecakapan untuk meraba dan merasakan keadaan adil itu. Segala apa yang ada di dunia ini sudah semestinya menimbulkan dasar-dasar keadilan pada manusia. Dengan demikian hukum tidak hanya mencari keseimbangan antara pelbagai kepentingan yang bertentangan satu sama lain, akan tetapi juga untuk mendapat keseimbangan antara tuntutan keadilan tersebut dengan ketertiban atau kepastian hukum.¹⁰⁹ Dalam mengabdikan pada tujuan negara, tujuan hukum sebagaimana yang tertuang dalam hukum positif, yaitu dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Bagian Pembukaan (Preamble), Alinea ke 4 (empat): Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.¹¹⁰
- f. Wirjono Prodjodikoro, dalam bukunya *Perbuatan Melanggar Hukum* mengemukakan bahwa tujuan hukum adalah mengadakan keselamatan, kebahagiaan dan ketertiban dalam masyarakat. Bahwa masing-masing anggota masyarakat mempunyai kepentingan yang beraneka ragam. Ujud dan jumlah kepentingannya bergantung pada ujud dan sifat kemanusiaan yang ada di dalam hati para anggota masyarakat masing-masing. Nafsu masing-masing menimbulkan keinginan untuk mendapatkan kepuasan dalam hidupnya sehari-hari dan supaya segala kepentingannya terpelihara dengan sebaik-baiknya. Untuk memenuhi keinginan-keinginan tersebut, timbul berbagai usaha untuk mencapainya, yang mengakibatkan timbulnya bentrokan-bentrokan antara bermacam-macam kepentingan para anggota masyarakat. Akibat bentrokan tersebut masyarakat menjadi guncang dan keguncangan ini harus dihindari. Menghindarkan keguncangan dalam masyarakat inilah sebetulnya maksud dari tujuan hukum, maka hukum

¹⁰⁹ Subekti, 1955, *Dasar-dasar Hukum dan Pengadilan*, Soeroengan, Jakarta, dalam Soeroso, *Op.cit.*, hlm. 57.

¹¹⁰ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 81.

menciptakan pelbagai hubungan tertentu di dalam masyarakat. Hubungan ini bermacam-macam wujudnya.

- g. Asis Safioedin: Memberikan peraturan-peraturan (petunjuk, pedoman) dalam pergaulan hidup, untuk melindungi individu dalam hubungannya dengan masyarakat, sehingga dengan demikian dapat diharapkan terwujud suatu keadaan aman, tertib dan adil.¹¹¹



¹¹¹ Asis Safioedin, 1973, *Beberapa Hal tentang Burgerlijk Wetboek*, Alumni, Bandung, dalam Soedjono Dirdjosworo, *Op, cit.*, hlm. 131.

BAB IV

FUNGSI HUKUM

Kehidupan manusia bermasyarakat yang mencakup aspek ideologi, politik, ekonomi, sosial budaya dan hankam tidak terhindar dari sentuhan hukum. Dalam kenyataannya posisi hukum sebagai salah satu lembaga sosial dengan lembaga-lembaga sosial lainnya terdapat hubungan timbal balik atau *reciprocal* yang tidak dapat dipisahkan. Perkembangan hukum dipengaruhi oleh perkembangan masyarakat, perkembangan masyarakat dipengaruhi oleh perkembangan hukum.¹¹² Dengan demikian hukum mempunyai fungsi secara umum adalah menertibkan dan mengatur pergaulan masyarakat serta menyelesaikan masalah-masalah yang timbul dalam pergaulan masyarakat. Fungsi hukum itu cukup luas, bergantung tujuan-tujuan hukum umum dan tujuan-tujuan spesifik yang hendak dicapai.¹¹³

Lawrence M. Friedmann dalam bukunya *Law and Society an Introduction*, fungsi hukum adalah; pengawasan/pengendalian sosial (*social control*), penyelesaian sengketa (*dispute settlement*) dan rekayasa sosial (*social engineering*).

Mochtar Kusumaatmadja mengajukan konsep atau pokok-pokok pikiran bahwa fungsi hukum dalam pembangunan sebagai sarana pembaharuan masyarakat. Hal ini didasarkan pada anggapan bahwa adanya keteraturan dan ketertiban dalam usaha pembangunan atau pembaharuan merupakan suatu yang dianggap penting dan sangat diperlukan. Di samping itu, hukum sebagai tata kaedah dapat berfungsi untuk menyalurkan arah kegiatan warga masyarakat ke tujuan yang dikehendaki oleh pembangunan atau pembaruan. Kedua fungsi tersebut (sebagai sarana pembaharuan masyarakat dan menyalurkan arah kegiatan warga masyarakat) dapat diharapkan dapat dilakukan oleh hukum di samping fungsinya yang tradisional, yakni untuk menjamin adanya kepastian dan ketertiban.¹¹⁴

Theo Huijbers menyatakan bahwa fungsi hukum ialah memelihara kepentingan umum dalam masyarakat, menjaga hak-hak manusia, mewujudkan keadilan dalam hidup bersama. Menurut Peters bahwa fungsi hukum dapat ditinjau dari 3 (tiga) perspektif:

1. Perspektif *social control* (kontrol sosial)

¹¹² Soebagio dan Slamet Supriatna, 1987, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*, Akademika Pressindo, Jakarta, hlm. 12.

¹¹³ Lukman santoso, *Op.cit.*, hlm. 84.

¹¹⁴ Mochtar Kusumaatmadja dan Bernard Arief Sidharta, *Op.cit.*, hlm. 50.

2. Perspektif *social engineering* (pemacu sosial)
3. perpektif emansipasi masyarakat

Joeph Raz melihat fungsi hukum sebagai fungsi sosial yang dibedakan ke dalam fungsi langsung dan fungsi tidak langsung.

Fungsi langsung:

1. Pencegahan perbuatan tertentu dan mendorong dilakukannya perbuatan tertentu.
2. Penyediaan fasilitas bagi rencana-rencana privat.
3. Penyediaan *service* dan pembagian kembali barang-barang.
4. Penyelesaian perselisihan di luar jalur reguler.

Fungsi tidak langsung.

Termasuk di dalam fungsi hukum yang tidak langsung adalah memperkuat atau memperlemah kecenderungan untuk menghargai nilai-nilai moral tertentu, misalnya;

1. Kesucian hidup.
2. Memperkuat dan memperlemah penghargaan terhadap otoritas umum.
3. Mempengaruhi perasaan otoritas nasional.¹¹⁵

Sjachran Basah menyatakan bahwa fungsi hukum dalam kehidupan masyarakat yaitu:

1. Direktif, sebagai pengarah dalam membangun untuk membentuk masyarakat yang hendak dicapai sesuai dengan tujuan kehidupan bernegara.
2. Integratif, sebagai pembina kesatuan bangsa.
3. Stabilitatif, sebagai pemelihara -termasuk ke dalamnya hasil-hasil pembangunan- dan penjaga keselarasan, keserasian dan keseimbangan dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat.
4. Perfektif, sebagai penyempurna terhadap tindakan-tindakan administrasi negara, maupun sikap tindak warga dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat.
5. Korektif, baik terhadap warga negara maupun administrasi negara dalam mendapatkan keadilan.

Melihat hukum secara fungsional itu pada akhirnya hukum adalah kumpulan nilai-nilai kehidupan yang mengandung kadar kesadaran hukum masyarakat dan pengayoman dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat.¹¹⁶

¹¹⁵ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 86.

Dalam perkembangan masyarakat yang mempengaruhi hukum, maka fungsi hukum dapat dibedakan dalam berbagai fungsi.

4.1. Sebagai Mempertahankan Pola.

Fungsi hukum untuk mempertahankan pola termasuk dalam kerangka hubungan antara masyarakat dengan sistem sosial, dengan sub-sistem budaya sebagai sub-sistem dari sistem gerak sosial. Suatu sub-sistem budaya memberikan jawaban terhadap masalah mengenai faktor dasar kehidupan manusia, yang pada hakekatnya berkisar pada falsafah hidupnya. Falsafah hidup tersebut kemudian terwujud dalam sistem nilai yang merupakan konsepsi abstrak mengenai apa yang harus dilakukan dan apa yang harus dihindari.¹¹⁷

4.2. Sebagai Pengintergrasi Kepentingan Masyarakat yang Dipengaruhi oleh Berbagai Aspek.

Setiap masyarakat senantiasa terdapat berbagai kepentingan, di antara kepentingan-kepentingan itu ada yang selaras dengan kepentingan orang lain, namun juga ada yang berlawanan sehingga dapat menyulut konflik. Tidak sedikit yang menyalahartikan bahwa hukum hanya berfungsi setelah konflik terjadi. Padahal, hukum telah berfungsi sebelum konflik terjadi. Dengan perkataan lain bahwa hukum berfungsi baik sebelum terjadi konflik maupun setelah terjadi konflik. Sehubungan hal tersebut maka hukum -sebagai salah satu lembaga- berfungsi sebagai mekanisme untuk melakukan pengintegrasian sosial, baik terjadi konflik maupun tidak adanya konflik.¹¹⁸ Posisi hukum sebagai salah satu lembaga yang melakukan pengintegrasian terhadap proses-proses yang berlangsung dalam masyarakat, di antaranya berupa kepentingan-kepentingan. Kepentingan-kepentingan yang biasanya berlawanan satu sama lain itu oleh hukum diintegrasikan sedemikian rupa sehingga kadar berlawanannya dapat ditekan seminimal mungkin.¹¹⁹ Hukum dalam mengintegrasikan kepentingan itu dengan cara menerima masukan dari berbagai aspek, misalnya aspek ideologi, politik, ekonomi, sosial budaya dan hankam, untuk kemudian diproses menjadi keluaran yang dikembalikan lagi ke masyarakat. Pada waktu bahan yang berupa sengketa atau konflik itu masuk, hukum dengan segala perlengkapan dan otoritas yang ada padanya,

¹¹⁶ Sjachran Basah, 1986, *Tiga Tulisan tentang Hukum*, Amrico, Bandung, hlm. 25.

¹¹⁷ Soerjono Soekanto, 1983, *Penegakan Hukum*, Binacipta, Bandung, hlm. 5.

¹¹⁸ Lukman Santoso, hlm. 90.

¹¹⁹ Satjipto Rahardjo dan Ronny Hanitijo Soemitro, 1986, *Pengantar Ilmu Hukum*, Universitas Terbuka Modul 1-5, Karunia, Jakarta, hlm. 61.

memproses atau menyelesaikan sengketa atau konflik sehingga munculah suatu struktur baru kemudian dikembalikan ke masyarakat.¹²⁰

Pada sektor kehidupan ekonomi, maka keluarannya berupa suatu struktur baru terhadap proses ekonomi tertentu yang sebelumnya dihambat oleh berbagai sengketa antar komponen. Dengan demikian maka apa yang dilakukan oleh hukum dalam hal ini melalui pengadilan, jelas tidak dapat dilepaskan dari perhatian hukum terhadap kelancaraan proses-proses kehidupan masyarakat di sekelilingnya. Pada waktu hukum harus memutuskan suatu sengketa maka hukum harus berpikir, bagaimanakah seharusnya membuat suatu keputusan yang dampaknya akan meningkatkan efisiensi dan efektivitas yang produktif.

Pada sektor proses politik di antaranya tampak pada pembuatan hukum (undang-undang, peraturan, keputusan). Di sini pembuatan hukum tidak dipandang sebagai proses hukum teknik, melainkan sebagai manifestasi dari kegiatan politik, yaitu membuat deskripsi mengenai keadaan ideal dan memobilisasi sumber-sumber daya untuk mencapainya melalui penggunaan kekuasaan. Hasil-hasil pembuatan hukum itu menjadi ukuran tentang bagaimana hukum sebagai mekanisme pengintegrasikan akan menyelesaikan persoalan-persoalan yang dihadapkan kepadanya. Dengan perkataan lain, cara hukum dalam hal ini pengadilan menyelesaikan sengketa-sengketa yang dihadapkan kepadanya, adalah menggunakan aturan-aturan yang telah dibuat oleh badan pembuat hukum sebagai suatu institusi politik. Dapat terjadi, bahwa pengadilan mengikuti saja untuk menggunakan aturan tadi, namun dapat juga terjadi bahwa pengadilan menolak untuk menggunakannya, karena menganggapnya tidak baik, atau dalam istilah hukum, tidak sah. Dengan demikian terjadi ketegangan antara pembuat hukum sebagai institusi politik dengan pengadilan sebagai institusi hukum.

Ketegangan itu diselesaikan dengan menyatakan bahwa hasil perundang-undangan itu tidak benar dan harus dibatalkan. Dengan pembatalan ini institusi hukum telah menggunakan otoritasnya untuk mengkoordinasikan hal-hal yang menghambat kelancaran jalannya kehidupan masyarakat. Dengan melakukan pembatalan itu, hukum telah menyingkirkan salah satu penghambat bagi efisiensi produksi dalam masyarakat. Sebaliknya apabila aturan yang dibuat oleh badan pembuat hukum itu digunakan oleh pengadilan, maka secara tidak langsung itu berisi pengakuan terhadap kebenaran dan kebaikan hasil pembuatan hukum, dalam istilah hukum disebut pemberian legitimasi.

¹²⁰ Satjipto Rahardjo 1, *Op.cit.*, hlm. 144.

Jika institusi hukum benar-benar hendak berfungsi sebagai sarana pengintegrasian masyarakat, maka hukum harus diterima masyarakat untuk menjalankan fungsinya itu. Hal ini berarti bahwa para anggota masyarakat harus mengakui bahwa institusi tempat di mana pengintegrasian dilakukan dan oleh karenanya orang pun harus bersedia untuk menggunakannya atau memanfaatkannya. Dengan perkataan lain, rakyat harus dapat dimotivasi untuk menggunakan institusi hukum sebagai sarana penyelesaian konflik-konfliknya. Dari sini masalahnya dapat ditarik ke masalah pemuasan rasa keadilan. Dengan demikian, rakyat harus tergerak untuk membawa sengketa ke pengadilan, oleh karena melalui badan itulah mereka dapat memberikan keadilan.¹²¹ Namun juga harus diketahui bahwa dalam penyelesaian konflik masyarakat bukan hanya hukum sebagai satu-satunya sarana pengintegrasian melainkan masih ada yang lain, misalnya agama, norma moral, adat kebiasaan dan sebagainya.¹²²

4.3. Sebagai Sarana Pengatur Tata Tertib Hubungan Masyarakat.

Hukum sebagai petunjuk untuk kehidupan atau *levensvoorschriften* manusia dalam masyarakat, menunjukkan mana yang baik dan mana yang tidak baik, juga memberi petunjuk apa yang harus diperbuat dan mana yang tidak boleh dilakukan. Kesemua ini dimungkinkan, karena hukum mempunyai sifat/watak mengatur perilaku manusia serta mempunyai ciri memerintah dan melarang. Demikian juga hukum dapat memaksa agar aturannya dipatuhi anggota masyarakat. Misalnya orang yang mengendarai sepeda motor harus dapat menunjukkan SIM-nya dan STNK-nya yang masih berlaku, apabila sebaliknya maka berakibat disanksi tegas. Kesemua ini berjalan tertib dan teratur karena semua mengerti/menyadari dan mematuhi peraturan yang telah ditentukan.¹²³

4.4. Sebagai Sarana Pengendali Sosial atau a *Tool of Social Control*

Pengendalian sosial mencakup semua kekuatan-kekuatan yang menciptakan serta memelihara ikatan sosial.¹²⁴ Sebagai sarana pemaksa yang melindungi warga masyarakat dari ancaman-ancaman maupun perbuatan-perbuatan yang membahayakan diri serta harta bendanya. Sebagai contoh, bahwa orang dilarang membunuh orang lain, norma hukum tersebut jelas merupakan sarana pemaksa yang berfungsi untuk melindungi masyarakat

¹²¹ *Ibid.* hlm. 145.

¹²² Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 90.

¹²³ Soeroso, *Op.cit.*, hlm. 54.

¹²⁴ Soerjono Soekanto, 1982, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, hlm. 58.

terhadap tindakan yang mengakibatkan terjadinya penderitaan terhadap pihak lain.¹²⁵ Hukum sebagai sarana pengendali sosial, untuk menetapkan perilaku mana yang dianggap merupakan penyimpangan terhadap aturan hukum dan apa sanksi atau tindakan yang diterapkan oleh hukum jika terjadi penyimpangan tersebut.¹²⁶

Hukum sebagai sarana pengendali sosial dapat diartikan sebagai berikut:

1. Hukum dalam masyarakat tidak sendirian, menjalankan fungsinya secara bersama dengan aturan-aturan sosial lain yang juga melakukan pengendalian sosial.
2. Hukum di sini berfungsi pasif, artinya hukum menyesuaikan diri terhadap kenyataan masyarakat.
3. Hukum biasanya berwujud tertulis atau peraturan perundang-undangan yang dijalankan oleh suatu kekuasaan terpusat yang berwujud kekuasaan negara yang dilaksanakan oleh *the ruling class* tertentu atau suatu elit.
4. Hukum dapat juga berwujud hukum tidak tertulis atau kebiasaan yang dapat dijalankan dari bawah (masyarakat) itu sendiri.

Terlaksana atau tidak terlaksananya hukum sebagai sarana pengendali sosial, ditentukan oleh 2 (dua) hal yakni faktor aturannya itu sendiri dan faktor pelaksana hukumnya.¹²⁷

4.5. Sebagai Sarana Pemacu/Penggerak Pembangunan Masyarakat atau a *Tool of Social Engineering*.

Hukum di sini berfungsi aktif, kekuatan mengikat dan memaksa hukum dapat didayagunakan secara sadar untuk memacu masyarakat atau menggerakkan pembangunan ke arah yang lebih maju.¹²⁸ Roscoe Pound memberi gambaran tentang apa yang sebenarnya diinginkan dan apa yang sebenarnya tidak diinginkan oleh penggunaan hukum sebagai sarana pemacu pembangunan, sebagai berikut:

1. Mempelajari efek sosial yang nyata dari lembaga-lembaga serta ajaran-ajaran hukum.
2. Melakukan studi sosiologis dalam rangka mempersiapkan peraturan perundang-undangan baru. Membuat peraturan perundang-undangan dengan cara membandingkan dengan peraturan perundang-undangan yang selama ini dianggap sebagai cara yang bijaksana. Namun demikian adalah tidak cukup apabila hanya membandingkan peraturan

¹²⁵ Soerjono Soekanto, *Op.cit.*, hlm. 59.

¹²⁶ Lukman Santoso, *Op.cit.* hlm. 86.

¹²⁷ *Ibid.*, hlm. 87.

¹²⁸ Soeroso, *Op.cit.*, hlm. 55.

yang satu dengan peraturan yang lain. Hal yang lebih penting adalah untuk mempelajari bagaimana hukum beroperasi di masyarakat serta efek yang ditimbulkan dan kemudian dijalankan.

3. Melakukan studi serius tentang bagaimana membuat peraturan perundang-undangan agar lebih efektif dan keputusan-keputusan pengadilan yang demikian banyak dapat dijalankan secara efektif.
4. Memperhatikan sejarah hukum, bahwa studi hukum tidak hanya mengenai bagaimana ajaran-ajaran hukum itu terbentuk dan mengenai bagaimana ajaran-ajaran hukum itu berkembang yang kesemua itu dipandang sekedar sebagai bahan kajian hukum, melainkan juga tentang apakah efek sosial yang ditimbulkan oleh ajaran-ajaran hukum pada masa lampau dan bagaimana hukum pada masa lampau itu tumbuh dari kondisi sosial, ekonomi, psikhis dan seberapa jauh dapat mendasarkan atau mengabaikan hukum untuk mencapai hasil yang dikehendaki.

Lebih lanjut Roscoe Pound menambahkan bahwa yuris yang beraliran sosiologis memandang hukum sebagai suatu lembaga sosial yang dapat disempurnakan melalui usaha-usaha secara cendikia dan menganggap sebagai kewajiban mereka untuk menemukan cara-cara yang paling baik dan cocok bagi memajukan dan mengarahkan usaha itu. Pada akhirnya semua tuntutan tersebut di atas adalah sarana untuk mencapai suatu tujuan, yaitu tentang bagaimana mengusahakan secara lebih efektif agar tercapai tujuan-tujuan hukum itu.¹²⁹

4.6. Sebagai Sarana Mewujudkan Keadilan Sosial Lahir Batin

Hukum mempunyai ciri memerintah dan melarang, mempunyai sifat memaksa, mempunyai daya mengikat fisik dan psikhis. Karena hukum mempunyai ciri, sifat dan daya mengikat, maka hukum dapat memberi keadilan, ialah dapat menentukan siapa yang salah dan siapa yang benar, berhak menghukum yang salah, hukum dapat memaksa agar dipatuhi peraturannya, dan menjatuhkan sanksi hukuman kepada yang melanggar.¹³⁰

4.7. Berfungsi Kritis.

Dewasa ini telah berkembang pandangan, bahwa hukum mempunyai fungsi kritis, yaitu daya kerja hukum tidak semata-mata melakukan pengawasan terhadap aparatur pemerintah atau petugas dan penegak hukum termasuk di dalamnya.

¹²⁹ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 89.

¹³⁰ Soeroso, *Op.cit.*, hlm. 54.

4.8. Syarat-syarat agar Fungsi hukum dapat Terlaksana dengan Baik.

Demikianlah hukum memiliki fungsi-fungsi yang sedemikian rupa sehingga dalam suatu kehidupan masyarakat diharapkan terwujudnya ketertiban, perkembangan, keteraturan, dan keadilan, sehingga dapat dijumpai masyarakat yang senantiasa berkembang. Agar hukum dapat melaksanakan fungsinya dengan baik dan seksama, maka bagi pelaksana penegak hukum dituntut kemampuan untuk menerapkannya. Dengan berbagai cara masing-masing petugas, misalnya:

1. Menafsirkan hukum sesuai dengan keadaan dan posisi masing-masing pihak.
2. Bilamana perlu dengan menerapkan penafsiran analogis (menentukan kebijakan untuk hal yang sama, atau hampir sama), melakukan penghalusan hukum atau memberi ungkapan *a contrario* bagi tercapainya kebijakan yang konkrit.
3. Pelaksana penegak hukum memiliki kecekatan, ketrampilan dan ketangkasan dalam menerapkan hukum yang berlaku.

Penegak hukum harus tegas dan hukum berlaku bagi semua pihak termasuk penegak hukum itu sendiri.¹³¹

¹³¹ Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 155.

BAB V

ANEKA CARA PEMBEDAAN HUKUM

Segala sesuatu yang dibatasi oleh ruang dan waktu pada dasarnya dapat dipelajari untuk dibandingkan sehingga dapat diketahui perbedaan dan persamaannya dari yang dibandingkan itu.¹³² Misalnya mengacu pada dasar-dasar teori evolusi sosial, dapat diterima bahwa keadaan masyarakat jaman purba -demikian hukumnya sebagai salah satu kebudayaannya- masih belum maju seperti sekarang. Belum ada garis pembeda atau *tussenvormen* yang jelas walaupun pada dasarnya memang ada, umpamanya hak-hak perseorangan, oleh karena masih bersifat *communal* atau bersifat umum. Demikian juga tentang hak-hak seorang kepala suku sebagai penguasa atau sebagai perseorangan belum tampak garis pembedanya, termasuk tentang bagaimana cara memperoleh sesuatu hak dan cara mempertahankannya. Dengan demikian dapat dimengerti bahwa perbedaan jaman purba dengan perbedaan jaman sekarang adalah berlainan. Setidak-tidaknya berlainan mengenai pertanyaan seberapa jauh batas-batas dari suatu cabang dalam perbedaan itu. Menginsyafi semua itu, maka setiap ajaran dalam hubungan ini pada hakekatnya hanya mempunyai nilai relatif, dan akan memuat *tussenvormen* di mana tidak mungkin terdapat garis pemisah secara jelas.¹³³ Dalam mempelajari hukum juga dapat ditemukan sejumlah persamaan dan sejumlah perbedaan yang dipengaruhi oleh perbedaan waktu dan antar negara yang disebut perbandingan hukum. Sejumlah perbedaan ada yang menarik untuk dipelajari dalam kajian hukum selanjutnya, untuk itu terdapat aneka cara perbedaan antara pasangan-pasangan hukum.¹³⁴ Dengan mempelajari sejumlah perbedaan dan persamaan tentang hukum, maka bertujuan untuk:

- a. Memperoleh pengertian yang lebih baik yang terkandung dalam nilai-nilai teoritis.
- b. Memperoleh pengertian yang lebih mudah untuk menemukan dan menerapkan hukum yang terkandung dalam nilai-nilai praktis.

Pembedaan universal yang mempunyai nilai-nilai absolut tidak ada. Untuk kepentingan ilmu hukum, maka mencari perbedaan itu sedapat mungkin secara fundamental. Sekali pun demikian materi perbedaan yang mungkin dapat diadakan tidak terlepas dari unsur-unsur historis dan sosiologis. Artinya terpengaruh oleh tingkat

¹³² Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 163.

¹³³ Achmad Sanusi, *Op.cit.*, hlm. 99.

¹³⁴ Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*

pertumbuhan hukum itu sendiri bagi setiap bangsa di berbagai negara, berbagai daerah dan berbagai tempat berlakunya.

Mengenai tujuan praktis tentang perbedaan dan persamaan hukum dapat dinyatakan lebih lanjut bahwa pengetahuan tentang cara ini dapat memberi petunjuk-petunjuk umum bagi:

- a. Para anggota lembaga negara, para fungsionaris hukum, yaitu hakim dan para pejabat administrasi untuk membuat aturan-aturan hukum, menerapkan hukum dan mempertahankannya.
- b. Para pribadi, atau sebagai penguasa dan pembela yang berkepentingan untuk menaati aturan-aturan hukum itu, baik dalam kepentingan memperoleh suatu hak, maupun dalam mempertahankannya, langsung kepada pihak ke 2 (dua) dan di muka fungsionaris hukum.¹³⁵

Adapun untuk memahami pengetahuan tentang perbedaan hukum, dicapai dari hasil studi -yang antara lain- melalui metode perbandingan hukum dari berbagai bidang hukum, pembedaannya secara berpasangan sebagai berikut:¹³⁶

5.1. Hukum dibedakan menurut bentuknya, hukum tidak tertulis dan hukum tertulis.

Hukum tidak tertulis atau *unstatutory law (un written law)* adalah hukum yang tertua, masih hidup dalam kepercayaan masyarakat tetapi tidak tertulis. Hukum tidak tertulis lebih bersifat melekat pada kepercayaan yang selalu dipatuhi oleh keyakinan masyarakat maupun komunitas tertentu. Hukum tidak tertulis -juga disebut hukum kebiasaan- dipatuhi seperti halnya peraturan perundang-undangan.¹³⁷ Contohnya adalah hukum adat dalam berbagai masyarakat adat di Indonesia. Adat berarti kebiasaan yang merupakan tindakan yang diulang-ulang dengan cara dan tindakan yang sama. Ditinjau dari segi bahasa, terdapat kesamaan antara hukum tidak tertulis dengan kebiasaan, namun sebenarnya ada perbedaan yang *essenial* atau sifat mendasar, yakni pada hukum tidak tertulis didukung oleh teori-teori kesadaran hukum yang dipengaruhi oleh madzab sejarah dengan tokohnya Friedreck Karl von Savigny, sedangkan kebiasaan adalah tindakan yang diulang-ulang secara sama. Dalam hukum tidak tertulis masih dibedakan lagi bahwa ada hukum tidak tertulis yang benar-benar tidak pernah ditulis sama sekali dan ada hukum tidak tertulis yang

¹³⁵ Achmad Sanusi, *Op.cit*, hlm. 99.

¹³⁶ Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 163.

¹³⁷ Lukman Santoso, *Op.cit*, hlm. 7.

tercatat, jadi ada hukum tercatat namun tidak termasuk sebagai hukum tertulis.¹³⁸ Sekali pun penggunaan hukum tertulis telah menjadi hal yang sangat umum namun hukum tertulis tidak sekali gus dapat disamakan dengan meningkatnya kualitas keadilan. Hukum tertulis tidak berhubungan langsung dengan kualitas keadilan namun hanya menyangkut format pencapaian hukum.¹³⁹

Hukum tertulis atau *geschreven recht, beschreven recht (statute law/written law)* adalah hukum yang mencakup perundang-undangan dalam berbagai bentuk yang dibuat oleh pembuat undang-undang dan traktat yang dihasilkan dari hubungan hukum internasional. Walaupun demikian undang-undang yang dibuat secara nasional dapat berisi hukum internasional, yaitu hukum yang berhubungan dengan peristiwa internasional.¹⁴⁰ Hukum tertulis dapat merupakan hukum yang dikodifikasi dan dapat merupakan hukum yang tidak dikodifikasi. Hukum yang dikodifikasi artinya hukum yang dibukukan dalam Lembaran Negara dan diumumkan. Hadirnya hukum tertulis telah menjadi ciri perkembangan hukum modern yang harus mengatur serta melayani kehidupan modern yang kompleks.¹⁴¹

5.2. Hukum dibedakan menurut waktu berlakunya, *Jus Constitutum* dan *Jus Constituendum*.

Jus constitutum adalah hukum positif, yaitu hukum yang berlaku dalam suatu negara pada waktu tertentu. Misalnya *jus constitutum* Indonesia adalah tata hukum Indonesia pada waktu sekarang, yang disebut juga tata hukum Indonesia. *Jus constitutum* Amerika Serikat yang disebut tata hukum Amerika Serikat, *jus constitutum* Malaysia dan sebagainya. *Jus constituendum* adalah hukum yang dicita-citakan oleh pergaulan hidup dan negara, namun belum merupakan norma dalam bentuk perundang-undangan atau berbagai ketentuan lain yang diharapkan berlaku pada waktu mendatang.

Perbedaan keduanya didasarkan pada perkembangan sejarah tata hukum tertentu. W.L.G. Lemaire (1952) mengatakan bahwa hukum menerbitkan pergaulan hidup manusia pada suatu tempat tertentu dan dalam jangka waktu tertentu. Hukum merupakan hasil perkembangan sejarah yang terbentuk dan suatu ketika akan hilang/tidak diberlakukan. Jadi dapat dikatakan bahwa *jus constitutum* sekarang adalah *jus constituendum* pada masa

¹³⁸ Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 207.

¹³⁹ Lukman Santoso, *Op.cit.* hlm. 7.

¹⁴⁰ Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 205.

¹⁴¹ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 6.

lampau.¹⁴² Sedangkan Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto menegaskan bahwa perbedaan *jus constitutum* dengan *jus constituendum* merupakan suatu abstraksi dari fakta bahwa sesungguhnya segala sesuatu merupakan suatu proses perkembangan. Demikian juga bahwa hukumpun merupakan suatu lembaga masyarakat yang senantiasa mengalami perkembangan sedemikian rupa sehingga apa yang dicita-citakan pada suatu waktu terwujud menjadi kenyataan, sebaliknya yang sedang berlaku menjadi pudar ketinggalan jaman karena sudah tidak cocok/sesuai lagi (menjadi deskrapansi atau kesenjangan) antara norma dan kenyataan sosial.¹⁴³

5.3. Hukum dibedakan menurut tempat berlakunya.

Hukum nasional yaitu hukum yang berlaku dalam suatu negara.

Hukum internasional yaitu hukum yang mengatur hubungan hukum dalam dunia internasional.

Hukum asing yaitu hukum yang berlaku di negara lain.

Hukum gereja, yaitu kumpulan norma-norma yang ditetapkan oleh gereja untuk para anggotanya.¹⁴⁴

5.4. *Das Sollen* dan *das Sein*.

Norma hukum merupakan pedoman atau ketentuan tentang apa yang seharusnya atau apa yang seyogianya dilakukan. Pada hakekatnya norma hukum merupakan perumusan pendapat atau pandangan tentang bagaimana seharusnya atau seyogianya seseorang berperilaku. Sebagai pedoman, norma hukum bersifat pasif, kenyataan normatif disebut *das Sollen* (seharusnya dilakukan). Sedangkan *das Sein* adalah merupakan kenyataan alamiah atau peristiwa konkrit. Contohnya, *das Sollen*, dalam hukum disebutkan bahwa: Barang siapa mencuri harus dihukum, barang siapa membeli harus membayar. Hal ini merupakan kenyataan normatif dan bukan menyatakan sesuatu yang terjadi secara nyata, melainkan apa yang seharusnya atau seyogianya terjadi. Contoh *das Sein*, apabila secara nyata telah terjadi ada orang mencuri, apabila telah terjadi ada orang membeli tidak membayar. Di sinilah baru terjadi kenyataan alamiah, barulah terjadi peristiwa konkrit. Hukum itu yang penting bukanlah apa yang terjadi, namun apa yang seharusnya terjadi. Dalam undang-undang tidak dapat dibaca, bahwa siapa yang mencuri sungguh-sungguh

¹⁴² Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 164.

¹⁴³ Purnadi Purbacaraka dan Soejono Soekanto, 1980, *Aneka Cara Pembedaan Hukum*, Alumni, Bandung, dalam *Ibid.*

¹⁴⁴ Samidjo, 1985, *Pengantar Hukum Indonesia*, Amrico, Bandung, hlm. 23.

dihukum, namun siapa yang mencuri harus dihukum. Ketentuan yang menyatakan: Barang siapa yang mencuri harus dihukum, tidak berarti telah terjadi pencurian dan pencurinya dihukum. Tetapi barang siapa mencuri harus dihukum. Pernyataan “mencuri” menyangkut peristiwa (*das Sein*), sedangkan kesimpulannya “dihukum” menyangkut keharusan (*das Sollen*). Oleh karena telah terjadi peristiwa maka sesuai dengan bunyi normanya harus ada akibatnya. Dihukumnya pencuri bukanlah merupakan akibat pencurian, tetapi pencuri harus dihukum berdasarkan undang-undang yang melarangnya. Di sini tidak berlaku hukum (dalil/rumus) sebab akibat. Norma hukum itu bersifat memerintah, mengharuskan dan preskriptif (memberi petunjuk).¹⁴⁵

Di atas telah disebutkan, bahwa norma hukum itu bersifat pasif. Agar norma hukum itu tidak pasif, artinya norma hukum itu menjadi aktif atau hidup, maka diperlukan rangsangan. Rangsangan untuk mengaktifkan norma hukum adalah peristiwa konkrit (*das Sein*). Dengan terjadinya peristiwa konkrit tertentu, norma hukum baru dapat aktif, karena kemudian dapat diterapkan pada peristiwa konkrit tersebut. Selama tidak terjadi peristiwa konkrit tertentu, maka norma hukum itu hanya merupakan pedoman pasif belaka. Jadi norma hukum memerlukan terjadinya norma konkrit (*das Sollen* memerlukan *das Sein*). Peristiwa konkrit memerlukan aktivator (penggerak) yang diperlukan untuk dapat membuat aktif norma hukum.¹⁴⁶

Karena norma hukumlah maka peristiwa konkrit itu menjadi peristiwa hukum. Peristiwa hukum adalah peristiwa yang relevan bagi hukum, peristiwa yang oleh hukum dihubungkan dengan akibat hukum (peristiwa yang oleh hukum dihubungkan dengan timbulnya atau lenyapnya hak dan kewajiban). Suatu peristiwa konkrit tidak mungkin dengan sendirinya menjadi peristiwa hukum. Suatu peristiwa hukum tidak mungkin terjadi tanpa adanya norma hukum.¹⁴⁷

5.5. Hukum Kodrat, Hukum Alam dan Hukum Positif.

5.5.1. Hukum kodrat.

Aristoteles, hukum kodrat adalah hukum yang normal, ia adalah bagian dari hukum, yang walaupun tidak selalu dan tidak di mana-mana ada, acapkali tetap ada dan orang biasanya memandang sama.¹⁴⁸ Sebelum ada sesuatu masa -dalam mana- orang-orang

¹⁴⁵ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 16.

¹⁴⁶ *Ibid.* hlm. 17.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 450.

Yunani pun memandang segala hukum sebagai hukum yang berasal dari Tuhan. Pandangan yang sedemikian itu patut pada waktu itu, hukum masih semata-mata merupakan hukum kebiasaan yang tidak tertulis. Kebenaran yang sewajarnya untuk manusia itu pada masa lampau adalah suatu pendapat baru. Sesudah pendapat baru itu maka timbul ajaran hukum kodrat (hukum yang bersifat kodrat) sehingga tidak bergantung pada pandangan manusia dan karena itu selalu ada dan di mana-mana sama. Pemikiran tentang hukum kodrat sulit ditentukan pencetus pertamanya. Hukum kodrat adalah ajaran yang timbul sekitar 25 (dua puluh lima) abad yang lampau dalam filsafat Yunani, akan tetapi sejak semula di samping banyak pengikutnya juga banyak penentangannya. Ketika merenungkan hakekat norma positif -yaitu sifat berubahnya- asalnya (berasal dari pikiran manusia) dan nilainya yang relatif, maka beberapa filosof Yunani menyangkal hukum kodrat, namun banyak juga -karena renungan itu tadi- yang menerima hukum kodrat.¹⁴⁹ Jika di samping hukum kebiasaan kemudian timbul hukum perundang-undangan, maka tidak berarti berakhirnya kepercayaan terhadap asal ke-Tuhanan dari segala hukum. Para pembentuk undang-undang yang paling dulu (tertua) umumnya dihormati sebagai penyalur kehendak Tuhan. Akan tetapi pandangan tersebut semakin lama menjadi lenyap. Abad V sebelum Masehi adalah abad pembebasan jiwa. Sophisten atau kaum Sofislah yang mampu membebaskan orang Yunani dari kepercayaan tanpa kritik terhadap paham-paham tradisional. Dalam hal ini nilai-nilai tradisional mulai terdesak. Maksudnya -menurut kaum Sofis- tradisi tidak lagi menjadi penentu bagi kebenaran, akan tetapi ditentukan oleh rasio manusia. Konsekuensi dari pengesahan ini sangat jelas bahwa rasio selalu berubah sehingga hal ini mempengaruhi pula pandangan tentang kebenaran.¹⁵⁰

Tidak ada kebenaran yang mutlak, segala kebenaran adalah relatif. Pandangan relativistis itulah yang merupakan peribahasa dalam perkataan Protogoras: Manusia -artinya individu dengan pandangan-pandangan dan pendapat-pendapat yang berubah-ubah- adalah ukuran dari segala-galanya. Relativisme itu dilakukan pada kesusilaan dan hukum mengakibatkan kesimpulan bahwa dengan tidak adanya kebenaran yang mutlak, juga tidak ada kesusilaan yang umum berlaku dan tidak ada hukum yang berlaku umum. Sophisten menyangka bahwa bukti dalil tersebut terdapat dalam perubahan-perubahan undang-undang yang besar jumlahnya dan beraneka ragam hukum dan kesusilaan pada berbagai bangsa. Saling bergantian secara tidak teratur, maka waktu dan tempat membuat apa yang dipandang pantas menjadi tidak pantas di tempat yang lain. Sebaliknya alam adalah tetap,

¹⁴⁹ *Ibid.* hlm. 445.

¹⁵⁰ Sudarsono, 1999, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 196.

misalnya api itu di mana-mana tetap panas. Apa yang disebut adil dan tidak adil tidak ditentukan oleh alam, melainkan ditetapkan oleh manusia. Tidak ada hukum kodrat dalam arti hukum yang berlaku lepas dari kehendak manusia.¹⁵¹

Menurut Aristoteles, hukum kodrat tidak berlaku mutlak, dan tidak memandangnya sebagai demikian, baginya manusia adalah ukuran dari segala-galanya juga, namun manusia yang normal, yang sehat pikirannya. Sebaliknya, hukum kodrat memperoleh dasar keagamaan dalam filsafat Stoa, pandangannya timbul dari anggapan bahwa seluruh dunia dituntun dan ditentukan oleh hukum abadi, yang tidak lain dari rasio ke-Tuhanan yang meliputi seluruh alam. Dari hukum dunia yang abadi, timbulah hukum kodrat kesusilaan, di mana terkandung peraturan-peraturan untuk tindakan-tindakan manusia, norma-norma kesusilaan dan norma-norma yuridis. Asas pokok dari segala kesusilaan dan hukum ialah hidup menurut kodrat, karena dengan berbuat demikian, manusia hidup sesuai dengan rasio dunia, akan tetapi juga dengan dirinya karena ia adalah bagian dari alam. Hidup menurut kodrat berarti hidup sesuai dengan alam manusia sendiri. Manusia memenuhi kewajibannya yang luhur, jika mengikuti pimpinan akalny sendiri, yang juga merupakan bagian dari rasio dunia ke-Tuhanan, dan yang diberi oleh alam kepadanya sebagai penunjuk jalan, agar dapat memenuhi tujuan kesusilaannya.¹⁵²

Aristoteles sebagai seorang filosof telah menyumbangkan pikirannya di bidang hukum. Selain pandangannya tentang kesusilaan tersebut, juga telah memiliki gagasan tentang adanya 2 (dua) macam hukum. Selanjutnya Aristoteles membela pandangan bahwa ada 2 (dua) macam hukum, yang berlaku berdasarkan penetapan, dan hukum menurut kodratnya adalah hukum, lepas dari soal dipandang baik atau tidak baik oleh manusia. Aristoteles mengakui bahwa pandangan-pandangan manusia tentang apa yang adil dan tidak adil sangat berlainan, sehingga memang nampaknya seolah-olah tidak ada hukum kodrat. Tidak seorang pun yang lebih mengetahuinya daripada beliau yang melakukan penelitian perbandingan hukum secara besar-besaran. Bahkan membenarkan para Sophisten, bahwa tidak ada asas hukum yang diterima oleh setiap orang. Akan tetapi ia menyangkal bahwa peraturan-peraturan selalu dan di mana-mana harus diakui, agar bersifat kodrat. Yang bersifat kodrat tidak menutupi adanya perkecualian.¹⁵³ Pandangan Aristoteles di bidang hukum terutama mengenai hukum kodrat tetap dikaitkan dengan adanya kepatutan perilaku manusia. Menurut hukum kodrat adalah peraturan-peraturan

¹⁵¹ van Apeldoorn, *Op.cit*, hlm. 449.

¹⁵² *Ibid.* hlm. 451.

¹⁵³ *Ibid.* hlm. 449.

dengan nilai-nilai kepatutan, kewajaran dan keadaan yang serba normal. Pada dasarnya hukum demikian erat dengan kehidupan sehari-hari.¹⁵⁴ Orang yang bijaksana adalah orang yang sehat pikirannya, orang yang cerdas. Apa yang menjadi pandangannya adalah sudah semestinya dan sewajarnya. Hukum kodrat adalah hukum yang normal, ia adalah bagian dari hukum yang walaupun tidak selalu dan tidak di mana-mana ada, sering ada dan biasanya oleh orang dipandang sama di mana-mana. Bahwa ia tidak tetap mutlak, adalah akibat dari ketidaksempurnaan manusia. Akan tetapi walaupun hukum kodrat tidak tetap, di dalamnya mempunyai kekuatan yang selalu dan di mana-mana dapat dirasakan.¹⁵⁵

Pandangan Aristoteles agak berbeda dengan pandangan para pengikut Stoa, akan tetapi di sisi lain mereka berpandangan sama. Bagi para pengikut Stoa hukum kodrat telah menjadi hukum kodrat kesusilaan yang abadi dan mutlak yang berdiri di atas hukum positif yang merupakan sumber dan norma untuk semua undang-undang manusia. Karena akal manusia mengambil bagian dalam rasio dunia ke-Tuhanan maka undang-undang kodrat kesusilaan juga merupakan undang-undang pembawaannya. Hukum kodrat dari kaum Stoa adalah hukum kodrat yang rasionalistis, religius dan panteistis. Akan tetapi para pengikut Stoa yang muda telah menemui undang-undang kodrat kesusilaan dalam arti *teistis*, yang dinyatakan sebagai pelaksanaan kehendak Tuhan. Demikianlah ajaran tersebut masuk untuk diterima dalam dunia Kristen dengan tanpa mengadakan perubahan.¹⁵⁶

Secara filosofis, ajaran Stoa disebarluaskan lewat karangan-karangan Cicero pada jaman Romawi. Karangan Cicero sebenarnya sudah banyak yang lenyap, terutama karangan yang secara panjang lebar menguraikan tentang hukum kodrat misalnya *De Republica*. Cicero menguraikan hukum kodrat lengkap dengan sekalian unsur hukumnya yang secara garis besar pemikirannya secara rasional. Ada sesuatu yang benar yaitu rasio kodrat, sesuatu hukum sesuai dengan alam yang dicurahkan ke dalam jiwa manusia, sesuatu hukum yang abadi dan tidak berubah-ubah, yang menyuruh dan memerintahkan agar orang-orang melakukan kewajibannya dan memperingatkan/menakutkan orang-orang terhadap tindakan-tindakan jahat. Hukum itu tidak dapat dihapuskan oleh senat dan rakyat manapun juga. Hukum itu semua tunggal baik di Romawi maupun di Athena, menguasai

¹⁵⁴ Sudarsono, *Op.cit.*, hlm. 198.

¹⁵⁵ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 450.

¹⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 451.

seluruh bangsa dan pada setiap masa, Tuhanlah yang menciptakannya, menetapkannya dan menganugerahkannya.¹⁵⁷

Sejak semula pandangan Stoa tentang ajaran hukum kodrat terdapat 2 (dua) unsur asasi yang memenuhi syarat sebagai pemikiran hukum dan filsafat, yakni unsur rasionalistis dan unsur agama. Dalam filsafat Stoa yang tertua, segala tekanan diletakkan pada yang pertama, hukum kodratnya adalah hukum yang bersumber pada akal, dan akal tersebut dipuja (sebagai akal dunia) dalam arti pantheistis. Aliran Stoa yang baru antara lain nampak pada Cicero, menjabarkan hukum dari akal, akan tetapi juga dalam arti teistis dari kehendak Tuhan. Untuk cara berpikir secara Kristen dalam Abad Pertengahan pada hakekatnya hanya hukum kodrat yang berdasarkan teisme yang dapat diterima. Dalam menunjukkan sumber hukum kodrat tetaplah ada kemungkinan untuk meletakkan tekanan yang berlainan, tekanan yang dapat diletakkan pada kehendak Tuhan, akan tetapi juga pada rasio Tuhan.¹⁵⁸

Dipandang dari segi unsur-unsurnya, hukum kodrat cukup menarik untuk dipikirkan lebih lanjut. Kedua sumber (rasional dan agama) tersebut merupakan materi pokok dalam kehidupan manusia, sekalipun ada perbedaan pokok antara keduanya (Stoa lama dan Stoa baru) akan tetapi keduanya memiliki 2 (dua) unsur (rasional dan agama) hanya titik tekannya yang berbeda. Kelengkapan unsur hukum kodrat tidak menjamin berlangsungnya penyebaran dirinya, maksudnya hukum kodrat akan tersebar melalui praktisi dengan ajaran-ajaran hukum tertentu.¹⁵⁹

Ajaran hukum kodrat dari Stoa dipopulerkan oleh Cicero, meresap dalam ajaran hukum Romawi, walaupun di Romawi tidak begitu terkenal namun dapat dipahami bahwa para yuris Romawi adalah orang-orang praktisi, bukan filosof. Walaupun demikian tidak boleh diabaikan pendapat mereka tentang hukum kodrat sekalipun sederhana dan tidak mendalam, sebab pada abad Pertengahan mereka mempunyai otoritas sebagai yuris, sehingga mereka membantu menjabarkan ajaran hukum kodrat.¹⁶⁰

Pemikiran hukum kodrat telah berkembang sejak beberapa abad yang lampau, bahkan sejak sebelum Aristoteles. Dalam abad VII Uskup Sevilla yaitu Isidorus mengarang *Etymologie of Origines*, yang bermaksud meringkas seluruh ilmu pengetahuan waktu itu, *artes liberales* dan ilmu kedokteran, ilmu teologi, ilmu philologi dan hukum, secara singkat

¹⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 452.

¹⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 458.

¹⁵⁹ Sudarsono, *Op.cit.*, hlm. 200.

¹⁶⁰ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 452.

semacam *encyclopaedie*. Di dalamnya terdapat juga uraian tentang hukum kodrat. Dengan mengikuti jejak Ulpianus dan *instituten*, Isidorus membagi hukum dalam 3 (tiga) macam, *jus civile* hukum yang ditetapkan oleh setiap bangsa untuk mereka sendiri, *jus gentium* hukum yang berlaku pada hampir setiap bangsa, dan *jus naturale*. Dari hal yang terakhir ini memberi definisi mungkin diambil dari definisi Ulpianus sebagai contoh, namun sangat menyimpang. Pandangan aneh para yuris Romawi, mengakibatkan hukum kodrat mungkin semacam naluri hewan atau *dierlijk instinct*, diganti dengan pandangan hukum kodrat sebagai hukum yang hanya berlaku bagi manusia, sama untuk setiap bangsa dan di manapun diikuti karena dorongan alam (*instinctu nature*) dan bukan berdasarkan undang-undang. Akan tetapi Isidorus di samping membagi hukum dalam 3 (tiga) bagian, juga membagi dalam 2 (dua) bagian, yaitu hukum ke-Tuhanan dan hukum manusia, dan mengajarkan bahwa yang pertama terjadi menurut hukum kodrat, yang terakhir karena kebiasaan (*moribus*). Sehingga hukum kodrat disamakan dengan hukum ke-Tuhanan.¹⁶¹

Adanya pembagian tersebut di atas menunjukkan bahwa hukum kodrat telah lama menjadi pemikiran para yuris, bahkan para filosof. Kelompok yang terakhir ini dapat dilihat dalam ajaran Stoa, kemudian Aristoteles sampai pada Thomas von Aquino. Bertalian dengan ajaran Stoa yang dalam lapangan ini lebih dari Aristoteles menentukan pandangan-pandangan Thomas von Aquino yang menganggap bahwa seluruh dunia dikuasai oleh hukum Abadi atau *lex aeterna*. Dalam mana semua undang-undang lainnya menemukan dasar dan alasan kekuatan mengikatnya. Hukum Abadi itu adalah rasio ke-Tuhanan yang mengatur segala yang diciptakan sesuai dengan kodratnya. Walaupun tidak seorangpun selain Tuhan itu sendiri dan orang-orang yang dapat melihatnya, dapat menyelami undang-undang itu, namun semua makhluk yang berakal dan yang tidak berakal ada yang ambil bagian yakni sekedar ia mengandung kecenderungan alami kepada sikap yang sesuai dengan undang-undang itu. Akan tetapi manusia sebagai makhluk yang berakal, selain mengambil bagian dalam Undang-Undang Abadi secara lain karena mempunyai kecerdasan dengan akal kodratnya (sinar dari cahaya akal ke-Tuhanan) membedakan yang baik dan yang buruk. Bergabungnya makhluk yang berakal dalam Undang-Undang Abadi oleh Thomas von Aquino disebut *lex naturalis*. Hal itu adalah bayangan dalam akal manusia dari Undang-Undang Abadi, atau dengan perkataan lain, suatu bagian dari Undang-Undang Abadi yang dikenal tanpa menggunakan akal pikiran, yang sudah merupakan hal yang

¹⁶¹ *Ibid.*, hlm. 454.

terang, hal yang sudah selayaknya, karena sudah terkandung dalam pembawaannya.¹⁶² Pembawaan mengenai hukum kodrat bukan semata-mata tugas dari para yuris akan tetapi termasuk filosof dan ahli agama. Keanekaragaman para pemikir tersebut menunjukkan bahwa betapa besar perhatian mereka terhadap hal ini.¹⁶³

5.5.2. Hukum alam.

Hukum alam adalah hukum yang dirasakan selaras dengan kodrat alam. Hukum alam yang pada prinsipnya adalah ekspresi dari kegiatan manusia yang mencari keadilan sejati yang mutlak. Aktivitas manusia tersebut sudah berlangsung selama sekitar 2500 tahun, sebelum mereka yang lebih menitikberatkan kepada pencapaian hukum yang ideal ini berkembang seiring dengan perkembangan jaman. Ajaran-ajaran hukum alam telah banyak digunakan oleh berbagai bagian masyarakat dan generasi untuk mengungkapkan aspirasi-aspirasinya, dalam sejarah hukum tecermin bahwa ajaran hukum alam dapat digunakan sarana untuk perkembangan hukum dan politik.¹⁶⁴

5.5.3. Hukum Positif.

Hukum positif atau *stellingrecht* merupakan norma yang berlaku sebenarnya, merumuskan suatu hubungan yang pantas antara fakta hukum dan akibat hukum yang merupakan abstraksi dari keputusan-keputusan. Keputusan yang konkrit sebagai fakta sosial yang mengatur hubungan-hubungan, senantiasa terjadi dalam suatu tertib pergaulan hidup. Suatu gambaran tentang hukum positif tertentu, selalu merupakan lukisan tentang tertib hukum tertentu, yang berarti suatu tertib hukum yang terikat oleh tempat dan waktu tertentu pula. Hal ini karena hukum positif merupakan abstraksi dari kehidupan. Artinya hal ini merupakan suatu pengetahuan tentang kenyataan tertentu, yang terjadi di suatu tempat dan masa tertentu. Logemann menyatakan bahwa hukum positif adalah kenyataan hukum yang dikenal, hal ini sebagai lawan dari hukum keagamaan dan hukum alam yang merupakan norma yang secara kritis berhadapan dengan kenyataan. Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto menyimpulkan bahwa pembedaan antara hukum alam dan hukum positif terutama terletak pada ruang lingkup hukum. Pada ajaran-ajaran hukum alam terdapat prinsip-prinsip yang diberlakukan secara universal. Artinya hendak diberlakukan di manapun dan pada apa pun juga. Sedangkan orientasi hukum positif adalah pada tempat dan waktu tertentu. Selanjutnya apabila dihubungkan ajaran hukum alam dengan orientasi hukum positif, maka terungkap 3 (tiga) wawasan; 1. Hukum alam sebagai koreksi hukum

¹⁶² *Ibid.*, hlm. 456.

¹⁶³ Sudarsono, *Op.cit.*, hlm.202.

¹⁶⁴ Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 165.

positif. 2. Hukum alam menjadi inti hukum positif. 3. Hukum alam sebagai pembenaran hak asasi manusia.¹⁶⁵

5.6. Hukum dibedakan menurut kerjanya adalah Hukum Imperatif dan Hukum

Fakultatif.

Pembedaan ini banyak mendapat penjelasan dari para yuris yang berkisar pada penekanan bahwa hukum imperatif adalah hukum paksaan yang harus dipatuhi secara mutlak, sedangkan hukum fakultatif adalah hukum pelengkap yang masih ada pilihan dan sebagainya, yang sebenarnya dapat dirasakan mana hukum imperatif dan mana hukum yang fakultatif. Hukum imperatif adalah norma-norma hukum yang secara a priori harus dipatuhi, sedangkan hukum fakultatif tidaklah secara a priori wajib dipatuhi. Pembedaan hukum yang memaksa dan hukum yang mengatur, menurut Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto adalah kurang tepat, sebab hukum memiliki kesamaan yaitu dapat bersifat memaksa dan dapat bersifat mengatur. Selanjutnya ditunjukkan beberapa hal yang penting tentang pembedaan pasangan hukum yang imperatif dan yang fakultatif, keduanya dalam hubungannya dengan hukum publik dan hukum perdata. Perumusan hukum imperatif dalam undang-undang ditujukan pada pribadi-pribadi yang akan memperjelas tujuan pembedaan kedua pasangan hukum imperatif dan hukum fakultatif.

Hal-hal yang perlu diperhatikan:

1. Pada hukum fakultatif, pembentuk undang-undang juga memberikan perintah sebagaimana halnya pada hukum imperatif, hanya sifat perintahnya yang berbeda, yakni disadarinya oleh pembentuk undang-undang bahwa perintah tertentu itu mungkin tidak sesuai dengan keadaan, sehingga memungkinkan terjadinya penyimpangan yang berupa pengecualian. Maka perintah tersebut lebih banyak diartikan sebagai petunjuk, perintah ini ditujukan pada penegak hukum.¹⁶⁶
2. Dalam hubungannya dengan hukum publik dan hukum perdata.

Dari pembedaan sifat antara hukum yang imperatif dan hukum yang fakultatif secara garis besar, hukum publik secara relatif, sedangkan hukum perdata bersifat fakultatif, sekalipun dalam hukum perdata ada yang bersifat imperatif, antara lain disebabkan oleh:

¹⁶⁵ *Ibid.*, hlm. 166.

¹⁶⁶ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Op.cit.* hlm. 202.

- a. Pembentuk undang-undang menganggap perlu melindungi pribadi-pribadi, yang oleh karena kurang mampu atau tidak dapat mempertanggungjawabkan tindakannya yang akan merugikan diri sendiri.
- b. Pembentuk undang-undang menganggap perlu melindungi pihak-pihak ekonomi lemah.
- c. Dalam kasus-kasus yang bertautan aspek publik dan aspek perdata.
- d. Ketiga alasan tersebut di atas merupakan sebab yang kumulatif.
- e. Adanya syarat-syarat yang mengangkat kemampuan-kemampuan di bidang hukum, sehingga kriteria perilaku yang sah dan mempunyai akibat hukum.

Namun demikian, bobot sifat hukum publik lebih imperatif karena umumnya norma-norma hukum publik bersifat hubungan antara penguasa-penguasa dengan pribadi-pribadi, sehubungan dengan kepentingan umum yang berorientasi pada kesejahteraan bersama warga masyarakat.¹⁶⁷

5.7. Perbedaan hukum menurut sumbernya.

Sumber hukum adalah tempat atau sumber -terutama- bagi hakim dapat menemukan hukumnya. Sumber hukum utama adalah; peraturan perundang-undangan (hukum tertulis), kebiasaan (hukum tak tertulis), yurisprudensi, perjanjian internasional, doktrin, putusan desa dan perilaku manusia. Hierarki (tata susunan) sumber hukum tersebut memposisikan dan menentukan sumber hukum utama yang digunakan antara sumber hukum yang satu dengan sumber hukum yang lainnya. Oleh karena itu apabila terjadi konflik 2 (dua) sumber hukum maka sumber hukum yang di atas akan melumpuhkan sumber hukum yang lebih rendah.

Dalam hierarki sumber hukum apabila dikaitkan dengan hierarki norma hukum, Hans Kelsen mengemukakan teorinya mengenai jenjang norma hukum atau *Stufentheorie*. Hans Kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki, di mana suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiksi (khayalan), yaitu *Grundnorm* atau Norma Dasar.¹⁶⁸ Meskipun demikian, hierarki penggunaan sumber-sumber hukum tidaklah sama dengan hierarki norma hukum sebagaimana yang

¹⁶⁷ Soejono Dirdjosisworo, *Op.cit*, hlm. 203.

¹⁶⁸ Maria Farida Indrati Soeprapto, 2007, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 25, dalam Bambang Sutiyoso, 2012, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Menemukan Hukum yang Pasti*, U.I.I. Press, Yogyakarta, hlm. 67.

dikemukakan oleh Hans Kelsen. Karena dalam sumber-sumber hukum tidaklah sumber hukum yang satu lebih tinggi derajatnya daripada yang lain, tetapi prioritas penggunaanlah yang lebih diutamakan atau didahulukan secara berjenjang mulai dari peraturan perundang-undangan atau hukum tertulis, kemudian hukum kebiasaan dan seterusnya ke bawah. Namun yang harus diingat, meskipun peraturan perundang-undangan atau hukum tertulis sebagai sumber hukum lebih diutamakan penggunaannya, bukan berarti sumber penemuan hukum yang lain boleh diabaikan begitu saja. Karena pada prinsipnya semua sumber-sumber hukum saling melengkapi dan bersinergi satu sama lain.¹⁶⁹

5.7.1. Peraturan Perundang-undangan (Hukum Tertulis).

Pembuatan hukum yang dilakukan secara sengaja oleh badan yang berwenang untuk itu merupakan sumber yang bersifat hukum yang paling utama. Kegiatan dari badan tersebut sebagai kegiatan perundang-undangan, yang menghasilkan substansi yang tidak diragukan lagi keabsahannya, yaitu *ipso jure* (demi hukum). Tindakan yang dapat digolongkan ke dalam kategori perundang-undangan, berbagai ragam, baik yang berupa penambahan peraturan yang sudah ada maupun yang mengubahnya. Hukum yang dihasilkan oleh proses seperti itu disebut sebagai *enacted law*, *statute law* atau hukum yang diundangkan, berhadapan dengan *unenacted law*, *common law* atau hukum yang tidak diundangkan. Dalam bahasa Romawi *jus scriptum* dan *jus non scriptum*.

a. Kelebihan Peraturan Perundang-undangan daripada Sumber-sumber Hukum yang Lain.

Satjipto Rahardjo¹⁷⁰ mengatakan bahwa kelebihan dari peraturan perundang-undangan adalah dalam segi kepastiannya. Kepastian ini dijamin adanya pembuatan hukum yang dilakukan secara sistematis oleh badan-badan yang khusus untuk itu dan teknik-teknik perumusannya yang terpelihara dan dikembangkan secara baik. Inti dari kesemua itu adalah dipakainya bentuk penyampaiannya secara tertulis atau *jus scriptum*. Keadaan yang demikian itu menciptakan jalan perkembangannya sendiri, yaitu berkembangnya peraturan-peraturan dalam bentuknya yang tertulis tersebut, suatu *corpus juris*. Manakala jumlah peraturan itu telah menjadi banyak, maka orang pun berusaha untuk mencari jalan bagaimana dapat menguasai badan perundang-undangan itu dengan baik. Jalan keluar ini disebut kodifikasi.

Sekali pun demikian ada semacam pedoman yang bersifat umum, yaitu agar pengadilan menerima *litera legis* atau tulisan hukum itu sebagai bukti satu-satunya dan yang

¹⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 67.

¹⁷⁰ Satjipto Rahardjo dan Ronny Hanitijo Soemitro, *Op.cit.*, hlm. 83.

menentukan bagi *sententia legis* atau kata-kata/kalimat hukum tersebut. Interpretasi oleh badan tersebut hendaknya dimulai dari pengandaian bahwa pembuat undang-undang telah mengutarakan apa yang dimaksud dan menyatakan maksudnya sebagaimana diutarakannya. Prinsip interpretasi yang pertama, dengan demikian adalah *ita scriptum est*. Para hakim hendaknya mulai dengan kepercayaan dan tidak dengan kecurigaan, bahwa *sententia legis* itu tidak teruraikan secara lengkap dan jelas. Konsep interpretasi yang demikian itu sangat mirip dengan yang diajukan oleh Paul Scholten.

b. Perundang-undangan Diprioritaskan daripada Sumber-sumber Hukum yang Lain

Dalam ajaran hukum, peraturan perundang-undangan diprioritaskan dari sumber-sumber hukum yang lain. Apabila hendak mencari hukumnya arti suatu kata, maka dicarilah terlebih dahulu dalam peraturan perundang-undangan, karena peraturan perundang-undangan bersifat otentik dan berbentuk tertulis yang lebih menjamin kepastian hukum. Misalnya apabila hendak mencari arti kata “kontrak”. Apa yang dimaksud dengan kata kontrak? Tidak sedikit yang menjawab, bahwa kontrak itu adalah perjanjian tertulis, apabila dengan mendasarkan pada pendapat Subekti (doktrin), jadi itu adalah pendapat doktrin. Namun kata “kontrak” itu dapat dijumpai pada KUHPerdara Buku III Bab II yang menyebutkan bahwa: Perikatan yang lahir dari perjanjian atau kontrak. Perjanjian (kontrak) yang diatur dalam Bab II itu tidak ada pasal yang secara tegas memberi definisi tentang kontrak. Akan tetapi perjanjian-perjanjian yang diatur dalam Bab II itu adalah perjanjian *obligatoir*.

Semua kontrak adalah perjanjian, namun tidak semua perjanjian adalah kontrak. Jadi menurut ajaran hukum, kontrak bukan perjanjian tertulis. Walaupun hanya dapat disimpulkan dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Bab II, karena tidak ada definisi yang tegas mengenai kontrak, namun Kitab Undang-Undang Hukum Perdata lebih otentik daripada doktrin (pendapat). Undang-undang merupakan sumber penemuan hukum yang penting dan utama, akan tetapi perlu diingat bahwa undang-undang dengan hukum tidaklah identik. Tidaklah mudah membaca undang-undang, karena tidak hanya sekedar membaca bunyi kata-kata saja (*naarde letter van de wet*) namun harus pula mencari arti, makna dan tujuan undang-undang tersebut. Kecuali itu, apa yang di dalam undang-undang berlaku sebagai hukum bagi peristiwa konkrit tertentu, tidak secara langsung dapat dilihat dengan mudah dalam undang-undang. Di sini masalahnya bukanlah mengetahui atau hafal isi undang-undangnya, namun masalahnya adalah bagaimana caranya menggunakan undang-undang. Oleh karena itu membaca undang-undang tidaklah cukup membaca pasal-pasal nya saja, akan tetapi harus pula membaca penjelasan dan konsideran undang-undang itu.

Bahkan, mengingat bahwa hukum itu adalah suatu sistem, maka untuk memahami suatu pasal dalam undang-undang atau untuk memahami suatu undang-undang, sering harus dibaca juga pasal-pasal yang lain dalam undang-undang itu atau peraturannya perundang-undangan yang lain. Undang-undang tidak boleh diinterpretasikan bertentangan dengan undang-undang itu sendiri (*contra legem*). Lebih-lebih apabila undang-undang itu cukup jelas. Bandingkan hal ini dengan KUHPerdara Pasal 1342 asas *sens clair*, yang menentukan bahwa apabila kata-kata dalam suatu perjanjian itu jelas tidaklah diperkenankan untuk menyimpang dengan jalan interpretasi. Sebagai contoh misalnya putusan bebas dalam perkara pidana tidak dapat dimintakan banding (Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana Pasal 67), kasasi (Pasal 244) atau peninjauan kembali Pasal 263 ayat (1). Sudah cukup jelas bahwa terhadap putusan bebas tidak terbuka upaya hukum lagi. Jadi, apabila putusan bebas diterima dalam tingkat peninjauan kembali untuk diperiksa dan diputus, berarti *contra legem* (bertentangan dengan undang-undang). Bacalah putusan peninjauan kembali terhadap putusan kasasi dalam kasus Pakpahan yang membebaskan terdakwa; Putusan MA no. 395/K/Pid./1995, yang ditinjau kembali dengan Putusan MA no. 55/PK/Pid./1996. Apakah rasionya putusan bebas tidak boleh dimintakan banding, kasasi ataupun peninjauan kembali? Hakim adalah manusia yang tidak luput dari kesalahan atau kekhilafan. Tidak mustahil hakim berbuat salah dalam memeriksa dan memutus suatu perkara. Hakim menganggap dalam memeriksa perkara itu terdakwa terbukti bersalah, padahal alat buktinya kurang. Seharusnya diputus bebas namun dijatuhi hukuman berat, seharusnya dihukum ringan namun dihukum berat. Hakim tidak dapat memperbaiki putusannya sendiri yang telah dijatuhkan itu. Hanya pengadilan yang lebih tinggilah yang dapat memperbaiki atau mengoreksi putusan yang telah dijatuhkan oleh hakim pengadilan yang lebih rendah. Seandainya hakim salah atau khilaf dalam memutus perkara, maka hakim pada pengadilan yang lebih tinggi yang dapat memperbaiki atau mengoreksinya. Itupun atas permohonan banding atau kasasi dari terpidana. Sebaliknya seandainya hakim memutus bebas dan putusannya itu keliru, maka kekeliruan hakim itu tidak sepatutnya ditanggung oleh terdakwa, dengan membuka kemungkinan pihak kejaksaan untuk mengajukan banding, kasasi, ataupun peninjauan kembali yang akan merugikan bagi terdakwa yang diputus bebas. Ada *adagium* (peribahasa hukum) *in dubio pro reo*, yang berarti bahwa apabila hakim ragu-ragu, maka hakim harus memutus sedemikian rupa sehingga menguntungkan terdakwa. Bahkan ada ungkapan, lebih baik membebaskan orang yang bersalah daripada menghukum orang yang tidak bersalah.

5.7.2. Hukum Kebiasaan (Hukum tak Tertulis)

Kebiasaan atau tradisi adalah sumber hukum yang tertua, sumber dari mana dikenal atau digali sebagian dari hukum di luar undang-undang, tempat dapat menemukan atau menggali hukumnya. Kebiasaan merupakan tindakan menurut pola perilaku yang tetap, ajeg, lazim, normal atau adat dalam masyarakat atau pergaulan hidup tertentu. Pergaulan hidup itu dapat merupakan lingkungan yang sempit misalnya desa, namun dapat juga luas yang meliputi masyarakat negara yang berdaulat. Perilaku yang tetap atau ajeg berarti merupakan perilaku manusia yang diulang. Perilaku yang diulang itu mempunyai kekuatan normatif, mempunyai kekuatan mengikat. Karena diulang oleh orang banyak, maka mengikat orang-orang lain untuk melakukan hal yang sama, karena menimbulkan keyakinan atau kesadaran, bahwa hal itu memang patut dilakukan: bahwa itulah yang adat (*die normatieve Kraft des Faktischen*). Keyakinan atau kesadaran itu tidak perlu ada sejak semula melekat pada kebiasaan. Apabila suatu perilaku atau perbuatan itu berlangsung secara ajeg tetap dan terulang, akan timbulah anggapan bahwa memang demikianlah seharusnya. Perlu diingat bahwa ada kebiasaan yang dilakukan bukan karena keyakinan atau kesadaran tetapi karena ikut-ikutan belaka, karena orang lain atau nenek moyang melakukannya, tanpa ada keyakinan bahwa itu patut dilakukan. Yang menjadikan perilaku itu kebiasaan atau adat adalah kepatutan dan bukan unsur terulang atau ajegnya perilaku. Karena dirasakan patut maka kemudian diulang. Patut atau tidaknya itu bukan karena pendapat seseorang tetapi pendapat masyarakat. Setiap daerah, setiap golongan mempunyai kebiasaannya sendiri-sendiri yang berbeda satu sama lain. Kebiasaan tidak hanya berbeda di setiap tempat, tetapi juga mudah berubah misalnya, mode atau *fashion*. Ada hubungan yang erat antara kebiasaan dengan sopan santun. Meskipun dikatakan bahwa kebiasaan merupakan sumber hukum yang tertua, namun dalam perkembangannya pernah undang-undang adalah satu-satunya sumber hukum.¹⁷¹ Ada yang mengatakan bahwa Indonesia adalah gudangnya kebiasaan.

Sebelum tahun 1800, sebagian besar hukum yang digunakan adalah hukum kebiasaan.¹⁷² Menurut Hart keadaan waktu itu masyarakat baru ada 2 (dua) model, yakni masyarakat dengan tatanan aturan-aturan kewajiban primer dan kewajiban sekunder. Pada tatanan primer pedoman perilaku yang dibutuhkan masih sangat sederhana dan mampu dicukupi oleh norma-norma yang bersifat elementer, baik pada isinya maupun pada bentuknya. Norma-norma pada tatanan seperti itu sangatlah dekat dengan kenyataan dalam

¹⁷¹ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.*, hlm. 97.

¹⁷² Sudikno Mertokusumo 2, 1993, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 9.

kehidupan sehari-hari (tidak seperti halnya pada perundang-undangan), dan waktu itu belum ada usaha-usaha secara sadar untuk membuat pedoman perilaku dalam bentuk yang formal definitif yaitu secara tertulis.¹⁷³

Menurut Fitzgerald, kebiasaan bagi masyarakat adalah hukum bagi negara. Keduanya tidak saling meniadakan, masing-masing merupakan ekspresi dan perwujudan asas-asas hukum dan keadilan menurut pandangan dan kemampuan manusia. Perbedaannya terletak pada hukum yang membedakan asas-asas tersebut bukan melalui kekuasaan negara, melainkan melalui penerimaan dan persetujuan pendapat umum masyarakat keseluruhannya.¹⁷⁴ Jadi apabila ternyata dalam peraturan perundang-undangan tidak ada ketentuannya atau jawabannya, maka barulah mencari dalam hukum kebiasaan atau kearifan lokal. Hukum kebiasaan adalah hukum yang tidak tertulis, untuk menemukannya adalah dengan cara menanyakan kepada tokoh masyarakat atauarganya yang dianggap mengetahui tentang kebiasaan masyarakat setempat. Kebiasaan adalah perilaku yang diulang-ulang, hanya kebiasaan yang mengikat yang mempunyai kekuatan hukum. Dalam hal ini perilaku itu harus diulang yang berlangsung untuk beberapa waktu lamanya, berulang-ulang (*longa et inveterata consuetudo*) dan harus menimbulkan keyakinan umum (*opinio necessitaris*) bahwa perilaku itu memang patut secara obyektif dilakukan, dengan berkeyakinan melakukannya itu merupakan kewajiban hukum (*die normatieve Kraft des Faktischen*/kekuatan normatif dari perilaku yang diulang).

Pasal 15 AB: Setiap pengecualian-pengecualian yang ditetapkan mengenai orang-orang Indonesia dan orang-orang yang dipersamakan, maka kebiasaan tidak merupakan hukum kecuali apabila undang-undang menetapkan demikian. Di sini kebiasaan diakui tetapi apabila undang-undang menunjuknya. Hukum kebiasaan pada umumnya melengkapi peraturan perundang-undangan dan tidak dapat mengesampingkannya. Selanjutnya Undang-Undang No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 28 ayat (1). Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Namun dalam keadaan tertentu hukum kebiasaan dapat mengalahkan peraturan perundang-undangan yang bersifat pelengkap.

5.7.3. Yurisprudensi

Apabila ternyata dalam hukum kebiasaan tidak ada ketentuannya atau jawabannya, maka barulah mencari dalam yurisprudensi. Yurisprudensi sebagai sumber hukum, tidak

¹⁷³ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 139.

¹⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 140.

berarti bahwa hakim terikat pada putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah diputuskan. Sebab B.W. Pasal 1917 menyebutkan bahwa suatu putusan pengadilan itu hanya mengikat pihak-pihak yang bersangkutan dan tidak mengikat hakim lain yang akan memutus perkara atau peristiwa yang serupa. Lain halnya di sementara negara yang menganut asas *the binding force of precedent* atau *stare decisis* maka putusan pengadilan tidak hanya mengikat para pihak namun juga mengikat hakim. Sifat terikat pada *precedent* pada hakekatnya adalah sifat pada setiap peradilan. Tepatlah kata Blackstone bahwa asas tersebut bertujuan *to keep the scale of justice even and steady and not liable to waver with every new judge's opinion.*¹⁷⁵

Menurut Bagir Manan di Indonesia hakim tidak perlu mengikuti putusan-putusan terdahulu mengenai perkara sejenis. Oleh karena itu Indonesia pada dasarnya hakim tidak terikat *precedent* atau putusan hakim terdahulu mengenai perkara atau persoalan hukum yang serupa dengan apa yang akan diputuskan.¹⁷⁶ Akan tetapi dalam kenyataannya tidak sedikit hakim berkiblat pada putusan-putusan tetap atau *vaste jurisprudentie* pengadilan yang lebih tinggi terutama Mahkamah Agung mengenai perkara yang serupa dengan perkara yang akan diputuskannya. Hal ini tidak mengherankan, karena dengan adanya kemungkinan diajukannya kasasi ke Mahkamah Agung, maka hakim dari tingkat pengadilan yang lebih rendah cenderung untuk menghormati putusan Mahkamah Agung. Lagi pula janggal kedengarannya apabila peristiwa yang serupa diputus berlainan, kalau pengadilan rendah katakanlah Pengadilan Negeri misalnya menjatuhkan putusan yang berlainan atau bertentangan dengan putusan Mahkamah Agung atau Pengadilan Tinggi atau putusannya sendiri mengenai perkara yang sejenis. Apabila terjadi suatu perkara diputuskan berlainan atau bertentangan dengan putusan yang mendahuluinya mengenai perkara yang serupa, maka akan timbul reaksi atau setidak-tidaknya rasa kecewa atau celaan dari masyarakat, kecuali tentunya kalau masyarakat atau panggilan jaman menghendaki putusan yang berlainan dengan putusan yang telah ada mengenai perkara yang sejenis.¹⁷⁷ Bahwasanya perkembangan masyarakat atau jaman mempunyai pengaruh pada putusan pengadilan, oleh Cordoso dikatakan sebagai berikut: *My duty as judge say be to objectify in law, not my own aspirations and convictions and philosophies, but the aspirations and convictions and philosophies of the men and women of my time. Hardly shall I do this well if my own sympathies and beliefs and passionate devotions are with a time that is past.* Kalau tiap kali

¹⁷⁵ Sidikno Mertokusumo 2, *Op.cit.* hlm. 39.

¹⁷⁶ Bagir Manan, 1995, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, LPPM, UNISBA, Bandung, hlm. 30.

¹⁷⁷ Sidikno Mertokusumo 3, 1988, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 163.

ada putusan yang berlainan mengenai perkara sejenis, maka tidak ada kepastian hukum. Tetapi sebaliknya kalau hakim terikat mutlak pada putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah diputuskan maka hakim tidak bebas untuk mengikuti perkembangan masyarakat melalui putusan-putusannya. Yahya Harahap dalam hal ini menambahkan 2 (dua) syarat dalam yurisprudensi, yakni:

- a. Berisi terobosan hukum;
- b. Diikuti oleh para hakim maupun masyarakat pada umumnya.

Kata yurisprudensi mengandung beberapa pengertian; a. setiap putusan hakim; b. kumpulan putusan hakim yang disusun secara sistematis dari tingkat peradilan pertama sampai pada tingkat kasasi dan pada umumnya diberi *anotatie* (anotasi, catatan dengan keterangan/penjelasan) oleh yuris dibidang peradilan.

Di samping itu di lingkungan peradilan juga dikenal yurisprudensi tetap, apabila suatu kaedah atau ketentuan dalam suatu keputusan kemudian diikuti secara *constant* (tetap/terus-menerus) oleh para hakim dalam putusannya dan dapat dianggap menjadi bagian dari keyakinan hukum umum, maka dikatakan bahwa terhadap masalah hukum tersebut telah terbentuk yurisprudensi tetap. Pada "putusan-ulangnya" kaedah hukum dalam suatu putusan oleh suatu yurisprudensi tetap akan memperkuat wibawa kaedah hukum tersebut. Contohnya adalah yurisprudensi tetap yaitu putusan *Hoge Raad* 31 Januari 1919. Perlu diingat bahwa yurisprudensi berbeda dengan *jurisprudence* yang berarti ilmu hukum. Contoh yurisprudensi sebagai sumber hukum dapat dikemukakan mengenai *fiducia* (kepercayaan/hal mempercayakan milik kepada orang lain). Dalam hal gadai, apabila benda gadai dibiarkan tetap dalam kekuasaan yang berhutang (peminjam barang) atau pemberi gadai adalah tidak sah (KUHPerdara Pasal 1152) oleh karena itu *fiducia* sering disebut dengan gadai yang terlarang. Akan tetapi dalam hal *fiducia*, barang jaminan (gadai) boleh berada di tangan peminjam uang (pemberi jaminan). Semula hal itu merupakan hukum kebiasaan, namun kemudian dituangkan atau dikuatkan dalam yurisprudensi, yaitu *Hoge Raad* 25 Januari 1929 (*Bierbrouwerijarrest: Haan versus N.V. Heinekens Bierbrouwerij Maatschappij, N.J. 1929*, hlm. 616: "Peralihan *eigendom* untuk jaminan dengan *constitutum, possessorium (fiducia)* dibolehkan). Di samping itu juga *Hooggerechtshof* 18 Agustus 1932 (*Bataafse Petroleum Maatschappij versus Pedro Clignet, T (Indische Tijdschrift van het Recht)*, 136: 311). Menurut putusan Mahkamah Agung 1 September 1971 *fiducia* yang dianggap sah hanyalah sepanjang mengenai benda bergerak saja (Y.I., 1972: 378). Kemudian dengan dikeluarkan Undang-Undang No. 16 tahun 1985 tentang Rumah Susun

maka benda tetap (rumah susun berikut tanah tempat bangunan itu berdiri) dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani *fiducia* (Undang-Undang No. 16 tahun 1985 tentang Rumah Susun, Pasal 12). Di samping itu juga mengenai “beli sewa” yang tidak diatur dalam perundang-undangan ditemukan dasar hukumnya dalam Putusan Mahkamah Agung 18 Desember 1967 (*Jordaan versus Auto handel maatschappij*: Chidir Ali, 1981: 436). Demikian juga dengan “janda”, semula janda hanya sebagai pihak yang berhak atas warisan (*erfgerechtigde*): Raad van Justitie Jakarta 26 Mei 1929, (*Indische Tijdschrift van het Recht*, 151: 193). Kemudian kedudukannya menjadi ahli waris (putusan kasasi Mahkamah Agung 13 April 1960, H & M, 1962 No. 4 - 5: 228). Tempat mencari yurisprudensi atau putusan-putusan pengadilan adalah di pengadilan. Di samping itu sudah banyak putusan-putusan pengadilan yang telah dipublikasi dalam buku kumpulan yurisprudensi antara lain oleh Mahkamah Agung.¹⁷⁸

Yurisprudensi sebagai salah satu sumber hukum dalam dunia peradilan, pada hakekatnya berfungsi sebagai berikut:

1. Menegakkan adanya standar hukum yang sama dalam kasus/perkara yang sama atau serupa, di mana undang-undang tidak mengatur atau belum mengaturnya;
2. Menciptakan rasa kepastian hukum di masyarakat dengan adanya standar hukum yang sama;
3. Menciptakan adanya kesamaan hukum serta sifat dapat diperkirakan (*predictable*) pemecahan hukumnya;
4. Mencegah terjadinya kemungkinan disparitas (perbedaan) dalam berbagai putusan hakim pada kasus yang sama, sehingga apabila terjadi perbedaan putusan antar hakim, maka jangan sampai menimbulkan disparitas, namun hanya sebagai variabel secara kasuistik (*case by case*).¹⁷⁹

5.7.4. Traktat atau Perjanjian Internasional (*Treaty*).

Traktat adalah perjanjian yang diadakan oleh 2 (dua) negara atau lebih -bilateral atau multilateral- mengenai sesuatu hal. *Bi (s)* (bahasa Latin) sama dengan 2 (dua) kali, *latus* (bahasa Latin) sama dengan pihak. Bilamana traktat multilateral memberi kesempatan kepada negara-negara yang pada permulaan tidak turut mengadakannya, kemudian menjadi pihaknya disebut *kollektief verdrag* atau *open verdrag* atau traktat terbuka, misalnya

¹⁷⁸ Sudikno Mertokusumo 2, *Op.cit.*, hlm. 53

¹⁷⁹ Paulus Effendie Lotulung, 1994, *Yurisprudensi dalam Perspektif Pengembangan Hukum Administrasi di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Pakuan, Bogor.

Piagam (*Charter*) Perserikatan Bangsa-Bangsa, traktat tentang pertahanan bersama negara-negara Eropa (*NATO*) yang diikuti oleh beberapa negara Eropa. Banyak istilah-istilah yang digunakan untuk traktat, misalnya; *charter, covenant, pact, statute, convention, act, protocol* dan lain sebagainya.

Traktat mengikat negara-negara yang mengadakannya, yang disebut *Pacta Sunt Servanda* artinya setiap perjanjian harus ditaati/dipatuhi atau ditepati. Traktat juga mengakui *primat* hukum internasional, artinya mengakui hukum internasional lebih tinggi derajatnya daripada derajat hukum nasional.¹⁸⁰

Traktat memuat hukum yang berlaku pada wilayah masing-masing pihaknya, maka dari itu untuk tata hukum nasional maupun hukum internasional, traktat merupakan sumber hukum dalam arti formal. Oleh karena Indonesia adalah negara merdeka yang berdaulat, maka salah satu organ/alat dari pimpinan tertinggi negara -sesuai dengan asas-asas dasar hukum tata negara maupun asas-asas hukum internasional- berkuasa membuat traktat dan persetujuan-persetujuan dengan negara lain. Organ negara itu berdasar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 pada Pasal 11 ayat (1): Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain. Pasal 11 ayat (3): Ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dengan undang-undang.

Kekuasaan (wewenang) mengadakan perjanjian dengan negara lain -dengan persetujuan DPR- adalah di tangan presiden sebagai kepala pemerintahan, adapun tahap-tahapnya sebagai berikut:

1. Penetapan atau *sluiting*;
2. Persetujuan masing-masing dewan perwakilan rakyat (parlemen) dari pihak yang bersangkutan;
3. Ratifikasi atau pengesahan oleh masing-masing kepala negara;
4. Pelantikan/pengumuman atau *afkondiging*.¹⁸¹

Tidak jelasnya bagaimana bentuk traktat itu, namun mengingat bahwa traktat itu dibuat presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat maka dapatlah disimpulkan bahwa berkekuatan sama dengan undang-undang. Sebaliknya berhubung tidak ditetapkan dengan tegas dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 pada

¹⁸⁰ Utrecht, *Op.cit*, hlm. 457.

¹⁸¹ *Ibid*, hlm. 120.

Pasal 11 maka tidak ada keharusan bagi Dewan Perwakilan Rakyat untuk membuatnya dengan bentuk undang-undang.

Mengingat pembuatan traktat ini ada surat Presiden kepada Ketua Dewan Perwakilan Rakyat tanggal 22 Agustus 1960 No. 2826/HK/60 tentang Pembuatan Perjanjian dengan Negara lain, yang tembusannya dikirim kepada Menteri Luar Negeri, Menteri Kehakiman, Menteri Penghubung DPR/MPR. Menurut surat Presiden No. 2826/HK/60 tersebut, yang dimaksud dengan perjanjian menurut Pasal 11 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 hanyalah perjanjian yang terpenting saja, yaitu yang mengandung soal-soal politik, dan lazimnya dikehendaki berbentuk traktat. Apabila tidak dibatasi demikian, pemerintah tidak cukup keleluasaan bergerak untuk menjalankan hubungan internasional dengan sewajarnya, sebab untuk setiap perjanjian walaupun mengenai hal yang kecil harus memperoleh persetujuan terlebih dulu dari Dewan Perwakilan Rakyat. Dalam hal ini perjanjian antar negara dibedakan antara *treaties* yaitu perjanjian terpenting dan *agreement* yaitu perjanjian yang lain.

Traktat pada umumnya mengandung materi:

1. Soal-soal politik atau soal-soal yang dapat mempengaruhi haluan politik luar negeri misalnya perjanjian persahabatan, perjanjian persekutuan, perjanjian tentang perubahan wilayah.
2. Ikatan-ikatan yang sedemikian rupa yang mempengaruhi haluan politik luar negeri misalnya perjanjian kerjasama ekonomi dan teknis atau pinjaman uang.
3. Soal-soal yang menurut konstitusi atau sistem perundang-undangan kita diatur dengan undang-undang, misalnya tentang kewarganegaraan, soal kehakiman.

Dalam bidang hukum, perjanjian internasional dapat berupa perjanjian ekstradisi pelaku kejahatan, kerjasama dalam menyampaikan dokumen-dokumen serta bukti-bukti perkara dalam pengadilan, dan lain sebagainya.

Agreement adalah perjanjian yang mengandung materi lain yang akan disampaikan kepada Dewan Perwakilan Rakyat hanya untuk diketahui setelah disahkan oleh Presiden. *Agreement* ini diberi bentuk keputusan presiden, yang mulai dikenal sejak adanya surat Presiden No.2262/HK/59, surat Presiden No. 2775/HK/59, dan surat Presiden No.

3639/HK/59 dan luput dari peninjauan berdasar TAP MPRS No. XIX/MPRS/1966 dan TAP MPRS No. XXXIX/MPRS/1968.¹⁸²

5.7.5. Doktrin

Doktrin adalah pendapat yuris yang mempunyai pengaruh dalam perkembangan dan praktek hukum, yang biasanya dijadikan sebagai acuan bagi hakim maupun pemangku hukum lainnya dalam mengambil suatu keputusan. Batasan atau pengertian hukum yang terlalu umum, tidak lengkap atau tidak jelas dalam peraturan perundang-undangan, maka doktrin akan melengkapi dan menjelaskan.

Doktrin juga merupakan sumber hukum.

Apabila peraturan perundang-undangan tidak memberi jawaban dan tidak pula ada putusan pengadilan mengenai perkara sejenis yang akan diputuskan, maka hakim akan mencari jawabannya dari pendapat para yuris. Misalnya mengenai definisi perjanjian yang terdapat pada KUH Perdata Pasal 1313, definisi tersebut tidak jelas karena terlalu umum, maka doktrin membantu dengan memberi batasan tentang perjanjian. Ilmu hukum adalah sumber hukum tetapi ilmu hukum bukanlah hukum karena tidak mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum seperti undang-undang. Meskipun tidak mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum, namun tidak berarti bahwa ilmu hukum itu tidak mempunyai wibawa. Ilmu hukum mempunyai wibawa karena mendapat dukungan dari para yuris, ilmu hukum kecuali mempunyai wibawa juga obyektif sifatnya. Putusan pengadilan harus obyektif dan berwibawa pula, oleh karena itu tidak jarang ilmu hukum digunakan oleh hakim dalam putusannya sebagai dasar pertimbangan untuk mempertanggungjawabkan putusannya. Apabila ilmu hukum itu dimuat dan dipertahankan dalam putusan pengadilan, ilmu hukum itu adalah hukum. Oleh karena itu ilmu hukum adalah sumber hukum. Mengenai pendapat para yuris dan ilmu hukum ini, di dalam sejarah pernah dikenal adanya pendapat umum yang mengatakan bahwa orang tidak boleh menyimpang dari *communis opinio doctorum* (pendapat para yuris), berarti pendapat para yuris berkekuatan mengikat. Dikenal pula adanya *rechtsboek* atau kitab hukum, yaitu tulisan para yuris yang menguraikan tentang hukum kebiasaan. Ketika undang-undang belum berperan, maka *rechtsboek* sedemikian

¹⁸² Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.*, hlm. 101.

besar peranannya sehingga dipakai oleh hakim. Beberapa dari *rechtsboek* itu di antaranya *Grand Coutumierde Normandie* (abad XIII) dan *Saksenpiegel* (tahun 1230).¹⁸³

Di Inggris pada abad Pertengahan tulisan-tulisan dari beberapa yuris mempunyai kekuatan mengikat bagi hakim. Tulisan-tulisan ini disebut *books of authority* dan di antaranya adalah *Commentaries on the laws of England* dari Sir William Blackstone (1723 – 1780).

Dalam hukum antar negara doktrin diakui sebagai sumber hukum. Pasal 38 ayat (1) d, *Statute of the International Court of Justice* berbunyi: *The court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it shall apply subject to the provisions of article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.* Yang dimaksud dengan *the teachings of the most highly qualified publicists* tidak lain adalah doktrin. Pasal 59 yang disebut dalam Pasal 38 tersebut di atas menentukan bahwa putusan Mahkamah Internasional tidak mempunyai kekuatan mengikat kecuali bagi para pihak. Di Indonesia dalam hukum Islam dijumpai banyak ajaran-ajaran Imam Safe'i yang digunakan oleh hakim pada Pengadilan Agama dalam putusan-putusannya.

5.7.6. Putusan Desa

Putusan desa merupakan penetapan administratif oleh hakim perdamaian desa. *HIR* Pasal 120 a atau *RBg* Pasal 143 a mengatur tentang hakim perdamaian desa, namun berdasarkan Undang-Undang Darurat No. 1 tahun 1951, ketentuan tersebut dinyatakan tidak berlaku lagi. Putusan desa bukan lembaga eksekutif, sehingga hakim peradilan umum tidak berwenang untuk menilai dengan membatalkan atau mengesahkannya.¹⁸⁴

5.7.7. Perilaku Masyarakat

Hukum tidak hanya berwujud norma saja, namun dapat berwujud perilaku. Pada perilaku manusia terdapat hukumnya, dari perilaku manusia maka lahir hukum. Jadi perilaku masyarakat baik yang bersifat aktif (perbuatan konkrit) maupun perilaku masyarakat yang bersifat pasif misalnya sikap (iktikad) merupakan sumber hukum. Perilaku manusia itu didorong oleh kepentingan manusia, sedangkan kepentingan manusia merupakan obyek

¹⁸³ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 75.

¹⁸⁴ M.A. 3 Mei 1969 No. 350 K/Sip/1968, *J.I. (Jurisprudensi Indonesia)* Pen.VI/69, hlm. 126; M.A. 11 Maret 1970 No. 319 K/Sip/1969, *J.I (Jurisprudensi Indonesia)* Pen.III/70, hlm. 66; M.A. 3 Nop. 1981 No. 383 K/Sip/1971, *J.I (Jurisprudensi Indonesia)* Pen.III/70, hlm. 39.

perlindungan hukum. Oleh karena itu tidak boleh dilupakan bahwa kepentingan manusia juga merupakan sumber hukum. Putusan-putusan pengadilan ini lebih dikenal dalam sistem hukum Anglo Saxon atau *common law system* sejumlah besar *jus non scriptum* yang membentuk *common law system* itu terdiri dari hampir seluruhnya dari hasil-hasil keputusan pengadilan. Hasil-hasil ini dihimpun ke dalam sejumlah sangat besar laporan-laporan hukum yang sudah dimulai sejak akhir abad XIII. Keadaan ini dimungkinkan karena sistemnya menganut asas *decisis* yang artinya adalah berhenti pada atau mengikuti keputusan-keputusan. Apabila muncul suatu situasi atau serangkaian fakta-fakta seperti yang pernah terjadi sebelumnya, maka keputusan yang akan diterapkan oleh pengadilan dapat diharapkan sama dengan keputusan yang dijatuhkan pada waktu itu. Karakteristik dari sistem yang demikian ini dapat dilihat pada rumusan hakim Oliver Wendell Holmes tentang hukum yang kemudian dikenal sebagai *Holmesian Dictum* berikut ini: *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*

Salah satu esensi dari doktrin dalam *common law system* adalah bahwa ketentuan-ketentuan hukum itu dikembangkan dalam proses penerapannya. Hal ini berarti bahwa ini merupakan hasil karya dari para hakim dan bukan dari para yuris yang lain misalnya yuris yang menjadi dosen. Sebaliknya karya-karya hakim itu hanya diakui sebagai hukum manakala ia dihasilkan dalam suatu proses pengadilan. Pendapat seorang hakim yang dinyatakan di luar tugas mengadili bukan merupakan ketentuan hukum yang sah.¹⁸⁵

Putusan hakim itu terdiri kepala putusan yang berbunyi: Demi Keadilan berdasarkan ke-Tuhanan yang Maha Esa, identitas para pihak atau terhukum, *considerans* atau pertimbangan tentang duduk perkaranya dan *considerans* tentang hukumnya dan bagian terakhir adalah *dictum* (amar putusan), yang meliputi bagian yang disebut deklaratif dan dispositif. Perkara perdata lazimnya pertimbangan tentang duduk perkaranya diuraikan terpisah dari pertimbangan tentang hukumnya, sedangkan dalam perkara pidana kedua pertimbangan itu terjalin menjadi satu. Dalam bagian deklaratif dari amar putusan diuraikan tentang hubungan hukum atas peristiwa hukumnya, sedangkan dalam bagian dispositif diuraikan tentang pokok putusannya. Tidak seluruh bagian putusan mempunyai kekuatan mengikat. Manakah bagian dari putusan itu yang mempunyai kekuatan mengikat? Perlu diketahui -untuk menjawab pertanyaan tersebut- bahwa putusan hakim itu merupakan penyelesaian perkara, namun sekali gus juga merupakan penetapan norma hukum untuk waktu yang akan datang. Sebagai penyelesaian perkara maka putusan itu hanya mengikat

¹⁸⁵ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.* hlm. 98.

atau berlaku bagi para pihak atau terhukum saja, dan terutama bagian *dictum* itulah yang mengikat para pihak atau terhukum, baik yang deklaratif maupun yang dispositif; ini berarti bahwa para pihak harus mematuhi dan melaksanakan bunyi *dictum*.

Putusan sebagai penetapan norma hukum untuk waktu mendatang merupakan pedoman bagi hakim lain di kemudian hari untuk memutus perkara yang serupa dengan putusan tersebut (*stare decisis*). Dalam sistem Anglo Saxon kecuali bagian-bagian yang telah diuraikan di atas suatu putusan dapat mengandung pandangan atau pertimbangan yang bersifat sepintas lalu, tidak relevan, yang tidak secara langsung mengenai pokok pikiran yang diajukan (*obiter dictum*), dan pandangan atau pertimbangan yang mengenai pokok perkara secara langsung (*ratio decidendi*). Jadi suatu putusan dapat mengandung pertimbangan atau alasan yang tidak secara langsung mengenai pokok perkara dan secara langsung mengenai pokok perkara. Apabila putusan dilihat sebagai penetapan norma hukum, maka yang mengikat adalah pertimbangan atau alasan yang secara langsung mengenai pokok perkara yaitu norma hukum yang merupakan dasar *dictum* putusan (*ratio decidendi*). Pertimbangan-pertimbangan mengenai peristiwa konkrit atau pertimbangan-pertimbangan hukum yang tidak relevan (*obiter dictum*) maka tidaklah mengikat.¹⁸⁶

Sementara itu dalam proses penetapan hukum tersebut, seorang hakim juga dapat menyatakan berbagi pendapat yang tidak langsung berhubungan dengan persoalan yang sedang dihadapi. Misalnya akan memberikan ilustrasi mengenai penalaran hukum pada umumnya dan menyebut situasi yang bersifat hipotetik dan hukum yang seharusnya dikenakan terhadap situasi tersebut. Oleh karena masalah yang disebut-sebut itu tidak langsung berhubungan dengan persoalan yang dihadapi antara pihak yang berkepentingan, maka tidak adil apabila kepadanya diberikan bobot yang sama dengan keputusan yang sesungguhnya. Namun diakui bagaimanapun *obiter dictum* itu mempunyai nilainya sendiri dalam rangka keseluruhan proses penerapan yang berjalan, terlebih lagi bagi penelitian dan ilmu hukum itu sendiri.

5.8. Hukum menurut wujudnya, hukum subyektif dan hukum obyektif atau hak dan peraturan hukum.

¹⁸⁶ Sudikno Mertokusumo 2, *Op.cit.*, hlm. 54.

Leon Duguit menyatakan bahwa pengertian hukum subyektif adalah pengertian metafisika yang tidak termasuk dalam pengertian hukum positif.¹⁸⁷

Hukum subyektif adalah peraturan hukum yang dihubungkan dengan seseorang yang tertentu dan dengan demikian menjadi hak, sedangkan yang lain menjadi kewajibannya.¹⁸⁸ Hukum subyektif adalah hak yang diberikan oleh hukum obyektif.¹⁸⁹

Hukum obyektif adalah peraturan hukumnya. Dengan perkataan lain, hukum subyektif timbul jika hukum obyektif beraksi, karena hukum obyektif yang beraksi itu melakukan 2 (dua) pekerjaan: pada satu pihak memberikan hak dan pada lain pihak meletakkan kewajiban. Kedua unsur tersebut, yakni pada satu pihak diberikan hak oleh hukum obyektif pada pihak lain kewajiban yang mengikutinya, dijumpai pada setiap hubungan hukum. Jika berdasarkan hubungan hukum yang terdapat antara pembeli dan penjual, pembeli wajib membayar harga barang pada penjual, maka terkandung di dalamnya bahwa penjual berhak menuntut uang penjualan dari pembeli.¹⁹⁰

Hukum subyektif adalah hukum yang timbul dari hukum obyektif yang berlaku terhadap beberapa orang atau hanya berlaku terhadap seseorang saja. Hukum subyektif adalah hukum yang menyatakan hubungan yang diatur oleh hukum obyektif ini di mana seseorang mempunyai hak, sedangkan yang lain berkewajiban terhadap sesuatu. Hukum subyektif, disebut pula hak.

Hukum obyektif adalah peraturan-peraturan hukum dalam suatu negara yang secara umum berlaku tanpa ada keistimewaan orang tertentu atau golongan tertentu. Hukum obyektif hanya berisi peraturan hukum yang mengatur hubungan antara sesama manusia di dalam masyarakat. Hukum obyektif adalah hukum yang menyatakan norma atau peraturan yang mengatur hubungan antara 2 (dua) orang atau lebih, sebab hal itu berlaku umum tidak tidak menyangkut subyek tertentu.

Dalam kedua pengertian ini dipakai juga bahasa Latin *jus* dan perkataan-perkataan *droit* dan *dirrito*. Berlainan dengan bahasa Inggris, *right* dan *law*. Demikian juga dalam bahasa Indonesia, menggunakan kata "hak" dan kata "hukum". Di sini tidak mungkin terdapat kekacauan dari 2 (dua) pengertian tersebut. Namun harus diperhatikan terhadap

¹⁸⁷ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 48.

¹⁸⁸ *Ibid.*, hlm. 42.

¹⁸⁹ *Ibid.*, hlm. 43.

¹⁹⁰ *Ibid.*

kekacauan lain, kekacauan antara *law* yang artinya hukum, dan *a law* yang artinya undang-undang.¹⁹¹

Istilah hukum subyektif dan hukum obyektif mulai dipakai di Jerman pada permulaan abad XIX, Carl Theodor Welcker, 1813, *Die letzten Grunde von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, hlm. 4. Walaupun istilah-istilah itu sepanjang masa ditentang oleh sebagian orang, umumnya masih tetap dipakai. Di antara mereka yang menentangnya: Gustav Hugo, 1823, *Lehrbuch der jur. Encyclopaedie*, 7 Aufl, Berlin, hlm. 5. John Austin, 1873, *Lectures on Jurisprudence*, 4th ed, London, hlm. 737. Felix Somlo, 1927, *Jurist. Grundlehre*, Leipzig, hlm. 468. Hora Siccama, *Weekbl. Priv., Not. En Reg. No. 3337*.¹⁹²

5.9. Hukum Substantif dan Hukum Ajektif

Hukum Substantif dan hukum ajektif atau hukum substansial dan hukum formal atau hukum materiil dan hukum formil (hukum acara). Ensiklopedi menjelaskan bahwa: *Substantive law is the part of law which creates defines and regulates right, and ajective law is that part of law which provides a method for enforcing of maintaining rights, or obtaining redrees for their invesion*. Yang secara singkat dijelaskan oleh Zevenbergen bahwa: *Substantive law regulates or rights and duties where ajective law regulates teh method enforcing right and duties*.¹⁹³ Inti dari rumusan di atas bahwa rumusan hukum substantif adalah hak-hak dan kewajiban-kewajiban subyek hukum, sedangkan hukum ajektif memberikan pedoman bagaimana penegakannya atau mempertahankannya dalam praktek, termasuk bagaimana mengatasi pelanggaran terhadap hak-hak dan kewajiban tersebut. Dari uraian itu jelas bahwa perbedaan antara hukum substantif dan hukum ajektif terletak pada yang satu memberi petunjuk, bahkan menjabarkannya yang lain, dalam hal ini substantif dijelaskan oleh hukum ajektif, sehingga perumusannya sebagai berikut: Hukum substantif adalah rangkaian norma yang merumuskan hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari subyek hukum yang terkait dalam hubungan hukum. Hukum ajektif adalah serangkaian norma yang memberi petunjuk dengan jelas tentang bagaimana norma-norma material dari hukum substantif ditegakkan.¹⁹⁴ Hukum material adalah hukum yang berisi norma-norma yang mengatur kepentingan-kepentingan dan hubungan-hubungan yang berupa perintah

¹⁹¹ Sudarsono, *Op.cit.*, hlm. 187.

¹⁹² van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 42.

¹⁹³ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Op.cit.*, dalam Soejono Dirdjosisworo, *Op.cit*, hlm.

¹⁹⁴ *Ibid.* hlm. 205.

atau larangan.¹⁹⁵ Hukum formal adalah peraturan atau norma-norma yang mengatur tata cara upaya yang mempertahankan norma-norma hukum material. Hukum formal sering disebut hukum acara.¹⁹⁶

Maka keduanya adalah komplementer yang saling mengisi, berarti pula bahwa hukum substantif adalah hukum material sedangkan hukum ajektif adalah hukum formal.¹⁹⁷

5.10. Ajaran Hukum dan *Fictie/Fiction* -khayalan/rekaan- Hukum.

Ajaran hukum yang disebut pula ilmu pengetahuan hukum dogmatis atau sistematis ialah pencatatan sistematis dari norma-norma hukum yang berlaku pada waktu tertentu dalam masyarakat tertentu. Sedangkan yang dimaksud norma dalam hal ini ialah pertimbangan-pertimbangan nilai dan pandangan-pandangan tentang hal-hal yang harus dilakukan dan harus ditinggalkan manusia bukan sebagai obyek ilmu pengetahuan. Sebagian norma-norma menjelma dalam perkataan-perkataan (undang-undang, keputusan-keputusan dan sebagainya) atau dalam tindakan-tindakan (kebiasaan-kebiasaan) yang dapat dilihat sebagai kenyataan, dan dapat diuraikan serta ditafsirkan secara ilmiah. Akan tetapi uraian-uraian dan keterangan-keterangan demikian bukanlah tujuan ajaran hukum, norma-norma tidak menghendaki uraian dan keterangan sebab akibat dari peristiwa-peristiwa belaka, akan tetapi ajaran hukum pemberi otoritas norma, ajaran hukum tidak menerangkan secara kausalitas, melainkan menafsirkan secara teleologis (tepat seperti yang dilakukan oleh hakim) yakni dengan tujuan supaya tindakan-tindakan manusia menyesuaikan diri pada perkataan-perkataan dan tindakan-tindakan yang ditafsirkan itu demikian, pertimbangan-pertimbangannya tidak merupakan pertimbangan-pertimbangan secara ilmiah, walaupun diberi bentuk ilmu pengetahuan dan disusun sebagai keseluruhan bulat yang logis. Pertimbangan-pertimbangan secara ilmiah adalah bersifat *explicit* (tegas), mempunyai nilai obyektif serta untuk akal manusia selalu dan di mana-mana sama. Pertimbangan-pertimbangan ajaran hukum adalah pertimbangan-pertimbangan menilai adalah pandangan subyektif bergantung kepada *milieu* (lingkungan pergaulan), keadaan masyarakat dan juga kepada pandangan seseorang atau “perasaan hukum” dari penulis yuris, jadi tidak tetap dan berganti-ganti.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Sudarsono, *Op.cit.*, hlm. 209.

¹⁹⁶ *Ibid.*, hlm. 224.

¹⁹⁷ Soejono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 205.

¹⁹⁸ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 398.

Fictie hukum adalah sesuatu yang khayal atau rekaan (adalah bahwa yang ada dianggap tidak ada, yang tidak ada dianggap ada) yang digunakan di dalam ilmu hukum dalam bentuk kata-kata, istilah-istilah yang berdiri sendiri atau dalam bentuk kalimat yang bermaksud untuk memberikan suatu pengertian hukum.¹⁹⁹ Ajaran tentang *fictie* telah dipahami sejak beberapa ratus tahun silam, akan tetapi hukum modern pun menggunakan ajaran tentang *fictie* ini, yakni: *Burgerlijk Wetboek* (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) Pasal 3 dan Pasal 563.

Pasal 3: Anak yang ada dalam kandungan seorang wanita, dianggap sebagai telah dilahirkan, bilamana kepentingan anak itu menghendakinya. Apabila anak itu mati pada waktu dilahirkan, maka dianggap tidak pernah ada.

Pasal 563: Mengingat tujuannya, maka dimasukkan juga dalam golongan benda tidak bergerak. Misalnya pada harta benda tanah, burung merpati, kincir angin, ikan di dalam kolam atau aquarium, dan sebagainya.²⁰⁰

Contoh, anak yang berada dalam kandungan seorang wanita dianggap telah dilahirkan, apabila kepentingan anak menghendakinya, apabila bapak si anak meninggal maka anak tersebut tidak akan kehilangan hak kewargaannya, jadi anak itu mempunyai hak atas warisan dari bapaknya.

Fictie hukum yang menurut van Apeldoorn arti -di sini- adalah umumnya, *fictie* biasanya dipakai jika seseorang dengan sadar menerima apa yang tidak benar sebagai sesuatu yang benar. *Fictie* atau dusta yang demikian itu -menurut ilmu hukum- memiliki peranan yang penting dalam tata hukum tertentu suatu bangsa.²⁰¹ *Fictie* ialah bahwa kita menerima sesuatu yang tidak benar sebagai sesuatu hal yang benar. Dengan perkataan lain, kita menerima apa yang sebenarnya tidak ada, sebagai ada atau yang sebenarnya ada sebagai tidak ada. Akhirnya ialah bahwa dalam setiap konstruksi (pembentukan pengertian) terletak suatu *fictie*, karena orang hanya melihat sifat-sifat dari sesuatu yang konkrit yang bersamaan dengan sifat barang-barang yang lain, jadi sifat-sifat yang umum dan mengabstraksikannya dari sifat-sifat yang khusus.

Walaupun abstraksi (pengertian) tidak disebut *fictie*. Abstraksi memegang peranan yang penting dalam ajaran hukum dan juga dalam setiap ilmu pengetahuan, sebagai alat

¹⁹⁹ Ahmad Ali, 2002, *Menguak Tabir Hukum, (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Toko Gunung Agung, Jakarta, hlm. 188.

²⁰⁰ Sudarsono, *Op.cit.*, hlm. 274.

²⁰¹ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 408.

untuk mempermudah kenyataan yang dengan tanpa alat pertolongan, tidak dapat dipahami, dan kita sedemikian biasa dengan pemakaiannya, sehingga kita tidak sadar, bahwa abstraksi adalah *fictie*.²⁰² *Fictie-fictie* tersebut mempunyai sifat tidak berbahaya. Bahkan lebih dari itu, orang dapat mengatakan bahwa *fictie* perundang-undangan bukan *fictie* yang sebenarnya, melainkan dirumuskan belaka sebagai *fictie*. Tentang segala *fictie* yang terdapat dalam undang-undang berlakulah, bahwa itu semua hanya menurut bentuknya saja *fictie*. Semua dapat diganti dengan peraturan-peraturan yang dirumuskan dengan tegas sebagai perkecualian atas peraturan-peraturan yang lain. Memang begitulah sifat peraturan perundang-undangan tidak menkonstatir kenyataan melainkan mengandung imperatif.

Fictie perundang-undangan tidak pernah menyatakan persamaan fakta, melainkan memberi penilaian yuridis yang sama terhadap hubungan-hubungan yang berbeda satu dengan yang lain. Mengindahkan hal itu adalah amat berguna untuk menafsirkan peraturan perundang-undangan yang dirumuskan sebagai *fictie*, karena di dalamnya terkandung bahwa orang tidak dapat memberikan nilai yang sama secara jelas menghubungkan antara akibat hukum yang ditimbulkan dari khayalan dengan hubungan-hubungan lain, namun harus bertanya pada diri sendiri pada setiap hal yang konkrit, apakah ada dan sampai di manakah penilaian yang sama itu dapat dibenarkan. Tujuan utama *fictie* perundang-undangan adalah untuk dapat dipahami dari segi hasrat pembentuk undang-undang untuk memperoleh perumusan yang singkat. Ada kalanya pembentuk undang-undang menggunakan *fictie*, padahal dengan mudah dapat dihindari. Di sisi lain, apabila *fictie* tidak digunakan, maka rumusan perundang-undangan akan menjadi panjang lebar.²⁰³

Esensi *fictie* hukum adalah mengemukakan fakta-fakta baru, sehingga tampil suatu personifikasi baru dihadapan kita. Fungsi dari *fictie* hukum, di samping untuk memenuhi hasrat menciptakan stabilitas hukum, juga utamanya untuk mengisi kekosongan undang-undang. Dengan perkataan lain, *fictie* hukum itu bermaksud untuk mengatasi konflik antara tuntutan-tuntutan baru dengan sistem hukum yang ada.²⁰⁴

Paul Scholten dan Satjipto Rahardjo berbeda pendapat mengenai *fictie* hukum, Paul Scholten menyatakan bahwa konstruksi hukum berbeda dengan *fictie* hukum, sedangkan Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa *fictie* hukum merupakan bagian dari konstruksi hukum. Perbedaannya terletak pada penyederhanaan yang dilakukan demi kepentingan

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*, hlm. 410.

²⁰⁴ Achmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 188.

konstruksi, maka sebagian fakta-faktanya dihilangkan, dan sebaliknya pada *fictie*, fakta-fakta yang oleh peristiwanya tidak dikemukakan dapat saja ditambahkan.

Dengan demikian setiap konstruksi boleh mengandung unsur *fictie*, akan tetapi konstruksi tidak pernah boleh menjadi *fictie* dan konstruksi itu menjadi *fictie* sesegera konstruksi mengangap benar adanya fakta-fakta itu. Ahmad Ali menyatakan perlunya membedakan antara *fictie* yang belum tertuang dalam putusan hakim dengan *fictie* yang sudah tertuang dalam putusan hakim. *Fictie* yang sudah tertuang dalam putusan hakim bukan lagi *fictie*, namun telah menjadi *judge made law*, telah menjadi kenyataan dan telah menjadi hukum.²⁰⁵

²⁰⁵ *Ibid.* hlm. 200.

BAB VI

SISTEM HUKUM

6.1. Sistem Hukum

Mempelajari ilmu hukum dengan hanya mempelajari norma hukum saja belumlah cukup. Mengerti norma hukumnya belumlah berarti menguasai hukumnya. Di samping norma hukum harus pula dipelajari sistem hukum.²⁰⁶ Untuk membicarakan kehadiran hukum sebagai suatu sistem, maka sebaiknya dimulai dari pembicaraan tentang sistem itu sendiri, oleh karena bagaimanapun hukum -sebagai suatu sistem- akan tunduk pada batasan dan ciri-ciri suatu sistem.²⁰⁷

Sistem merupakan tatanan atau kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain yaitu norma atau pernyataan tentang apa yang seharusnya, sehingga sistem hukum merupakan sistem yang normatif. Dengan perkataan lain sistem hukum adalah suatu kumpulan unsur-unsur yang ada dalam interaksi satu sama lain yang merupakan satu kesatuan yang terorganisasi dan kerjasama ke arah tujuan kesatuan. Masing-masing bagian atau unsur harus dilihat dalam kaitannya dengan bagian-bagian atau unsur-unsur lain dan dengan keseluruhannya seperti mozaik atau *legpuzzle*. Masing-masing bagian tidak berdiri sendiri lepas satu sama lain namun berkaitan. Arti pentingnya tiap bagian terletak justru dalam ikatan sistem, dalam kesatuan karena hubungannya yang sistematis dengan aturan-aturan hukum lainnya.²⁰⁸

Sistem itu mempunyai 2 (dua) pengertian yang penting untuk dikenali, sekalipun dalam pembicaraan-pembicaraan keduanya sering dipakai secara tercampur begitu saja.

1. Sistem sebagai jenis satuan, yang mempunyai tatanan tertentu. Tatanan tertentu di sini menunjuk kepada suatu struktur yang tersusun dari bagian-bagian.
2. Sistem sebagai suatu rencana, metode atau prosedur untuk mengerjakan sesuatu.

Pengertian-pengertian dasar yang terkandung di dalam sistem adalah:

1. Sistem itu berorientasi kepada tujuan.
2. Keseluruhan adalah lebih dari sekedar jumlah dari bagian-bagiannya (*wholisme*).

²⁰⁶ Sudikno Mertokusumo 2, *Op.cit.*, hlm. 18.

²⁰⁷ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 88.

²⁰⁸ Sudikno Mertokusumo 2, *Op.cit.*, hlm. 19.

3. Sistem berinteraksi dengan sistem yang lebih besar, yaitu lingkungannya yang disebut sebagai sistem terbuka.
4. Bekerjanya bagian-bagian dari sistem, menciptakan sesuatu yang berharga (transformasi).
5. Masing-masing bagian harus cocok satu sama lain (keterhubungan)
6. Ada kekuatan pemersatu yang mengikat sistem itu (mekanisme kontrol).²⁰⁹

Di luar sistem atau kesatuan, masing-masing bagian tidak mempunyai arti. Contoh, apabila hendak mengetahui tentang sifat pengakuan anak yang dilahirkan di luar perkawinan oleh orang tuanya, tidak cukup hanya mencari ketentuan-ketentuan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata saja, namun harus dihubungkan dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 278. Barangsiapa menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mengakui seorang anak sebagai anaknya sendiri, sedang diketahuinya bahwa ia bukan ayahnya anak itu, dihukum karena memalsu mengakui anak dengan hukuman penjara selama-lamanya 3 (tiga) tahun. *Hoge Raad* dalam putusannya 30 Januari 1959 (*Nederlandse Jurisprudentie* 1959, 548) berpendapat bahwa dari *Burgerlijk Wetboek* Pasal 1269 (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1233), yang menentukan bahwa perikatan timbul dari perjanjian atau undang-undang, tidak dapat disimpulkan bahwa setiap perikatan yang tidak lahir dari perjanjian secara langsung harus mendasarkan pada salah satu pasal dalam undang-undang.

Di antara bagian-bagian atau unsur-unsur dalam sistem, terjadi hubungan khusus yang merupakan tatanan yang khusus pula yang disebut struktur. Struktur menentukan identitas sistem, sehingga masing-masing unsur dapat berubah, bahkan diganti tanpa mempengaruhi kontinuitas sistem. Sebagai contoh, dapat dikemukakan bahkan peraturan berubah, undang-undang diganti, yurisprudensi selalu berkembang, namun sistemnya tetap sama. *Structured whole* atau kesatuan itu bukan sekedar merupakan kumpulan atau penjumlahan bagian-bagian atau unsur-unsur yang mempunyai kemandirian terbatas terhadap sistem-sistem lain dan yang mengurangi kompleksitas keseluruhan.²¹⁰

Sistem hukum terdiri dari suatu keseluruhan kompleks unsur-unsur, yaitu peraturan, putusan pengadilan, lembaga atau organisasi dan nilai-nilai. Keseluruhan tata hukum nasional dapat disebut sistem hukum nasional, kemudian masih dikenal sistem hukum pidana, sistem hukum perdata, sistem hukum lingkungan dan sebagainya. Ada sistem, ada

²⁰⁹ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 89.

²¹⁰ *Ibid*, hlm. 18.

sub sistem dan ada pula sub-sub sistem dan sebagainya. Dalam setiap bagian hukum pada dasarnya selalu ada sifat-sifat yang umum dari peraturan hukum, yang pada umumnya suatu bidang hukum itu tidak dengan tegas diatur dalam undang-undang. Dengan sistematisasi maka kompleksitas kenyataan -pada dasarnya tidak terbatas- dapat lebih mudah dikuasai. Sistematisasi memberi motivasi pemecahan hukum, misalnya metode interpretasi sistematis dalam penemuan hukum. Sebagai contoh, untuk menetapkan arti suatu ketentuan undang-undang, maka ketentuan itu dihubungkan secara sistematis dengan ketentuan-ketentuan yang lain. Misalnya Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 584 menentukan bahwa hak milik atau *eigendom* benda hanya dapat diperoleh dengan cara: pendakuan, perlekatan (*natrekking*), daluwarsa, pewarisan dan penyerahan.

Sistematisasi adalah rekayasa pembagian yang merupakan alat bantu untuk menelusuri suatu lembaga hukum, yang tidak boleh menjadi nilai yang absolut atau merupakan aksioma di samping itu -sistem- juga mempermudah untuk mengetahui ikhtisar dalam kajian hukum. Sistem juga memungkinkan untuk menemukan hukum (interpretasi hukum dan argumentasi hukum) secara sederhana. Apabila dalam suatu peristiwa tertentu tidak ditemukan aturan hukumnya, maka dalam mencari pemecahannya harus memperhatikan apa yang sesuai atau tidak sesuai dengan sistem perundang-undangan. Antara lembaga hukum dari berbagai sistem, sering terdapat perbedaan-perbedaan. Aturan yang ditemukan dalam sistem yang satu tidak selalu dapat begitu saja bisa diterapkan ke dalam sistem yang lain. Misalnya dalam KUH Perdata Pasal 499, mayat manusia tidak dapat menjadi subyek hukum sehingga tidak ada yang mempunyai. Namun dalam hukum pidana, mayat manusia itu milik ahli warisnya, sehingga siapa yang mengambil mayat manusia secara melanggar aturan hukum, berarti mengambil mayat itu dari pemiliknya (ahli warisnya), dengan demikian pengambil mayat itu melakukan pencurian mayat (*Hoge Raad* 25 Juni 1946).

Alat bantu yang penting dalam sistematisasi hukum adalah konstruksi hukum. Tanpa sistem hukum, maka tidak mengenal peraturan-peraturan baru sebagai peraturan hukum dan tidak akan dapat memecahkan persoalannya. Ada yang berpendapat bahwa sifat sistematis hukum itu merupakan kenyataan yang melekat pada sifat hukum itu sendiri atau *given* dengan mengatur perilaku manusia yang disebut norma, maka hukum memberikan kepastian dalam hubungan antar manusia, artinya setiap perilaku manusia itu dapat dipastikan apakah perilaku yang dilarang ataukah perilaku yang dibolehkan oleh hukum, beserta sanksi sebagai akibat bagi yang berperilaku dilarang oleh hukum. Di samping itu

ada yang berpendapat bahwa sistematis hukum itu suatu perintah kepada yuris, dan sistematis hukum itu merupakan kreasinya.

Sistem hukum agar dapat berfungsi sebagai kesatuan yang berdiri sendiri serta menentukan identitasnya, maka harus dapat dibedakan dari sistem hukum lainnya dan jenis-jenis sistem normatif misalnya sistem kesusilaan, adat, agama, kebiasaan, kearifan lokal. Faktor penentu identitasnya adalah ruang lingkup dan sumber-sumbernya. Ruang lingkup berlakunya sistem hukum mempunyai kriterium yang menentukan norma itu ditujukan kepada kelompok masyarakat mana sebagai subyeknya atau *normadressaat*. Sistem hukum modern ruang lingkup berlakunya hukum atau peraturan ditentukan -terutama- secara teritorial (batas negara) dan kriteria orangnya. Sedangkan sistem hukum primitif ruang lingkup berlakunya hukum atau peraturan ditentukan atas keanggotaan dalam kelompok suku atau *clan*. Sumber berlakunya sistem hukum -hendaknya dipandang sebagai kesatuan yang berdiri sendiri- yaitu kriteria yuridis yang manakah yang diterapkan dalam praktek baik oleh hakim maupun penguasa lain.

Hukum itu pada dasarnya merupakan sistem yang terbuka, namun di dalam sistem yang terbuka itu ada bagian-bagian yang bersifat tertutup. Bagian-bagian yang bersifat tertutup berarti bahwa pembentuk undang-undang tidak memberi kebebasan untuk pembentukan hukum, misalnya -dalam hukum pidana- sistem tertutup dari hak-hak absolut mengenai batasan delik dan norma sanksi, artinya hakim tidak dapat menciptakan delik baru dan sanksi baru. Tertutup dalam hal ini tidak berarti bahwa sama sekali peraturannya tidak boleh diinterpretasi. Dalam lapangan hukum perdata, bidang hukum keluarga dan hukum benda sifatnya tertutup. Ini berarti bahwa jumlah dan sifatnya lembaga hukum dalam hukum keluarga dan hukum benda, adalah sudah pasti dan sudah tetap, artinya tidak seorang pun boleh menciptakan hak-hak baru di bidang kebendaan, kecuali pembentuk undang-undang. Sedangkan -dalam lapangan hukum perdata- bidang hukum perjanjian sifatnya terbuka. Sistem hukum yang terbuka -baik obyek maupun subyeknya- yang bukan merupakan bagian dari sistem mempunyai hubungan timbal balik dengan lingkungannya. Hubungan-hubungan itu misalnya bidang kebudayaan, politik, ekonomi, sejarah dan sebagainya. Di samping itu, peraturan-peraturan di dalam sistem hukum itu terbuka untuk diinterpretasi dan memungkinkan ada perbedaan interpretasi, sehingga peraturan itu selalu berubah dan

berkembang. Perkembangan aturan hukum yang sistemnya terbuka lebih pesat daripada perkembangan aturan hukum yang sistemnya tertutup.²¹¹

Paul Scholten mengatakan bahwa hukum adalah suatu sistem, karena hukum itu karya manusia maka pasti ada kekurangan-kekurangan dan ketidaklengkapan, dan menurut sifatnya tidak selesai dan tidak dapat tuntas, karena merupakan dasar putusan-putusan yang menambahkan sesuatu yang baru pada sistem. Unsur-unsur yang membentuk sistem adalah norma dan putusan pengadilan. Sedang normanya adalah tentang apa yang seharusnya dan bukan tentang bagaimana sesuatu itu berlaku atau bekerja.

Hukum itu termasuk sistem yang abstrak karena hasil dari pemikiran, yang unsur-unsurnya bersifat immaterial yang tidak dapat diraba. Termasuk kategori abstrak ialah sistem normatif yang merupakan kelompok tersendiri, yang unsur-unsurnya terdiri dari norma peraturan yang bersifat preskriptif, yaitu ketentuan tentang apa yang seharusnya dilakukan, yaitu sistem hukum, sistem norma agama dan kesusilaan. Di samping itu masih dikenal sistem konseptual yang terdiri dari unsur-unsur abstrak, tetapi yang pemikirannya mengenai kesatuan didasarkan atas teori tentang saling berhubungan dalam kenyataan. Pada sistem konseptual masalahnya bukan apakah ada, namun apakah berlaku.²¹²

6.2. Ciri-ciri Sistem Hukum.

Sistem hukum terikat pada tempat dan waktu, berarti suatu sistem itu pada suatu waktu berlaku, kemudian semakin tidak sesuai dengan perkembangan dan kemajuan masyarakat, akan tetapi sistem itu dapat disesuaikan. Memperbarui suatu sistem tanpa tindakan tegas adalah tidak mungkin sama sekali.

1. Sistem hukum bersifat kontinu, berkesinambungan dan otonom.

Fungsi sistem hukum adalah menjaga atau mengusahakan keseimbangan tatanan dalam masyarakat atau *restitutio in integrum*. Setiap sistem -termasuk sistem hukum- mengenal pembagian di dalamnya, yang masing-masing bagian tidak boleh bertentangan satu sama lain. Pembagian atau klasifikasi adalah merupakan ciri sistem hukum. Untuk mengadakan klasifikasi harus ada tolok ukurnya atau kriterium. Oleh karena itu, kriterium merupakan prinsip sebagai dasar pembagian. Klasifikasi hukum misalnya berdasarkan cara-cara mempertahankannya menjadi hukum formal/ajektif dan hukum substansial. Klasifikasi

²¹¹ *Ibid.* hlm.23.

²¹² *Ibid.* hlm. 24.

berdasarkan waktu dibagi menjadi *ius constituetum* dan *ius constituendum*. Klasifikasi berdasarkan daya kerjanya menjadi hukum imperatif dan hukum fakultatif.

2. Sistem hukum mempunyai sifat konsisten/ajeg dalam menghadapi konflik.

Di dalam sistem hukum terjadi interaksi antara unsur-unsur atau bagian-bagian, interaksi memungkinkan terjadinya konflik. Tidak jarang terjadinya konflik antara peraturan perundang-undangan yang satu dengan yang lain, antara peraturan perundang-undangan dengan putusan pengadilan, antara peraturan perundang-undangan dengan kebiasaan.

3. Sistem hukum tidak mengehendaki adanya konflik antar unsur-unsur atau bagian-bagian.

Apabila terjadi konflik maka tidak akan dibiarkan sampai berlarut-larut. Hal ini secara konsisten diatasi oleh sistem hukum dengan menyediakan asas-asas hukum. Maka dari itu dapat dikatakan bahwa sistem hukum adalah suatu kesatuan yang di dalamnya telah tersedia jawaban atau pemecahan atas segala persoalan yang timbul di dalam sistem. Adapun asas-asasnya adalah: *Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialis derogat legi generali*; *Lex superior derogat legi inferiori*; *Lex dura sed tamen scripta*; *Res judicata pro veritate habetur*. Apabila terjadi konflik antara undang-undang dengan hukum kebiasaan mengenai materi yang bersifat pelengkap, maka hukum kebiasaanlah yang didahulukan.

4. Sistem hukum bersifat lengkap.

Sistem hukum bersifat lengkap, artinya melengkapi ketidakjelasan, kekurangan dan kekosongan hukum. Tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mengatur seluruh kegiatan kehidupan manusia secara lengkap, jelas dan tuntas, karena kegiatan kehidupan manusia sangat luas baik jenis maupun jumlahnya. Ketidakjelasan, kekurangan dan kekosongan hukum itu diatasi oleh sistem hukum dengan jalan penemuan hukum.

5. Sistem hukum mempunyai konsep fundamental.

Suatu konsep dasar yang digunakan sebagai dasar konsep-konsep selanjutnya tanpa penjelasan lebih lanjut. Konsep fundamental ini amat erat hubungannya dengan bahasa hukum. Peraturan perundang-undangan, perjanjian, putusan pengadilan itu semua dirumuskan dengan bahasa. Acara di persidangan maupun pelaksanaan hukum lainnya dapat dilihat sebagai proses yang menggunakan bahasa sebagai sarana komunikasi. Dalam bahasa hukum Indonesia, kata "manusia" merupakan istilah biologi, sedangkan kata "orang" merupakan pengertian yuridis. Orang adalah penyandang hak dan kewajiban atau subyek hukum yang mempunyai kewenangan hukum. Asas yang dianut di Indonesia adalah, bahwa

setiap manusia adalah orang atau subyek hukum, suatu konsep dasar yang digunakan sebagai dasar konsep-konsep selanjutnya. Contoh lain, misalnya hak, kewajiban, sanksi dan sebagainya.²¹³

Fuller berpendapat bahwa ada 8 (delapan) asas-asas sistem hukum yang dinamakan *the principles of legality*:

1. Suatu sitem hukum harus mengandung peraturan-peraturan, artinya tidak boleh sekedar mengandung keputusan-keputusan yang bersifat *ad hoc*.
2. Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan.
3. Tidak boleh ada perturan yang berlaku surut, oleh karena apabila yang demikian itu tidak ditolak, maka peraturan itu tidak dapat dipakai untuk menjadi pedoman perilaku. Membolehkan pengaturan berlaku surut berarti merusak integritas peraturan yang ditujukan untuk berlaku bagi waktu mendatang.
4. Peraturan harus disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti.
5. Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain.
6. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan.
7. Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah-ubah peraturan sehingga menyebabkan seseorang akan kehilangan orientasi.
8. Harus ada kesesuaian di antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaan sehari-hari.

Fuller sendiri mengatakan bahwa kedelapan asas yang diajukan itu sebetulnya lebih dari sekedar persyaratan bagi adanya suatu sistem hukum, melainkan memberikan kualifikasi terhadap sistem hukum sebagai sistem hukum yang mengandung suatu moralitas tertentu. Kegagalan untuk menciptakan sistem yang demikian itu, tidak hanya melahirkan sistem hukum yang jelek, melainkan sesuatu yang tidak dapat disebut sebagai sistem hukum sama sekali.²¹⁴

6.3. Keluarga Hukum

Dalam perspektif keluarga-keluarga hukum di dunia, ada 2 (dua) sistem hukum utama yang banyak diterapkan di dunia yaitu sistem *civil law* atau sistem hukum Eropa *Continental* dan sistem *common law* atau sistem hukum Anglo Saxon. Namun selain 2 (dua)

²¹³ *Ibid*, hlm. 26.

²¹⁴ *Ibid.*, hlm. 92.

sistem hukum tersebut masih terdapat 2 (dua) sistem hukum lainnya yang diterapkan di dunia, yakni; sistem *Islamic law* dan sistem *Communist law*.

Dalam konteks sistem *civil law* atau sistem hukum Eropa *Continental* khususnya Belanda, penemuan hukum didasarkan pada ajaran menemukan hukum dengan bebas (*vrije rechtsvinding*) yang terbagi menjadi 3 (tiga) ajaran yang menyangkut di manakah hukum bebas tersebut dapat diketemukan.

a. Ajaran pertama yang dimotori oleh Hamaker menyatakan bahwa hukum bebas dapat ditemukan dengan menggali dari adat istiadat di dalam masyarakat, oleh karenanya ajaran ini disebut pula ajaran sosiologis.

b. Ajaran ke dua memandang bahwa hukum dapat ditemukan di dalam ketentuan-ketentuan kodrati yang sudah ada untuk manusia, ketentuan kodrati itu terutama di dalam kitab-kitab suci dan perenungan-perenungan (kontemplasi) kefilsafatan tentang keadilan dan moralitas, oleh karenanya ajaran ini disebut ajaran hukum kodrat.

c. Ajaran ke tiga adalah ajaran yang menghendaki hakim dalam menemukan hukum tidak hanya berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang sudah ada namun lebih dari itu, hakim dalam menemukan hukum harus juga dalam konteks mengoreksi dan jika perlu membatalkan peraturan perundang-undangan tersebut dan membentuk norma hukum baru, aliran ini disebut *rechter-koningschap*.

Indonesia menganut sistem *civil law* sebagai akibat penjajahan yang dilakukan oleh Pemerintahan Kolonial Hindia Belanda selama kurun waktu 350 tahun melalui kebijakan *bewuste recht politiek*, yang kemudian setelah merdeka tata hukum tersebut diresepsi menjadi tata hukum nasional.

Salah satu karakteristik utama dari *civil law* ialah penggunaan aturan-aturan yang tertulis dan terbukukan atau terkodifikasi sebagai sumber hukumnya. Untuk menerjemahkan aturan-aturan hukum tersebut kepada peristiwa-peristiwa konkret, maka difungsikanlah hakim. Hakim memiliki kedudukan pasif dalam penerapan aturan hukum tersebut, hakim akan menerjemahkan suatu aturan hukum apabila telah terjadi sengketa di antara individu satu dengan yang lainnya dalam masyarakat yang kemudian hasil terjemahan aturan hukum tersebut ditetapkan di dalam suatu putusan pengadilan yang mengikat pada pihak-pihak yang bersengketa. Penggunaan aturan hukum tertulis di dalam *civil law* kadang kala memiliki kendala tertentu, salah satu kendala utama ialah relevansi antara suatu aturan

yang dibuat dengan perkembangan masyarakat. Hal ini disebabkan aktivitas masyarakat selalu dinamis, oleh karenanya segala aturan hukum yang dibentuk pada suatu masa tertentu belum tentu relevan dengan masa sekarang. Sehingga dapat disimpulkan bahwa aturan hukum selalu berada 1 (satu) langkah di belakang realitas masyarakat. Relevansi aturan hukum dengan persoalan masyarakat merupakan hal yang esensial demi terciptanya keadilan dan ketertiban di masyarakat. Aturan hukum yang tidak relevan, akan berakibat adanya kekacauan dan ketidakadilan dan tidak dapat menjawab persoalan-persoalan yang ada di dalam masyarakat. Relevansi di sini mengandung pengertian, bahwa hukum harus dapat memecahkan suatu persoalan dari suatu realitas baru dalam masyarakat. Apabila tidak dapat akan menyebabkan terjadinya apa yang disebut *bankruptcy of justice* yakni suatu konsep yang mengacu pada kondisi di mana hukum tidak dapat menyelesaikan suatu perkara akibat ketiadaan aturan hukum yang mengaturnya. Untuk menyelesaikan persoalan ini maka diberikanlah kewenangan kepada hakim untuk mampu mengembangkan hukum atau melakukan penemuan hukum (*rechtvinding*), namun demikian dalam konteks sistem hukum *civil law* hal ini menjadi suatu persoalan. Hakim pada prinsipnya menjadi corong undang-undang, di mana peranan dari kekuasaan kehakiman hanya sebagai penerap undang-undang atau *rule adjudication function* yang bukan merupakan kekuasaan pembuat undang-undang atau *rule making function*. Sehingga diperlukan batasan-batasan mengenai penemuan hukum oleh hakim dengan menggunakan interpretasi hukum dan argumentasi hukum.

6.3.1. Sistem Eropa *Continental*.

Sistem Eropa *continental* atau *civil law* ini mengutamakan hukum tertulis dan terkodifikasi sebagai sendi utama. Oleh karenanya sering pula disebut sistem hukum kodifikasi. Pemikiran kodifikasi ini dipengaruhi oleh konsepsi hukum abad XVIII sampai dengan abad XIX. Untuk melindungi masyarakat dari tindakan sewenang-wenang dan demi kepastian hukum, norma hukum harus tertulis dalam bentuk perundang-undangan. Lebih lanjut pemikiran ini menyatakan bahwa; suatu undang-undang harus bersifat umum (*algemeen*), umum baik mengenai waktu, tempat, orang atau obyeknya; undang-undang harus lengkap, tersusun dalam suatu kodifikasi. Berdasarkan pandangan ini, pemerintah dan hakim tidak lebih dari sebuah mesin yang bertugas untuk menerapkan undang-undang (secara mekanis).

6.3.2. Sistem *Anglo Saxon*.

Sistem *Anglo Saxon* yang biasa disebut sistem *common law* merupakan sistem hukum yang menjadikan yurisprudensi sebagai “sendi utama” dalam sistem hukumnya. Yurisprudensi ini merupakan keputusan-keputusan hakim mengenai suatu perkara konkret yang berakibat norma-norma dan asas-asas hukumnya mengikat bagi hakim-hakim berikutnya di dalam memutus suatu perkara yang memiliki karakteristik sama dengan perkara sebelumnya.

Pengertian *judge made law* dalam sistem *common law* ialah bahwa hakim memiliki peranan dalam membentuk suatu norma hukum yang mengikat didasarkan pada kasus-kasus konkret, sehingga hukum dalam pengertian ini benar-benar membentuk suatu norma hukum baru, untuk mencapai kepastian hukum, maka dikembangkanlah sistem *precedent*, di mana hakim terikat dengan keputusan hakim terdahulu yang menyangkut suatu perkara yang identik. Apabila dalam suatu perkara hakim dalam menerapkan *precedent* justru akan melahirkan ketidakadilan maka hakim harus menemukan faktor atau unsur pembedanya. Dengan demikian hakim bebas membuat putusan baru yang menyimpang dari putusan yang lama. Aliran hukum ini menyebar dari daratan Inggris kemudian ke daerah-daerah *commonwealt* atau persemaikmuran (bekas jajahan Inggris); Amerika Serikat, Canada, Australia dan sebagainya. Namun demikian dalam perkembangannya kedua sistem hukum tersebut (*civil law* dan *common law*) mengalami konvergensi (saling mendekat) yang ditandai dengan peranan yang cukup penting suatu peraturan perundang-undangan bagi sistem *common law* dan sebaliknya peranan yang signifikan pula dari yurisprudensi dalam sistem *civil law*.

Makin besarnya peranan peraturan perundang-undangan terjadi karena beberapa faktor, di antaranya ialah:

1. Peraturan perundang-undangan merupakan norma hukum yang mudah dikenali, mudah ditemukan kembali dan mudah ditelusuri. Sebagai norma hukum tertulis, bentuk, jenis dan tempatnya jelas, demikian juga pembuat perundang-undangan pun juga jelas.
2. Peraturan perundang-undangan memberikan kepastian hukum yang lebih nyata karena normanya mudah diidentifikasi dan mudah ditemukan kembali.
3. Struktur dan sistematika peraturan perundang-undangan lebih jelas sehingga memungkinkan untuk diperiksa kembali dan diuji, baik dari segi formal maupun substansial muatannya.
4. Pembentukan dan pengembangan peraturan perundang-undangan dapat diprogram.

Faktor-faktor demikian sangat penting bagi negara yang sedang membangun terutama membangun sistem hukum baru yang sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat.

6.3.3. Sistem Hukum Lain.

Selain kedua sistem hukum tersebut di atas masih ada 2 (dua) tatanan hukum lain yang layak juga disebut sabagai sistem hukum, yaitu *Communist law* atau sistem hukum komunis/sosialis yang berlaku di negara-negara sosialis-komunis dan *Islamic law* yang didasarkan pada kitab suci Al Qur'an. Selanjutnya masih juga dibedakan antara hukum yang dipakai di suatu negara, sekalipun pada dasarnya negara itu termasuk ke dalam *common law* atau hukum Romawi-Jerman. Hal demikian karena dalam perkembangan masing-masing negara pada pola dasar dan model aslinya telah mengalami perkembangan yang khas sesuai dengan lingkungannya, misalnya hukum Amerika Serikat, hukum Tiongkok, hukum Jepang, hukum negara-negara Afrikadan lain sebagainya.²¹⁵

6.3.4. Sistem Hukum Komunis.

Sistem hukum ini berawal dari Uni Soviet, karakteristik utama sistem hukum komunis adalah didasarkan pada doktrin Marxisme. Setelah bubarnya Uni Soviet, negara Rusia - sekalipun pecahan terbesar dari Uni Soviet- tidak termasuk ke dalam sistem hukum komunis, tetapi sejumlah negara lain, misalnya Korea Utara dan Kuba masih menganut sistem hukum komunis.²¹⁶

6.3.5. Sistem Hukum Islam.

Sistem hukum Islam semula dianut oleh masyarakat Arab, karena di tanah Arablah awal mula timbul dan menyebarnya agama Islam. Pada perkembangan selanjutnya ke seluruh pelosok dunia, terutama negara-negara Asia, Afrika, baik secara individu maupun secara kelompok. Bahkan di Arab Saudi dan Pakistan menjadikan hukum Islam sebagai sistem hukum yang berlaku dan mengikat bagi masyarakatnya.²¹⁷ Sistem hukum Islam berbeda dengan kedua sistem hukum yang lain, sebab mengandung aturan yang cukup luas, meliputi segala keperluan hidup di dunia dan akherat.²¹⁸

²¹⁵ *Ibid.*, hlm. 252.

²¹⁶ Donald Albert Rumokoy dan Frans Maramis, *Op. cit.*, hlm. 76.

²¹⁷ Dewi Astutty Mochtar dan Dyah Ochtorina Susanti, 2012, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bayumedia Publishing, Malang, hlm. 14.

²¹⁸ *Ibid.*, hlm. 15.

Hukum Islam sebagai salah satu sistem hukum modern bersifat dinamis dan fleksibel sesuai dengan dinamika masyarakat serta merupakan pedoman hidup bagi umat Islam sepanjang masa. Semula para yuris Islam berpendapat bahwa pengertian *syariah* dan *fiqh* itu adalah sama, juga pengertian *syariah* -dalam arti luas- dengan *dinul* Islam memiliki makna yang sama, yaitu paham tentang ajaran-ajaran Islam secara keseluruhan. Dalam perkembangannya pendapat para yuris Islam demikian itu mengalami perubahan, yaitu memberikan pengertian yang berbeda dan spesifik antara *syariah* dan *fiqh*. *Syariah* merupakan hukum Allah yang bersifat *qath'i* atau absolut, sedangkan *fiqh* merupakan bagian (turunan) dari *syariah* yang bersifat *dzanni* atau relatif.²¹⁹

Hukum Islam tidak hanya mengatur hubungan manusia dengan manusia -yang disebut *mu'amalah*- namun juga mengatur hubungan manusia dengan Tuhannya yang disebut ibadah. Di samping itu hukum Islam juga bersifat universal sesuai dengan perkembangan jaman. Menurut Anwar Harijono ciri khas pembentukan hukum Islam dalam Al Qur'an adalah sebagai berikut.²²⁰

- a. Ayat-ayat Al Qur'an lebih cenderung untuk memberi asas-asas umum daripada memasuki persoalan sampai terperinci.
- b. Ayat-ayat yang menunjukkan adanya -beban- kewajiban bagi manusia tidak bersifat memberatkan.
- c. Sebagai asasnya ditetapkan kaidah: 1). Di bidang ibadah, semua dilarang kecuali yang disuruh. 2). Di bidang *mu'amalah* semua diperbolehkan kecuali yang dilarang.
- d. Dugaan atau persangkaan tidak boleh dijadikan dasar penetapan hukum.
- e. Ayat-ayat yang berhubungan dengan penetapan hukum, tidak pernah mengabaikan eksistensi masyarakat sebagai bahan pertimbangan.
- f. Penerapan hukum, khususnya dalam bidang hukum pidana dan yang bersifat perubahan hukum, tidak berlaku surut.²²¹

²¹⁹ Abdul Ghofur Ansori, 2008, *Hukum Islam, Dinamika dan Pelaksanannya di Indonesia*, Kreasi Total Media, Yogyakarta, hlm. 18, dalam Lukman Santoso, *op.cit.*, hlm. 174.

²²⁰ Anwar Harijono, 1968, *Hukum Islam Keluasan dan Keadilannya*, Bulan Bintang, Jakarta, hlm. 113, dalam Dewi Astutty Mochtar dan Dyah Ochtorina Susanti, *Op,cit*, hlm. 16.

²²¹ *Ibid.* hlm. 17.

Dalam konteks sistem hukum Islam, peraturan hukumnya dibedakan menjadi 2 (dua) kata kunci yang perlu dijelaskan dulu yaitu istilah *syariah* dan *fiqh* untuk memberi pemahaman yang komprehensif. *Syariah* atau *syariat* secara harfiah adalah jalan menuju ke sumber atau mata air yakni jalan lurus yang harus diikuti oleh setiap muslim.

Syariat memuat ketetapan-ketetapan Allah dan ketentuan *Rasulnya* baik berupa perintah maupun larangan meliputi seluruh aspek kehidupan manusia. Dilihat dari segi hukum, *syariat* merupakan norma hukum dasar yang ditetapkan Allah yang wajib dipatuhi umat Islam berdasarkan iman berkaitan dengan akhlak, baik hubungannya dengan Allah maupun dengan sesama manusia dan benda-benda dalam masyarakat.²²² Karena norma-norma dasar yang terdapat dalam Al Qur'an dan aturan yang ditetapkan oleh Nabi Muhammad terutama mengenai muamalah itu masih bersifat umum, maka setelah Nabi Muhammad wafat, maka norma-norma hukum dasar yang masih bersifat umum itu perlu dirinci lebih lanjut. Perincian yang berupa penggolongan dan perumusannya itu ke dalam norma-norma yang lebih konkrit yang dinamakan ilmu *fiqh*.²²³ *Syariat* sebagai aturan-aturan yang langsung dari Allah, sifatnya tetap dan tidak berubah-ubah, merupakan norma-norma dan prinsip-prinsip hukum yang secara langsung disebutkan/ditemukan dalam Al Qur'an dan diperjelas oleh *Hadits*, jadi sudah disebutkan secara jelas sehingga tidak perlu adanya penafsiran lagi.

Fiqh dalam bahasa Arab yang ditulis *fiqih* berarti paham atau pengertian, dalam hubungan ini dapat juga dirumuskan bahwa ilmu *fiqh* adalah ilmu yang bertugas menentukan dan menguraikan norma-norma hukum dasar yang terdapat dalam Al Qur'an dan ketentuan-ketentuan umum yang terdapat dalam sunah Nabi yang dimuat dalam *hadits*.²²⁴ *Fiqh* adalah norma hukum hasil pemikiran ahli *fiqh* terhadap sesuatu yang tidak jelas disebutkan dalam Al Qur'an dan *hadits*, maka sifatnya berubah mengikuti perkembangan jaman dan dipengaruhi oleh tempat dan waktu. Terkait dengan hal tersebut, dalam sejarah pemikiran hukum Islam dikenal adanya beberapa pendapat yang berbeda-beda mengenai persoalan yang sama, sehingga hal yang demikian itu tidaklah mengherankan.²²⁵

Ciri-ciri Hukum Islam.

²²² Mohammad Daud Ali, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, raja Grafindo Persada, hlm. 46, dalam Lukman Santoso, hlm. 174.

²²³ *Ibdi.* hlm. 175.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Dewi Astuty Mochtar dan Dyah Ochtorina Susanti, *Op.cit.*, hlm. 17.

Ciri hukum Islam berdasarkan penelitian para ulama dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Bersumber pada wahyu Al Qur'an dan *Al Sunah*.
2. Pelaksananya didorong oleh aqidah dan akhlak.
3. Pelaksananya mendapat imbalan di dunia dan akherat.
4. Tabiat pelaksananya adalah berkecenderungan jama'ah.
5. Berkembang sesuai dengan jaman dan tempatnya.
6. Tidak dipengaruhi oleh hukum produk manusia, baik hukum Romawi maupun hukum yang lain.
7. Membawa kemaslahatan dan kebahagiaan hidup (rahmat bagi alam semesta).
8. Kunci utama hukum Islam adalah *syari'ah* dan *fiqh*. *Syari'ah* bersumber dari wahyu yaitu Al Qur'an dan *hadits*, sedangkan *fiqh* adalah hasil pemahaman manusia terhadap Al Qur'an dan *hadits*.
9. Terdiri dari 2 (dua) bidang utama yaitu hukum ibadah dan hukum muamalah. Hukum ibadah bersifat tertutup karena telah sempurna, sedangkan hukum muamalah -dalam arti luas- bersifat terbuka untuk dikembangkan oleh manusia yang memenuhi syarat untuk itu dari masa ke masa.
10. Mendahulukan kewajiban daripada hak, mendahulukan amal daripada pahala.
11. Hukum Islam dapat dibagi menjadi hukum *taklifi* dan hukum *wadh'i*. Hukum *taklifi* yaitu ahkamul hamsah ialah wajib, sunah, mubah (*jaiz*), makruh, dan haram. Hukum *wadh'i* yaitu hukum yang mengandung sebab, syarat, halangan terjadi atau terwujudnya hubungan hukum.
12. Bersifat universal dan abadi artinya berlaku umum untuk umat Islam di manapun berada.
13. Menghormati martabat manusia sebagai kesatuan rohani dan jasmani serta memelihara kemuliaan manusia dan kemanusiaan secara keseluruhan.²²⁶

Hukum Islam adalah bagian dari hukum agama -tidak hanya mengatur beberapa bagian dari kehidupan manusia- mengatur secara keseluruhan. Ide hukum mengatur secara

²²⁶ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 176.

entitas (keseluruhan yang ada) yang mencakup segalanya menjadi karakter utama tentang bagaimana Islam memandang kehidupan. Sehingga sejak awal pembentukannya hukum Islam dalam kenyataannya tidak pernah membedakan antara hubungan manusia dengan Tuhan atau *habl min Allah* dan hubungan antar manusia atau *habl min al-nas*. Hubungan sesama manusia merupakan refleksi dari hubungan Tuhan dengan manusia. Konsep yang demikian -sebagian besar- orang Barat sulit memahaminya. Oleh karena itu hukum Islam tidak berakar/dicangkokkan pada sosiologi, sebab hukum Islam sebagai sarana berbakti kepada Tuhan (bukan kepada masyarakat). Meskipun demikian pada aspek teknisnya hukum Islam sangat memahami kondisi masyarakat. Pada prinsipnya, manusialah yang harus menaati pada hukum dan bukan hukum itu diciptakan sesuai dengan kehendak manusia. Oleh karena itu hukum Islam didesain sangat komprehensif dan berlaku sepanjang masa.²²⁷

Sumber Hukum Islam.

Sumber hukum Islam adalah asal (tempat pengambilan) hukum Islam. Dalam kepustakaan hukum Islam di Indonesia, sumber hukum Islam kadang kala disebut dalil, pokok atau dasar hukum Islam.

Adapun sumber-sumber hukum Islam adalah:

- a. Al Qur'an, yaitu kitab suci kaum muslimin, berisi wahyu Allah yang diturunkan kepada Nabi Muhammad.
 - b. *Hadits*, ialah perkataan, perbuatan, perilaku dan sikap Nabi Muhammad.
 - c. *Ijtihad* atau *Al-ra'yu*, yaitu pikiran manusia yang memenuhi syarat untuk *berijtihad* karena pengetahuan dan pengalamannya dengan menggunakan berbagai jalan (metode) atau cara, antara lain adalah; *ijma'*, *qiyas*, *istidal*, *al-masalih al-mursalah*, *istihsan*, *istishab*, dan *urf* (adat istiadat).
- 1). *Ijma'*, adalah kesepakatan/persetujuan atau kesesuaian pendapat para ahli mengenai suatu masalah pada suatu tempat di suatu waktu tentang hukum terhadap sesuatu yang belum jelas diatur dalam Al Qur'an dan *Hadits*.

²²⁷ Ratno Lukito, 2008, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler*, Pustaka Alfabet, Jakarta, hlm. 79, dalam Lukman Santoso, *Op.cit*, hlm. 177.

- 2). *Qiyas*, adalah analogi/persamaan (menyamakan) hukum suatu hal yang ketentuannya tidak terdapat di dalam Al Qur'an dan *Hadits* dengan/terhadap sesuatu hal yang hukumnya disebutkan (sudah jelas ditemukan) dalam Al Qur'an dan yang terdapat dalam kitab-kitab *Hadits* karena persamaan *illat* (penyebab atau alasan)-nya. *Qiyas* adalah ukuran yang digunakan oleh akal budi untuk membandingkan suatu hal dengan hal lain.
- 3). *Istidal*, adalah menarik kesimpulan dari 2 (dua) hal yang berlainan. Misalnya menarik kesimpulan dari adat istiadat dan hukum agama yang diwahyukan sebelum Islam. Adat istiadat yang telah lazim dalam masyarakat dan tidak bertentangan dengan hukum Islam - misalnya harta *gono-gini* atau harta bersama- dan hukum agama yang diwahyukan sebelum Islam tetapi tidak dihapus oleh *syari'at* Islam, dapat ditarik garis-garis hukumnya untuk dijadikan hukum Islam.
- 4). *Masalih al-mursalah*, adalah cara menemukan hukum sesuatu yang tidak terdapat ketentuannya baik di dalam Al Qur'an maupun di dalam kitab-kitab *Hadits*, berdasarkan pertimbangan kemaslahatan masyarakat atau kepentingan umum.
- 5). *Istihsan*, adalah cara menentukan hukum dengan jalan menyimpang dari ketentuan yang sudah ada demi keadilan dan kepentingan sosial. *Istihsan* merupakan metode yang unik dalam menggunakan akal pikiran dengan mengesampingkan analogi yang ketat dan bersifat lahiriah demi kepentingan masyarakat dan keadilan.
- 6). *Istisab*, adalah menetapkan hukum sesuatu hal menurut keadaan yang terjadi sebelumnya, sampai ada dalil yang mengubahnya, dengan perkataan lain *istisab* adalah melangsungkan berlakunya hukum yang telah ada karena belum ada ketentuan lain yang membatalkannya.
- 7). *Urf* atau adat istiadat adalah sesuatu/hal yang tidak bertentangan dengan hukum Islam, sehingga dapat dikukuhkan tetap berlaku bagi masyarakat yang bersangkutan. Adat istiadat yang dimaksud adalah yang hanya berkenaan dengan muamalah.²²⁸

²²⁸ *Ibid.*, hlm. 180.

BAB VII

HAK DAN KEWAJIBAN

Sebagaimana telah disampaikan pada bab terdahulu, bahwa posisi hukum sebagai salah satu lembaga yang melakukan pengintegrasian terhadap proses-proses yang berlangsung dalam masyarakat.²²⁹ Hukum di samping mengintegrasikan proses-proses, hukum juga mengkoordinasikan kepentingan-kepentingan orang dalam masyarakat. Pengorganisasian kepentingan-kepentingan itu dilakukan dengan cara membatasi dan melindungi kepentingan-kepentingan tersebut. Hukum melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam kepentingan tersebut. Pengalokasian kekuasaan ke dalam kekuasaan yang demikian itulah yang disebut sebagai "hak". Dengan demikian tidak setiap kekuasaan dalam masyarakat itu dapat disebut sebagai hak, melainkan hanya kekuasaan tertentu saja, yaitu yang dapat diberikan oleh hukum kepada seseorang. Terdapat hubungan erat antara hak dan kewajiban, yang satu mencerminkan adanya yang lain.²³⁰

Recht -dalam bahasa Belanda- dibagi menjadi 2 (dua) yaitu *objectief recht*, dan *subjectief recht*. *Objectief recht* berarti hukum, obyektif karena hukum sifatnya umum dan mengikat setiap orang. *Subjectief recht* sesungguhnya berarti hak dan kewajiban, subyektif karena melekat pada subyek hukum. Akan tetapi pada umumnya yang dimaksud dengan *subjectief recht* hanyalah hak saja tidak termasuk kewajiban. Padahal hubungan hukum itu tecermin pada hak dan kewajiban yang diberikan oleh hukum.²³¹ Hukum harus dibedakan dari hak dan kewajiban yang timbul apabila hukum itu diterapkan terhadap peristiwa konkrit, namun keduanya tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Tidak ada hak tanpa kewajiban, sebaliknya tidak ada kewajiban tanpa hak. Tatanan yang diciptakan oleh hukum baru menjadi kenyataan apabila kepada subyek hukum diberi hak dan kewajiban.²³² Setiap hubungan yang diatur oleh hukum selalu mempunyai 2 (dua) segi/pihak, hak pada satu pihak selalui menimbulkan kewajiban pada pihak lain (pada satu pihak ialah merupakan/memberikan hak, dan pada pihak yang lain ialah merupakan/meletakkan

²²⁹ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 144.

²³⁰ *Ibid.* hlm. 54.

²³¹ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.*, hlm. 41.

²³² *Ibid.* hlm. 42.

kewajiban).²³³ *Subjectief recht* atau hukum subyektif ialah hak yang diberikan oleh *objectief recht* atau hukum obyektif.²³⁴

Hak itu memberikan kenikmatan dan keleluasaan kepada individu dalam melaksanakannya. Kewajiban merupakan pembatasan dan beban, sehingga yang menonjol ialah segi aktif dalam hubungan hukum itu.²³⁵ Pada umumnya yang ditonjolkan adalah hak asasi sedangkan mengenai kewajiban asasi tidak pernah disebut. Hak asasi seorang terdakwa selalu disebut, selalu mendapat perhatian, selalu ditonjolkan, selalu diperjuangkan, namun sebaliknya kewajiban asasinya terhadap masyarakat boleh dikatakan tidak pernah disinggung. Apakah dalam hal ini hak asasi korban kejahatan tidak perlu mendapat perhatian?²³⁶

7.1. Hak.

Hak adalah peraturan hukum yang dihubungkan dengan seseorang manusia atau subyek hukum tertentu, sehingga dengan demikian timbul hubungan hak dan kewajiban. Hak dan kewajiban adalah 2 (dua) sisi dari hal yang sama (dari hubungan hukum yang sama) oleh karenanya tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Dengan perkataan lain hak timbul jika hukum obyektif bergerak/beraksi, karena hukum obyektif yang bergerak itu melakukan 2 (dua) pekerjaan. Kedua unsur tersebut -yakni adanya hak pada satu pihak akan diikuti kewajiban pada pihak lain- akan terdapat pada setiap hubungan hukum. Jika hubungan hukum antara pembeli dan penjual, maka pembeli wajib membayar sejumlah harga barang kepada penjual, serta merta pada penjual terkandung hak menuntut uang pembayaran dari pembeli.²³⁷

Hak adalah kepentingan yang dilindungi oleh hukum, sedangkan kepentingan adalah tuntutan perorangan atau kelompok yang diharapkan untuk dipenuhi. Kepentingan pada hakekatnya mengandung kekuasaan yang dijamin dan dilindungi oleh hukum dalam melaksanakannya. Dalam setiap hak terdapat 4 (empat) unsur, yaitu subyek hukum, obyek hukum, hubungan hukum yang mengikat pihak lain dengan kewajiban, dan perlindungan hukum. Hak dan kewajiban bukanlah merupakan kumpulan peraturan-peraturan atau norma melainkan merupakan perimbangan kekuasaan dalam bentuk hak individual di satu pihak

²³³ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 41.

²³⁴ *Ibid.* hlm. 43.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.*, hlm. 42.

²³⁷ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 43.

yang tecermin pada kewajiban pada pihak lainnya. Hak dan kewajiban merupakan kewenangan yang diberikan oleh hukum kepada seseorang atau subyek hukum. Apabila hukum bersifatnya umum karena berlaku bagi setiap orang, maka hak dan kewajiban bersifat individual, melekat pada individu.²³⁸

A mempunyai kewajiban untuk melakukan sesuatu, apabila tindakan A itu ditujukan kepada orang tertentu, misalnya kepada B. Jadi A dengan melakukan suatu tindakan yang ditujukan kepada B itu, A telah menjalankan kewajibannya. Sebaliknya, karena adanya kewajiban kepada B itulah, maka A mempunyai suatu hak. Hak itu berupa kekuasaan yang dapat diterapkan kepada B, yaitu berupa tuntutan kepada B untuk melaksanakan kewajiban.

Suatu kepentingan merupakan sasaran dari pihak, bukan karena ia dilindungi oleh hukum, tetapi juga karena adanya pengakuan terhadapnya. Apabila seekor binatang menikmati perlindungan hukum, tidaklah berarti bahwa binatang itu mempunyai hak untuk menikmati hak tersebut. Kewajiban seseorang untuk tidak menyakiti binatang itu, bukan merupakan kewajiban yang ditujukan terhadap binatang itu, melainkan demi perlindungan/penghargaannya saja. Di lain pihak, apabila seseorang menganiaya seorang anak, maka orang tersebut melanggar kewajiban yang harus dipenuhinya terhadap anak tersebut serta melanggar pula hak yang ada pada anak itu. Dalam hal ini ada pelanggaran terhadap *vinculum juris* (hubungan hukum/perikatan) yaitu suatu ikatan kewajiban hukum antara 2 (dua) orang, sedangkan pada binatang ikatan yang demikian itu tidak ada. Adanya *vinculum juris* memuat pengakuan hak pada pihak-pihak yang terikat dalam hubungan kewajiban.²³⁹

Hak ternyata tidak hanya mengandung unsur perlindungan dan kepentingan, melainkan juga kehendak. Apabila orang memiliki sebidang tanah, maka hukum memberikan hak kepadanya dalam arti bahwa kepentingan orang itu atas tanah tersebut mendapat perlindungan. Namun perlindungan hak itu tidak hanya ditujukan terhadap kepentingan orang itu saja, melainkan juga terhadap kehendak orang itu mengenai tanahnya. Orang itu dapat memberikan atau mewariskan tanahnya kepada orang lain dan hal itu termasuk ke dalam haknya. Dalam hal ini bukan hanya kepentingannya yang mendapat perlindungan, melainkan juga kehendaknya. Tanda-tanda yang melekat pada hak menurut hukum adalah sebagai berikut:

²³⁸ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 63.

²³⁹ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 54.

1. Hak itu dilekatkan kepada seseorang yang disebut sebagai pemilik atau subyek dari hak itu. Ia juga disebut sebagai orang yang memiliki hak atas barang yang menjadi sasaran hak.
2. Hak itu tertuju kepada orang lain, yaitu yang menjadi pemegang kewajiban. Antara hak dan kewajiban terdapat hubungan yang korelatif atau menyambung.
3. Hak yang ada pada seseorang ini mewajibkan pihak lain untuk melakukan (*commision*) ataupun tidak melakukan (*ommision*) sesuatu perbuatan. Ini dapat disebut sebagai isi dari hak.
4. Perbuatan atau *commision* itu menyangkut sesuatu yang dapat disebut sebagai obyek dari hak.
5. Setiap hak dari hukum itu mempunyai alas/dasar, yaitu suatu peristiwa tertentu yang menjadi alasan melekatnya hak itu pada pemiliknya.²⁴⁰

Konsep hak ini merupakan konsep yang sering dipakai dan mungkin juga dianggap sebagai satu-satunya yang ada. Konsep ini terutama menekankan pada pengertian hak yang berpasangan dengan kewajiban. Sekalipun konsep ini menggambarkan inti pengertian hak hukum, namun seyogianya diperhatikan pula konsep hak itu dalam arti yang lebih luas. Dengan arti yang lebih luas ini dimaksudkan pemahaman yang lebih halus serta terperinci. Salmond mengutarakan bahwa pengertian hak yang dominan tersebut dapat disifatkan sebagai hak dalam arti yang sempit (keras), *strict* atau *in stricto sensu*. Di luar pengertian ini Salmond masih menyebut adanya 3 (tiga) pengertian yang lain, yaitu kemerdekaan, kekuasaan dan imunitas. Apabila menyebut hak, maka sebetulnya semua pengertian itu sudah termasuk di dalamnya, yaitu masing-masing sebagai hak dalam arti sempit, kemerdekaan, kekuasaan dan imunitas.²⁴¹

Hak dalam arti sempit itu berkorelasi dengan kewajiban. Apabila hak -dalam arti sempit- itu ada pada seseorang sebagai pasangan kewajiban yang dibebankan pada orang lain, maka juga kemerdekaan yang diberikan oleh hukum pada seseorang berpasangan dengan tiadanya kewajiban hukum kepada diri seseorang itu. Kemerdekaan terdiri dari berbagai kepentingan yang ada pada seseorang untuk melakukan hal-hal yang dikehendaki, hal-hal itu boleh dilakukan tanpa dihalangi oleh hukum. Dengan demikian ruang lingkup kemerdekaan, menurut hukum adalah seluas bidang kegiatan yang oleh hukum boleh dilakukan. Seseorang mempunyai hak untuk berbuat menurut kehendaknya, namun tidak

²⁴⁰ *Ibid.* hlm. 55.

²⁴¹ *Ibid.* hlm. 56.

mempunyai hak melakukan tindakan yang mengganggu hak yang dimiliki orang lain. Maka di sini jelaslah perbedaan antara hak dalam arti sempit dengan kemerdekaan. Hak dalam arti sempit berhubungan dengan hal-hal yang harus dilakukan oleh orang lain, maka pada kemerdekaan hanya berurusan dengan hal-hal yang boleh dilakukan oleh diri sendiri.

Hak seseorang senantiasa berkorelasi dengan kewajiban pihak lain, dengan demikian kemerdekaan hukum yang dimiliki juga hendak ditafsirkan sedemikian itu, sehingga kemerdekaan pada seseorang berkorelasi dengan kewajiban orang lain untuk tidak mengganggu kemerdekaan tersebut.²⁴²

Kekuasaan merupakan kategori yang lain lagi, yaitu berbeda dengan hak dalam arti sempit dan kemerdekaan, kekuasaan memiliki kemiripan dengan kemerdekaan. Kekuasaan tidak memiliki pasangan yang berupa kewajiban. Kekuasaan adalah hak yang diberikan kepada seseorang melalui jalan hukum mewujudkan kemauannya untuk mengubah hak-hak, kewajiban-kewajiban, pertanggungjawaban atau lain-lain hubungan hukum baik dari dirinya sendiri maupun orang lain. Sebagai contoh dari kekuasaan seperti ini adalah hak untuk membuat surat wasiat atau mengalihkan hak milik, hak untuk menjual yang terkandung dalam hipotek (hak kebendaan atas benda tak bergerak), hak untuk mengawini saudara dari istri yang telah meninggal, hak untuk melaksanakan eksekusi keputusan pengadilan, berbagai kekuasaan yang diberikan kepada hakim, atau lain-lain pejabat untuk dapat melaksanakan tugasnya sebagaimana mestinya. Di sini tampak bahwa kekuasaan ini berbeda dengan hak pada kategori ke 2 (dua), yaitu kemerdekaan. Oleh karena itu apabila seseorang mempunyai kekuasaan maka tidak berarti bahwa seseorang itu boleh membuat surat wasiat begitu saja, namun dapat membuatnya secara efektif. Bahwa seseorang berhak untuk mengawini saudara istrinya yang telah meninggal, tidak berarti bahwa perbuatan itu secara hukum *innocent* atau tidak bersalah, melainkan perbuatan itu adalah sah secara hukum.²⁴³

Korelatif dari kekuasaan adalah pertanggungjawaban atau kekurangan (*liability*). Pertanggungjawaban itu menunjuk kepada adanya kekuasaan pada orang lain, berhadapan dengan pertanggungjawaban yang ada pada seseorang. Ia menunjuk kepada kedudukan seseorang yang dapat diubah oleh penggunaan kekuasaan (orang lain). Pengertian hak pada akhirnya juga dipakai dalam arti kekebalan terhadap kekuasaan hukum orang lain. Sebagaimana kekuasaan itu adalah kemampuan untuk mengubah hubungan-hubungan

²⁴² *Ibid.* hlm. 57.

²⁴³ *Ibid.* hlm. 58.

hukum, kekebalan ini merupakan pembebasan dari adanya suatu hubungan-hubungan hukum untuk dapat diubah oleh orang lain. Hak dari kawan sejawat untuk diadili oleh kawan sejawatnya sendiri tidak dapat dimasukkan ke dalam kategori hak dalam arti sempit, yaitu kemerdekaan maupun kekuasaan. Kekebalan ini mempunyai kedudukan yang sama dalam hubungan dengan kekuasaan, misalnya antara kemerdekaan dengan hak dalam arti sempit, kekebalan adalah pembebasan dari kekuasaan orang lain, sedangkan kemerdekaan merupakan pembebasan dari hak orang lain. Korelatif dari kekebalan adalah ketidakmampuan, yaitu tidak adanya kekuasaan. Dalam arti ini *nemodat quod non habet* dapat diartikan ketidakmampuan orang untuk mengalihkan hak milik kepada orang lain yang ia sendiri tidak memilikinya.

Dalam ilmu hukum terdapat 2 (dua) teori untuk menjelaskan keberadaan hak.

1. *Belangen theorie* (teori kepentingan) oleh Rudolf von Jhering, menyatakan bahwa hak itu sesuatu yang penting bagi seseorang yang dilindungi oleh hukum atau suatu kepentingan yang dilindungi.

2. *Wilsmacht theorie* (teori kehendak) oleh Bernhard Windscheid, menyatakan bahwa hak itu adalah kehendak yang diberikan oleh tata tertib hukum kepada seseorang yang dilengkapi dengan kekuatan. Berdasarkan kehendak, maka seseorang dapat memiliki rumah, mobil, dan sebagainya. Sedangkan anak di bawah umur atau orang sakit ingatan tidak dapat diberi hak karena belum/tidak dapat menyatakan kehendak.²⁴⁴

Hak dapat dibedakan menjadi hak absolut/mutlak dan relatif/nisbi.

1. Hak absolut adalah hak yang memberikan wewenang kepada seseorang untuk melakukan suatu tindakannya yang dapat dipertahankan kepada siapapun, dan sebaliknya maka setiap orang wajib menghormati hak tersebut. Hak mutlak dapat dibedakan menjadi 3 (tiga) golongan: a. Hak asasi manusia. b. Hak publik, misalnya hak negara untuk memungut pajak, menghukum orang bersalah, mewajibkan bela negara. c. Hak keperdataan, misalnya hak marital (hak suami untuk menguasai/mengatur isterinya dan harta benda isterinya), hak/kekuasaan orang tua (*ouderlijke macht*), hak perwalian (*voogdij*), hak pengampuan (*curatele*).

2. Hak relatif adalah hak yang memberikan wewenang kepada seseorang atau sejumlah orang tertentu untuk menuntut agar pihak lain memberikan, melakukan, tidak melakukan

²⁴⁴ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 64.

sesuatu. Hak relatif sebagian besar terdapat pada hukum perdata bagian perikatan, yang timbul berdasarkan persetujuan para pihak. Contohnya hak dari persetujuan jual beli, penjual berhak menerima uang pembayaran dari pembeli, pembeli berhak menerima barang yang dijual.²⁴⁵

7.2. Kewajiban.

Kewajiban adalah suatu beban yang bersifat kontraktual yang timbul apabila terjadi hubungan hukum antara 2 (dua) pihak yang didasarkan pada suatu kontrak atau perjanjian. Selama hubungan hukum yang lahir dari kontrak/perjanjian itu belum berakhir maka pada salah satu pihak ada beban kontraktual, ada keharusan atau kewajiban untuk memenuhinya. Sebaliknya apa yang dinamakan tanggung jawab adalah beban yang bersifat moral. Pada dasarnya sejak lahirnya kewajiban serta merta lahir pula tanggung jawab.²⁴⁶

7.3. Pengelompokan Hak.

1. Hak yang sempurna dan hak yang tidak sempurna. Hak yang sempurna adalah hak yang dapat dilaksanakan melalui hukum, misalnya kalau melalui pemaksaan oleh hukum. Hak yang tidak sempurna adalah hak yang diakui oleh hukum, tetapi tidak selalu dilaksanakan oleh pengadilan, misalnya hak yang dibatasi oleh lembaga daluwarsa.
2. Hak utama dan hak tambahan. Hak utama adalah yang diperluas oleh hak-hak lain. Hak tambahan adalah yang melengkapi hak utama, misalnya perjanjian sewa menyewa tanah yang memberikan hak tambahan kepada hak utama dari pemilik tanah.
3. Hak publik dan hak perdata. Hak publik adalah hak yang ada pada masyarakat pada umumnya, yaitu negara. Hak perdata adalah hak yang ada pada perorangan, misalnya hak seseorang untuk menikmati barang yang dimilikinya.
4. Hak positif dan hak negatif. Hak positif menuntut dilakukan perbuatan-perbuatan positif dari pihak tempat kewajiban korelatifnya berada, misalnya hak untuk menerima keuntungan pribadi. Hak negatif adalah hak untuk mengabaikan bertindak sesuatu, misalnya karyawan yang sakit berhak untuk tidak bekerja sebaaimana biasanya.
5. Hak milik dan hak pribadi. Hak milik berhubungan dengan barang-barang yang dimiliki oleh seseorang yang biasanya dapat dialihkan. Hak pribadi berhubungan dengan kedudukan seseorang yang tidak dapat dialihkan.²⁴⁷

²⁴⁵ Kansil, *Op.cit.*, hlm. 88.

²⁴⁶ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 63.

²⁴⁷ Satjipto, *Op.cit.*, hlm. 62.

7.4. Pengelompokan Kewajiban.

1. Kewajiban mutlak dan kewajiban nisbi. Kewajiban mutlak adalah kewajiban yang tidak mempunyai pasangan hak, misalnya kewajiban yang tertuju kepada diri sendiri, bahwa setiap orang wajib menjaga kesehatan/kebugaran badannya. Kewajiban nisbi adalah kewajiban yang diminta oleh masyarakat pada umumnya dan hanya ditujukan kepada kekuasaan (*sovereign*) yang membawahnya, misalnya pemerintah wajib bertindak menyejahterakan rakyatnya.
2. Kewajiban publik dan kewajiban perdata. Kewajiban publik adalah kewajiban yang berkorelasi dengan hak-hak publik, misalnya kewajiban untuk mematuhi hukum pidana. Sedangkan kewajiban perdata adalah korelatif dari hak-hak perdata, misalnya kewajiban yang timbul dari perjanjian.
3. Kewajiban yang positif dan kewajiban yang negatif. Kewajiban yang positif menghendaki dilakukannya perbuatan positif, misalnya penjual untuk menyerahkan barang yang dijual kepada pembeli. Kewajiban yang negatif adalah yang menghendaki agar suatu pihak tidak melakukan sesuatu, misalnya kewajiban seseorang untuk tidak mengganggu hak atau milik tetangga.
4. Kewajiban universal, umum dan khusus. Kewajiban universal ditujukan kepada semua warga negara, misalnya kewajiban yang timbul karena undang-undang. Kewajiban umum ditujukan kepada segolongan orang-orang tertentu. Misalnya orang asing, orang tua, orang yang tinggal di daerah rawan, orang-orang yang dekat dengan cagar alam. Kewajiban khusus adalah yang timbul dari bidang hukum tertentu, misalnya kewajiban dalam hukum perjanjian.
5. Kewajiban primer dan kewajiban yang bersifat memberi sanksi. Kewajiban primer adalah kewajiban yang timbul dari perbuatan melanggar hukum. Misalnya kewajiban tidak mencemarkan nama baik seseorang, dalam hal ini tidak timbul dari pelanggaran terhadap kewajiban sebelumnya. Kewajiban yang bersifat memberi sanksi, misalnya kewajiban tergugat untuk membayar gugatan pihak lain yang berhasil memenangkan perkara.²⁴⁸

²⁴⁸ *Ibid.* hlm. 61.

BAB VIII

SUBYEK HUKUM DAN OBYEK HUKUM

Subyek hukum adalah segala sesuatu yang dapat mempunyai hak dan kewajiban menurut hukum atau segala pendukung hak dan kewajiban menurut hukum. Subyek hukum adalah setiap makhluk yang berwenang untuk memiliki, memperoleh dan menggunakan hak-hak dan kewajiban dalam lalu lintas hukum, sedangkan sifat subyek hukum yaitu mandiri, terlindungi atau *minderjarig, onbegwaam heid*, perantara. Hakekat subyek hukum dibedakan menjadi manusia atau pribadi kodrati (*natuurlijk persoon*), badan/pribadi hukum (*recht persoon*) dan tokoh atau pejabat (*ambt*). Sementara itu klasifikasi subyek hukum dibedakan menjadi manusia (*natuurlijk persoon*), dan badan hukum (*recht persoon*).²⁴⁹

8.1. Manusia atau Orang

Setiap orang, baik warga negara maupun orang asing adalah subyek hukum, jadi dapat dikatakan bahwa setiap manusia adalah subyek hukum (pendukung hak dan kewajiban) sejak dilahirkan hingga meninggal dunia. Manusia (*natuurlijk persoon*) sebagai subyek hukum telah mempunyai hak dan mampu menjalankan haknya dan dijamin oleh hukum yang berlaku. Dalam hal ini menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1 yang menyatakan bahwa menikmati hak kewarganegaraan tidak bergantung pada kewarganegaraannya. Setiap manusia pribadi (*natuurlijk persoon*) sesuai dengan hukum dianggap cakap bertindak sebagai subyek hukum kecuali dalam undang-undang dinyatakan tidak cakap, seperti halnya dalam hukum telah dibedakan dalam segi tindakan-tindakan hukum.

Syarat-syarat orang cakap hukum meliputi:

1. Orang yang sudah dewasa (sudah berumur 21 tahun).
2. Orang yang belum genap 21 tahun namun pernah menikah.
3. Orang yang tidak sedang menjalani hukuman.
4. Orang yang sehat jasmani dan rohani.

Sedangkan orang yang dinyatakan tidak cakap hukum adalah:

1. Orang belum dewasa.
2. Orang sakit ingatan.
3. Orang kurang cerdas.
4. Orang yang ditaruh di bawah pengampuan.

²⁴⁹ Titik Triwulan Tutik, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prestasi Pustakaraya, Jakarta, hlm. 54.

5. Orang wanita yang belum bersuami (menurut KUHPerdara Pasal 1330).

Batasan usia subyek hukum.

Usia dewasa secara awam adalah sudah genap 17 tahun, karena sudah berhak memiliki KTP, sudah berhak mendapatkan SIM, sehingga sudah berhak menyalurkan suaranya dalam pemilu juga sudah dapat bertanggung jawab atas tindakannya secara hukum. Menurut pandangan hukum, batas usia dewasa seseorang menjadi penting, karena berkaitan dengan boleh tidaknya orang melakukan perbuatan hukum ataupun diperlakukan sebagai subyek hukum, di antaranya berhak untuk membuat perjanjian dengan pihak lain, melakukan tindakan hukum tertentu, misalnya berjual beli benda tidak bergerak atas nama dirinya, tanpa bantuan dari orang tua atau walinya. Sedangkan batas usia dewasa menurut Undang-Undang Perkawinan dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah genap usia 21 tahun atau sudah pernah menikah. Seluruh yuris Indonesia sepakat batas usia dewasa tersebut, misalnya jika ada barang tidak bergerak yaitu berupa tanah atau bangunan yang terdaftar atas nama seseorang yang belum genap 21 tahun, maka untuk melakukan berjual beli atas benda tidak bergerak tersebut, diperlukan ijin/penetapan dari Pengadilan Negeri setempat. Demikian juga untuk melakukan tindakan pendirian suatu Perseroan Terbatas dan sebagainya, jika salah seorang pendirinya belum genap berusia 21 tahun harus diwakili oleh orang tuanya. Namun dengan diundangkannya Undang-Undang No. 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, Pasal 39 ayat (1) menyebutkan bahwa penghadap harus memenuhi syarat sebagai berikut:

1. Penghadap minimal berusia 18 tahun atau telah menikah.
2. Penghadap cakap melakukan perbuatan hukum.

Dengan demikian disimpulkan bahwa sejak itu setiap orang yang sudah berusia 18 tahun atau sudah menikah dianggap sudah dewasa dan dapat bertindak selaku subyek hukum, kecuali orang yang tidak sehat pikirannya atau berada di bawah pengampuan.

Sebagai subyek hukum manusia mempunyai hak dan kewajiban. Meskipun menurut hukum setiap orang tanpa kecuali dapat memiliki hak-haknya akan tetapi tidak semua orang dibolehkan bertindak sendiri-sendiri dalam melaksanakan hak-haknya itu. Misalnya yang digolongkan tidak cakap atau kurang cakap, mereka harus diwakili atau dibantu oleh orang lain dalam bertindak melakukan perbuatan-perbuatan hukum.²⁵⁰

8.2. Badan Hukum.

²⁵⁰ Zainuddin Ali, 2011, *Filsafat Hukum*, Sinar Grafika Offset, Jakarta, hlm. 33.

Badan hukum merupakan badan-badan perkumpulan dari orang-orang (*persoon*) yang diciptakan oleh hukum, atau dengan perkataan lain sebagai perkumpulan atau organisasi yang didirikan dan dapat bertindak sebagai subyek hukum. Badan hukum sebagai subyek hukum dapat bertindak hukum (melakukan perbuatan hukum) seperti manusia.²⁵¹ Dengan demikian badan hukum sebagai pembawa hak (tidak berjiwa) dapat melakukan sebagai pembawa hak manusia. Misalnya dapat mengadakan perjanjian, memiliki kekayaan yang sama sekali terlepas dari kekayaan anggota-anggotanya dan sebagainya, oleh karena itu badan hukum dapat bertindak dengan perantara pengurus-pengurusnya. Sedangkan perbuatan yang dapat menimbulkan akibat hukum yakni tindakan seseorang atau badan hukum berdasarkan suatu ketentuan hukum yang melakukan hubungan hukum. Suatu perkumpulan dapat dimintakan pengesahan sebagai badan hukum dengan cara:

1. Didirikan dengan akta notaris.
2. Didaftarkan ke kantor Panitera Pengadilan Negeri setempat.
3. Dimintakan pengesahan anggaran dasar kepada Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia, sedangkan badan hukum dana pensiun, secara khusus pengesahan anggaran dasarnya dilakukan oleh Menteri Keuangan.
4. Diumumkan dalam Berita Negara Republik Indonesia.²⁵²

Badan hukum dibedakan menjadi 2 (dua) bentuk, yaitu badan hukum publik atau *publiek recht persoon* dan badan hukum privat atau *privaat recht persoon*.

1. Badan hukum publik atau *publiek recht persoon*, adalah badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum publik, yaitu yang menyangkut kepentingan publik atau orang banyak atau negara pada umumnya. Badan hukum publik merupakan badan hukum negara yang dibentuk oleh penguasa berdasarkan perundang-undangan yang dijalankan secara fungsional oleh eksekutif (pemerintah) atau badan pengurus yang diberi tugas untuk itu. Contohnya Negara Republik Indonesia, Pemerintah Daerah Provinsi, Pemerintah Kota/Kabupaten.
2. Badan hukum privat atau *privaat recht persoon* adalah badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum privat/sipil atau perdata yang menyangkut kepentingan banyak orang dalam badan hukum itu. Badan hukum privat merupakan badan hukum swasta yang didirikan orang untuk tujuan tertentu, yakni mendapat keuntungan, pendidikan,

²⁵¹ Soedjono Dirdjosiswojo, *Op.cit.*, hlm. 128.

²⁵² Chidir Ali, 2005, *Badan Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 18, dalam Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 57.

sosial, ilmu pengetahuan, dan lain sebagainya menurut hukum yang berlaku secara sah. Contohnya perseroan terbatas, badan amal, koperasi, yayasan dan sebagainya.²⁵³

8.3. Obyek Hukum

Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 499, obyek hukum ialah benda, yaitu segala sesuatu yang berguna bagi subyek hukum atau segala sesuatu yang menjadi pokok permasalahan dan kepentingan bagi para subyek hukum atau segala sesuatu yang dapat menjadi obyek hak milik. Berdasarkan Pasal 503 dan Pasal 504 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata benda yang menjadi obyek hukum dibedakan menjadi 2 (dua) jenis, yaitu benda yang bersifat tidak kebendaan atau *immateriele goederen* dan benda yang bersifat kebendaan/berwujud atau *materiele goederen*. Benda yang bersifat tidak kebendaan atau *immateriele goederen* adalah suatu benda yang dirasakan oleh alat indera saja dan tidak dapat dilihat, jadi abstrak sifatnya, namun kemudian direalisasikan menjadi suatu kenyataan. Misalnya merek perusahaan, hak paten, ciptaan musik, hak nama baik. Benda berwujud adalah suatu benda yang sifatnya dapat dilihat, diraba dan dirasakan dengan alat indera. Benda berwujud meliputi benda bergerak dan benda tidak bergerak.

Benda bergerak atau benda tidak tetap dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu benda yang tidak dapat dihabiskan dan benda yang dapat dihabiskan. Benda yang tidak dapat dihabiskan menurut hukum dibedakan sebagai berikut. Benda bergerak karena sifatnya, menurut Pasal 509 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah benda yang dapat dipindahkan misalnya meja dan sebagainya, atau benda yang dapat pindah sendiri misalnya ternak. Benda bergerak karena ketentuan perundang-undangan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 511 adalah hak-hak atas benda bergerak, misalnya hak memungut hasil atas benda bergerak, hak pakai atas benda bergerak, saham-saham pada perseroan terbatas.

Benda tak bergerak atau benda tetap, dibedakan sebagai berikut:

1. Benda tak bergerak karena sifatnya, yakni tanah dan segala sesuatu yang melekat di atasnya misalnya area, arca, pohon, tetumbuhan dan tanaman.
2. Benda tak bergerak karena tujuannya, misalnya mesin dan alat-alat yang dipakai dalam pabrik. Mesin yang bergerak tetapi karena pemakaiannya dihubungkan atau dikaitkan pada benda tak bergerak yang merupakan benda pokok.

²⁵³ *Ibid.* hlm. 58.

3. Benda tak bergerak karena ketentuan undang-undang yaitu berwujud hak-hak atas benda-benda tak bergerak, misalnya hak memungut hasil atas benda yang tak bergerak, hak pakai atas benda tak bergerak dan hak hipotik (hak gadai).

Pembedaan benda menjadi benda bergerak dan benda tak bergerak adalah penting karena berkaitan dengan 4 (empat) hal, yakni:

1. Pemilikan (kedudukan kuasa) atau *bezit* yang dalam hal benda bergerak berlaku asas yang dicantumkan pada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1977, yaitu *bezitter* dari benda bergerak adalah pemilik atau *eigenaar* dari barang tersebut. Sedangkan untuk benda tak bergerak/tetap tidak demikian halnya.
2. Penyerahan atau *levering* yakni terhadap benda bergerak dapat dilakukan penyerahan secara nyata atau *hand by hand* sedangkan untuk benda tak bergerak dilakukan balik nama.
3. Daluwarsa atau *verjaring* yakni untuk benda-benda bergerak tidak mengenal daluwarsa, sebab *bezit* di sini sama dengan pemilikan atau *eigendom* atas benda bergerak tersebut, sedangkan untuk benda tak bergerak mengenal adanya daluwarsa.
4. Pembebanan atau *bezwaring* yakni terhadap benda bergerak dilakukan *pand* atau gadai/*fudusia*, sedangkan untuk benda tak bergerak dilakukan dengan hipotik (hak gadai) adalah hak tanggungan untuk tanah serta benda-benda selain tanah digunakan *fidusia*.²⁵⁴

²⁵⁴ *Ibid.* hlm. 61.

BAB IX

HUKUM SEBAGAI INSTITUSI KEADILAN

Keadilan telah menjadi perhatian sejak jaman kuno, bangsa Yunani kuno telah memiliki dewi yang khusus menangani keadilan, yaitu dewi Themis yang digambarkan sebagai wanita yang memegang dacin dan suatu untaian barang (*cornucopia*). Dewi Themis adalah dewi keadilan alamiah atau *natural justice*. Bangsa Romawi mengambil alih dewi ini dengan nama *Justitia* yang digambarkan sebagai wanita yang memegang dacin dan pedang serta mengenakan tutup mata sebagai lambang keadilan yang tidak memihak. *Justitia* adalah dewi keadilan untuk hukum manusia. Keadilan sering dibedakan dari hukum itu sendiri terutama apabila orang tidak merasa puas dengan hukum yang ada. Oleh karenanya ada yang berpendapat bahwa tujuan hukum adalah keadilan. Walaupun demikian ada pandangan bahwa tidak sepenuhnya tepat jika dikatakan bahwa tujuan hukum adalah semata-mata keadilan.²⁵⁵

Hukum membicarakan hubungan antar manusia yang menuju ke keadilan hukum. Dengan demikian setiap pembicaraan hukum, baik secara jelas atautkah secara samar-samar -bahkan terselubung- senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula. Kita tidak dapat membicarakan hukum hanya sampai kepada wujudnya sebagai suatu bangunan yang formal, namun juga perlu memandangnya sebagai ekspresi dari cita-cita keadilan masyarakatnya. Jika pengkajian terhadap hukum dan sistem sosial hanya sampai di situ, maka sesungguhnya pengetahuan kita tentang hukum sebagai obyek yang dipelajari terlalu dangkal.²⁵⁶

Apakah yang menjadi dasar hukum untuk melarang suatu perbuatan? Misalnya dilarang mencuri, dilarang membunuh, dilarang ingkar janji. Pelarangan demikian karena tindakan itu tidak sesuai dengan rasa keadilan. Masalahnya sudah menjadi lebih luas, yaitu bahwa hukum yang memasuki hubungan antar manusia, tidak dapat hanya menganggap hubungan itu dari segi ketertiban saja, melainkan juga dari segi keadilan. Dalam hubungan antar manusia senantiasa terlibat keadilan. Apabila seseorang berhubungan dengan orang lain, maka membangkitkan pertanyaan tentang apakah yang menjadi penyebabnya. Banyak faktor yang dapat ditunjuk sebagai penyebab.²⁵⁷ Salah satu faktor penyebabnya adalah adanya masalah/persoalan pelanggaran hak yang harus dipecahkan. Tentang ukuran untuk

²⁵⁵ Donald Albert Rumokoy dan Frans Maramis, *Op.cit.*, hlm. 142.

²⁵⁶ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 159.

²⁵⁷ *Ibid.* hlm. 160.

menentukan bagaimana persoalan itu dipecahkan, maka berarti telah memasuki persoalan hukum yang disebut keadilan. Keadilan memang dapat dirumuskan secara sederhana, sebagai tolok ukur untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan di atas. Di sini dikutip berbagai perumusan mengenai keadilan, serta untuk melihat bagaimana rumusan-rumusan tersebut berkait dengan pertanyaan di atas.²⁵⁸

1. Keadilan menurut Ulpianus adalah kemauan yang bersifat tetap dan terus menerus untuk memberikan kepada setiap orang apa yang semestinya untuknya. *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.*
2. Keadilan menurut Aristoteles adalah suatu kebijakan politik yang aturan-aturannya menjadi dasar dari peraturan negara dan aturan-aturan ini merupakan ukuran tentang apa yang hak. Orang harus mengendalikan diri dari *pleonexia*, yaitu memperoleh keuntungan bagi diri sendiri dengan cara merebut apa yang merupakan kepunyaan orang lain, atau menolak apa yang seharusnya diberikan kepada orang lain. Aristoteles mendekati masalah keadilan dari segi persamaan. Asas ini menghendaki agar sumber daya di dunia diberikan atas asas persamaan kepada anggota-anggota masyarakat atau negara. Hukum hendaknya menjaga agar pembagian yang demikian senantiasa terjamin dan dilindungi dari perkosaan-perkosaan terhadapnya. Dalam hubungan ini dibedakan antara keadilan distributif dan keadilan korektif. Keadilan distributif mempersoalkan bagaimana negara atau masyarakat membagi sumber daya kepada orang-orang. Menurut Aristoteles kedua-duanya mengikuti asas persamaan yang dikatakan, harus ada persamaan dalam bagian yang diterima oleh orang-orang, oleh karena rasio dari yang dibagi harus sama dengan rasio dari orang-orangnya, sebab apabila orang-orangnya tidak sama maka di situ tidak akan ada bagian yang sama pula, maka apabila orang-orang yang sama tidak menerima bagian yang sama, atau orang-orang yang tidak sama menerima bagian yang sama, timbulah sengketa dan pengaduan.
3. Keadilan menurut Justinian adalah kebijakan yang memberikan hasil, bahwa setiap orang mendapat apa yang merupakan bagiannya.
4. Keadilan menurut Herbert Spencer adalah setiap orang bebas untuk menentukan apa yang akan dilakukan, asal ia tidak melanggar yang sama dari orang lain.
5. Keadilan menurut Roscoe Pound memandang dalam hasil-hasil konkret yang dapat diberikannya kepada masyarakat. Roscoe Pound memandang bahwa hasil yang diperoleh itu hendaknya berupa pemuasan kebutuhan, dan menghindari perbenturan

²⁵⁸ *Ibid.* hlm. 163.

antar manusia dalam menikmati sumber-sumber daya, singkatnya *social engineering* yang makin efektif.

6. Keadilan menurut Nelson tidak ada arti lain kecuali persamaan pribadi.
7. Keadilan menurut John Salmond adalah norma yang menentukan ruang lingkup dari kemerdekaan individual dalam mengejar kemakmuran individual, sehingga dengan demikian membatasi kemerdekaan individu dalam batas-batas sesuai dengan kesejahteraan umat manusia.
8. Keadilan menurut Hans Kelsen adalah suatu tertib sosial tertentu yang di bawah lindungannya usaha untuk mencari kebenaran dapat berkembang dengan subur. Keadilan menurut Hans Kelsen adalah keadilan kemerdekaan, keadilan perdamaian, keadilan demokrasi dan keadilan toleransi.
9. Keadilan menurut John Rawl adalah sebagai *fairnees*, yang mengandung asas-asas, bahwa orang-orang yang merdeka dan rasional yang berkehendak untuk mengembangkan kepentingan-kepentingannya hendaknya memperoleh suatu kedudukan yang sama pada waktu akan memulainya, dan itu merupakan syarat yang fundamental bagi mereka untuk memasuki perhimpunan yang mereka kehendaki.²⁵⁹

Keadilan adalah ukuran yang dipakai dalam memberikan perlakuan terhadap obyek di luar diri kita. Obyek di luar diri kita adalah manusia, sama dengan kita. Oleh karena itu ukuran tersebut tidak dapat dilepaskan dari arti yang diberikan kepada manusia atau kemanusiaan, tentang konsep manusia. Bagaimana anggapan tentang manusia, itulah yang akan membuahkan ukuran-ukuran yang akan dipakai dalam memberikan perlakuan terhadap orang lain. Apabila manusia itu dianggap sebagai makhluk yang mulia, maka perlakuan kepadanya pun akan mengikuti anggapan yang demikian itu dalam hal ini akan menemukan ukuran yang akan dipakai dalam menghadapi mereka.

Dari berbagai rumusan keadilan sebagaimana tersebut di atas, kita dapat belajar tentang berbagai pandangan orang mengenai hakikat manusia itu dan sebagai kelanjutannya, bagaimana kita hendaknya memperlakukan mereka. Sebagian memandangnya dari segi kemerdekaan yang mereka anggap sebagai bagian mutlak dari hidup manusia di dunia. Kemerdekaan merupakan milik yang paling berharga dari manusia dan oleh karena itu, apabila kita tidak menghormatinya, maka hal itu berarti sama dengan memperlakukan orang secara tidak manusiawi. Demikian sekiranya sudut pemahaman yang dipakainya. Berdasarkan keyakinan yang demikian itu, maka keadilan adalah suatu suasana

²⁵⁹ *Ibid.* hlm. 165.

yang memberikan kesempatan bagi kemerdekaan manusia untuk dapat berkembang secara saksama. Keadilan juga dipahami sebagai suatu keadaan jiwa atau sikap. Pendapat orang yang berdiri di belakang konsep yang demikian ini sudah mempermasalahakan mentalitas manusia. Dalam pandangan ini orang hanya dapat bertindak adil manakala ia memiliki suatu ciri sikap jiwa yang tertentu. Dengan perkataan lain keadilan bukanlah suatu yang dapat direkayasa melalui logika atau penalaran, namun melibatkan keseluruhan pribadi seseorang. Misalnya Ulpianus berpendapat, bahwa keadilan adalah kemauan yang bersifat tetap pada seseorang dan seterusnya. Pada kelompok ini dijumpai rumusan tentang keadilan berdasarkan nilai yang lebih abstrak lagi, yaitu kebenaran. Dengan demikian bertindak adil sama dengan bertindak secara benar dan keadilan adalah suatu usaha untuk mengejar kebenaran.²⁶⁰

²⁶⁰ *Ibid.* hlm. 166.

BAB X

ASAS-ASAS HUKUM

10.1. Pengertian Asas Hukum

Istilah asas secara terminologi memiliki 2 (dua) pengertian, pengertian pertama yaitu dasar atau fundamen dan pengertian yang ke dua adalah kebenaran yang menjadi pokok dasar atau tumpuan berpikir suatu pendapat. Tesaurus (kamus) bahasa Indonesia memberi arti untuk kata asas sebagai:

1. Akar, alas, basis, dasar, fondasi, fundamen, hakekat, hukum, landasan, lunas, pangkal, pegangan, pilar, pokok, prinsip, rukun, sandaran, sendi, teras, tiang, tonggak.
2. Hukum, kaidah, kode etik, norma, patokan, pedoman, pijakan, tata cara.

Dalam bahasa Inggris ternyata juga sama yaitu memiliki 2 (dua) pengertian, asas diterjemahkan dengan *principle, principality*. Oxford Dictionary menjelaskan *principle* sebagai:

1. *Moral rule or strong belief that influences your actions.*
2. *Basic general truth.*²⁶¹

Sementara kamus hukum memberikan pemaknaan asas sebagai suatu alam pikiran yang dirumuskan secara luas dan mendasari adanya suatu norma hukum.²⁶² Asas hukum atau *rechtsbeginsel, legal principle* adalah filosofi yang menjadi inti dari sejumlah norma hukum. Asas hukum merupakan dasar pikiran dari undang-undang atau *ratio leges*. Ada kalanya dirumuskan secara tegas dalam undang-undang dengan menyatakannya sebagai asas hukum, namun ada kalanya hanya dapat disimpulkan dari bunyi suatu pasal atau gabungan dari beberapa pasal.²⁶³ Sehingga asas hukum juga dapat dipahami sebagai dasar-dasar umum yang terkandung dalam peraturan hukum, dan dasar-dasar umum tersebut merupakan sesuatu yang mengandung nilai-nilai etis. Asas hukum bukanlah norma hukum konkret karena asas hukum adalah jiwanya norma hukum. Norma hukum merupakan penjabaran secara konkrit dari asas hukum. Dikatakan asas hukum sebagai jiwanya norma hukum atau peraturan hukum, karena asas hukum merupakan dasar lahirnya peraturan

²⁶¹ *Oxford Learner's Pocket Dictionary*, 2003, New Edition, Oxford University Press, hlm. 340.

²⁶² *Kamus Hukum*, 2008, Citra Umbara, Bandung, hlm. 31.

²⁶³ Donald Albert Rumokoy dan Frans Maramis, *Op.cit.* hlm. 143.

hukum. Asas hukum merupakan petunjuk arah bagi pembentuk hukum dan pengambil keputusan. Asas hukum tidak mempunyai sanksi sedangkan norma hukum mempunyai sanksi. Pada umumnya asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkrit atau pasal-pasal, misalnya asas *fictie* hukum, *fictie* berarti bersifat khayal, atau suatu akal dari pengundang-undang yang menyatakan sesuatu sebagai ada namun sebetulnya tidak ada, contohnya asas *pacta sunt servanda* artinya persetujuan harus dipatuhi/dilaksanakan. Sedangkan asas hukum yang dituangkan dalam peraturan konkret misalnya asas *presumption of innocent*.²⁶⁴

Setiap peraturan perundang-undangan yang dibuat selalu didasari oleh sejumlah asas atau prinsip dasar. Asas hukum merupakan fondasi suatu peraturan perundang-undangan. Apabila asas tersebut dikesampingkan, maka bangunan undang-undang dan segenap peraturan pelaksanaannya akan runtuh. Asas hukum bukan merupakan hukum konkrit, melainkan merupakan pikiran dasar yang umum dan abstrak, atau merupakan latar belakang peraturan konkrit yang terdapat di dalam dan di belakang setiap sistem hukum. Hal ini terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat ditemukan dengan mencari sifat-sifat atau ciri-ciri yang umum dalam peraturan konkrit tersebut.²⁶⁵

Asas hukum bukan peraturan hukum, namun tidak ada hukum yang dapat dipahami tanpa mengetahui asas-asas hukum yang ada di dalamnya. Karena asas hukum itu memberi makna etis kepada peraturan-peraturan hukum dan tata hukum. Asas hukum diibaratkan sebagai jantung peraturan hukum, atas dasar 2 (dua) alasan:

1. Asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum. Berarti penerapan peraturan-peraturan hukum itu dapat dikembalikan kepada asas hukum.
2. Asas hukum karena mengandung tuntunan etis, maka asas hukum diibaratkan sebagai jembatan antara peraturan-peraturan hukum dengan cita-cita sosial dan pandangan etis masyarakatnya.²⁶⁶

Tidak semua asas tertuang dalam peraturan atau pasal yang konkret. Sebab adanya rujukan pada asas *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*, dan asas *presumption of innocent*.²⁶⁷ Asas hukum tidak hanya mempengaruhi hukum positif, namun

²⁶⁴ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.*, hlm. 35.

²⁶⁵ *Ibid.* hlm. 34.

²⁶⁶ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 45.

²⁶⁷ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 35.

dalam banyak hal tidak menutup kemungkinan asas hukum itu dapat membentuk sistem *checks and balance*. Dalam arti asas hukum itu sering menunjukkan pada norma yang berlawanan. Hal ini menunjukkan pada sifat yang saling mengendalikan dan membatasi, yang akan menciptakan keseimbangan.²⁶⁸

Bellefroid menyebutkan bahwa asas hukum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan yang dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Asas hukum itu merupakan pengendapan hukum positif dalam suatu masyarakat.

van Ikema Hommes menyebutkan asas hukum itu tidak boleh dianggap sebagai norma-norma hukum yang konkrit akan tetapi perlu dipandang sebagai dasar-dasar atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku. Dengan perkataan lain asas hukum adalah dasar-dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif.²⁶⁹

Secara umum asas hukum diklasifikasikan menjadi 2 (dua), yaitu asas hukum umum dan asas hukum khusus.

1. Asas hukum umum ialah asas yang berhubungan dengan bidang hukum yang berlaku untuk semua bidang hukum, misalnya asas *equity before the law*, asas *lex posterior derogat legi priori*, asas bahwa apa yang lahirnya tampak benar, untuk sementara harus dianggap demikian sampai diputus -oleh- pengadilan. Menurut Paul Scholten ada 5 (lima) asas hukum umum yaitu, asas kepribadian, asas persekutuan, asas kesamaan, asas kewibawaan, asas pemisahan antara baik dan buruk.
2. Asas hukum khusus ialah asas yang berfungsi dalam bidang yang lebih sempit misalnya dalam bidang hukum perdata, hukum pidana dan lain sebagainya.²⁷⁰

Apakah ada asas hukum yang tidak terpengaruh waktu dan tempat? Apakah ada asas hukum yang berlaku universal? Scholten menjawab pertanyaan tersebut dengan mengetengahkan bahwa ada 5 (lima) asas hukum umum yaitu asas; kepribadian, persekutuan, kesamaan, kewibawaan, dan asas pemisahan antara baik dan buruk. Empat asas pertama itu terdapat dalam setiap sistem hukum atau dengan perkataan lain, tidak ada sistem hukum yang tidak mengenal keempat asas hukum tersebut. Masing-masing dari 4 (empat) asas hukum yang disebutkan pertama ada kecenderungan untuk menonjol dan mendesak yang lain. Masyarakat atau masa tertentu lebih menghendaki yang satu daripada

²⁶⁸ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 155.

²⁶⁹ Sudikno Mertokusumo 1, *Op.cit.* hlm. 34.

²⁷⁰ *Ibid.* hlm. 36.

yang lain. Noma hukum adalah pedoman tentang apa yang seyogianya dilakukan dan apa yang seyogianya tidak dilakukan, ini berarti pemisahan antara yang baik dengan yang buruk. Keempat asas hukum yang disebutkan pertama didukung oleh pikiran bahwa dimungkinkan memisahkan antara baik dan buruk. Dalam asas kepribadian, manusia menginginkan adanya kebebasan individu. Asas kepribadian itu menunjuk pada pengakuan kepribadian manusia, bahwa manusia adalah subyek hukum, penyanggah hak dan kewajiban. Dalam asas persekutuan, yang dikehendaki adalah persatuan, kesatuan dan cinta kasih, keutuhan masyarakat. Asas kesamaan menghendaki adanya keadilan dalam arti setiap orang adalah berkedudukan sama di dalam hukum atau *equality before the law*, setiap orang harus diperlakukan sama dan sederajat. Perkara yang sama atau sejenis harus diputus sama (serupa) pula. Asas *similia similibus* artinya yang sama oleh yang sama. Keadilan merupakan realisasi asas kesamaan ini. Sedangkan asas kewibawaan memperkirakan adanya ketidaksamaan.²⁷¹

10.2. Fungsi Asas Hukum

Fungsi asas hukum dibedakan menjadi fungsi dalam hukum dan fungsi dalam ilmu hukum.

1. Fungsi dalam hukum artinya mendasarkan eksistensinya pada rumusan oleh pembentuk undang-undang dan hakim (fungsi yang bersifat mengesahkan) serta mempunyai pengaruh yang normatif dan mengikat para pihak.
2. Fungsi dalam ilmu hukum artinya hanya bersifat mengatur dan menjelaskan atau eksplanatif. Tujuannya adalah memberi ikhtisar, tidak bersifat normatif dan tidak termasuk hukum positif.²⁷²

10.3. Beberapa Asas Hukum.

1. *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.* (Peraturan-peraturan dari hukum adalah: hidup dengan patut, tidak merugikan orang lain, memberikan kepada orang lain apa yang menjadi bagiannya). Asas ini dirumuskan bangsa Romawi (*Corpus Juris Civilis*) dan merupakan asas hukum yang paling umum. Oleh karenanya van Apeldoorn mengatakan bahwa asas ini merupakan peraturan-praturan dasar dari segala hukum.²⁷³

²⁷¹ *Ibid.* hlm. 37.

²⁷² *Ibid.* hlm. 36.

²⁷³ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 555.

2. *Eenieder wordt geacht de wet te kennen* atau *eidereen wordt geacht de wette kennen* artinya setiap orang dianggap mengetahui undang-undang. Asas ini merupakan suatu fiksi, namun fiksi yang diperlukan sehingga orang tidak beralasan bahwa dirinya tidak tahu adanya suatu undang-undang. Dalam undang-undang di Indonesia biasanya dicantumkan kalimat: Agar setiap orang mengetahuinya, memerintahkan pengundangan undang-undang ini dengan penempatannya dalam Lembaran Negara Republik Indonesia. Dengan penempatannya dalam lembaran negara, maka setiap orang dianggap tahu tentang adanya undang-undang yang bersangkutan, sehingga tidak ada alasan bagi yang melanggarnya bahwa undang-undang itu belum diketahui berlakunya.

3. *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita refocari.* (Undang-undang dan peraturan raja berlaku untuk peristiwa-peristiwa hukum yang dilakukan kemudian, dan tidak berlaku untuk peristiwa-peristiwa hukum yang telah lampau). Artinya undang-undang hanya mengikat ke depan dan tidak berlaku surut. Contohnya dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. BAB. XA, Pasal 28 I ayat (1). Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

4. *Lex superior derogat legi inferiori*, yaitu ketentuan yang lebih tinggi mengesampingkan ketentuan yang lebih rendah. Asas ini sesuai dengan teori tangga peraturan perundang-undangan atau *Stufenbau der Rechtsordnung* dari Hans Kelsen yang menyatakan bahwa kekuatan mengikat suatu peraturan atau norma terletak pada peraturan atau norma yang lebih tinggi. Karena itu peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi yang menjadi dasar kekuatan mengikatnya. Apabila peraturan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, maka peraturan yang lebih rendah dikesampingkan oleh peraturan yang lebih tinggi.

5. *Lex posterior derogat legi priori*, yaitu ketentuan yang lebih kemudian mengesampingkan ketentuan yang lebih dulu. Dengan perkataan lain bahwa undang-undang yang lebih baru mengesampingkan undang-undang yang lebih lama, hal ini berlaku untuk peraturan perundang-undangan yang sederajat.

6. *Lex specialis derogat legi generali*, yaitu ketentuan yang khusus mengesampingkan ketentuan yang umum. Ada kalanya undang-undang memberi penegasan mengenai ini, contohnya, Kitab Undang-Undang Hukum Dagang atau *Wetboek van Koophandel*, Pasal 1

menentukan bahwa selama dalam kitab undang-undang ini terdapat Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tidak diadakan penyimpangan khusus, maka Kitab Undang-Undang Hukum Perdata berlaku juga terhadap hal-hal yang dibicarakan dalam kitab undang-undang ini. Ketentuan dalam Pasal 1 ini berarti apabila dalam Kitab Undang-Undang Hukum Dagang ada ketentuan khusus maka ketentuan khusus dalam Kitab Undang-Undang Hukum Dagang yang akan berlaku, bukannya ketentuan bersifat umum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata atau *Burgerlijk Wetboek*.

7. *Pacta sunt servanda* atau perjanjian adalah mengikat. Asas ini merupakan dasar pikiran dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pasal 1338 ayat (1) yang menyatakan bahwa tiap perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi pihak-pihak yang membuatnya. Asas ini sudah dikenal sejak lama namun Hugo de Groot atau Grotius yang telah membelanya secara panjang lebar sehingga menjadi salah satu asas yang menonjol, termasuk juga sebagai asas dalam hukum internasional.

8. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*. (Tidak seorang pun dapat memberikan hak pada orang lain melebihi dari yang dimilikinya). Asas ini sudah dikenal dalam hukum Romawi atau *Corpus Iuris Civilis*.

9. *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali* atau *No crime, no punishment without a previous penal law*. (Tiada kejahatan, tiada pidana tanpa adanya undang-undang pidana terlebih dahulu). Asas ini juga disebut asas legalitas atau *principle of legality*, merupakan asas utama dalam bidang hukum pidana, dimuat pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 1. Rumusan Latin asas ini berasal dari Anselm von Feuerbach.²⁷⁴

10. *Actum non facit reum nisi mens sit rea*. (Perbuatan tidak membentuk kejahatan kecuali jika jiwanya bersalah). Asas ini merupakan asas hukum pidana dalam hukum negara-negara *Common Law*. Asas ini sejajar dengan asas *Geen straf zonder schuld* atau tiada pidana tanpa kesalahan, dalam hukum pidana Indonesia dan Belanda, asas ini menekankan bahwa untuk menghukum seseorang ada 2 (dua) hal pokok yang harus diperhatikan, yaitu adanya tindakan yang salah atau *actus reus* dan adanya psikhis yang salah atau *mens rea*.²⁷⁵

²⁷⁴ Menurut Machteld Boot, 2002, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crime, nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intercientia, hlm. 84, fotenote 12, rumusan *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* berasal dari P.J. Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltigen peinlichen Rechts*, Giessen 1801, paras 8-12, 24 (Annotated and Published by C.J.A. Mittermaier, originally 1847, Aalen 1973), dalam Donald Albert Rumokoy dan Frans Maramis, *Op.cit*, hlm. 148.

²⁷⁵ *Ibid.* hlm. 148.

11. *In du bio pro reo*, dalam keraguan diberlakukan ketentuan yang menguntungkan bagi terdakwa.
12. *Similia similibus*, ialah bahwa perkara yang sama (sejenis) harus diputus sama (serupa).
13. *Res judicata pro veritate habetur*, artinya putusan hakim dianggap benar sampai ada putusan hakim lain yang mengoreksinya.
14. *Lex dura set ita scripta*, atau *lex dura set tamen scripta*, artinya undang-undang bersifat memaksa sehingga tidak dapat diganggu gugat, undang-undang itu keras tapi memang ia sudah ditulis demikian.
15. *Audi et alteram partem* atau *audiatur et altera pars*, artinya para pihak harus didengar. Contohnya, apabila persidangan sudah dimulai, maka hakim harus mendengar atau meminta keterangan dari kedua belah pihak yang bersengketa, bukan hanya dari satu pihak saja.
16. *Ne bis in idem* atau *bis de eadem re ne sit action*, artinya mengenai perkara yang sama dan sejenis tidak boleh disidangkan untuk yang ke 2 (dua) kalinya. Contohnya dimuat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 76.
17. *Clausula rebus sic stantibus*, yaitu suatu syarat dalam hukum internasional, bahwa suatu perjanjian antar negara masih tetap berlaku, apabila situasi dan kondisinya tetap sama.
18. *Cogitationis poenam nemo patitur*, ialah tiada seorang pun dapat dihukum oleh sebab apa yang dipikirkan, artinya pikiran atau niat yang ada di hati seseorang untuk melakukan kejahatan tetapi tidak dilaksanakan atau tidak diwujudkan maka ia tidak boleh dihukum. Di sini menunjukkan bahwa hukum itu bersifat lahir, apa yang dilakukan secara nyata itulah yang diberi sanksi.
19. *Summum ius summa iniura*, artinya kepastian hukum yang tertinggi, adalah ketidakadilan yang tertinggi.
20. *Ius curria novit*, yaitu hakim dianggap mengetahui hukum. Artinya hakim tidak boleh menolak mengadili dan menolak memutus perkara yang diajukan kepadanya, dengan alasan tidak ada hukumnya karena hakim dianggap mengetahui hukum.
21. *Presumption of innocence* atau pra duga tak bersalah, artinya seseorang tidak boleh disebut bersalah, sebelum dibuktikan kesalahannya melalui keputusan hakim yang berkekuatan hukum tetap.

22. *Unus testis nullus testis* atau satu saksi bukanlah saksi. Artinya hakim harus memandang persoalan secara obyektif dan mempercayai keterangan saksi minimal 2 (dua) orang saksi, dengan keterangan yang tidak saling kontradiksi, atau juga keterangan saksi yang hanya 1 (satu) orang terhadap suatu kasus, tidak dapat dinilai sebagai saksi.
23. *Fair rial* atau *self incrimination* artinya pemeriksaan tidak memihak, atau memberatkan salah 1 (satu) pihak atau memberatkan terdakwa.
24. *Speedy administration of justice* atau peradilan yang cepat. Artinya seseorang berhak untuk cepat diperiksa oleh hakim demi terwujudnya kepastian hukum bagi mereka.
25. *The rule of law*, ialah semua manusia sama kedudukannya di depan hukum, atau persamaan memperoleh perlindungan hukum.
26. *Nemo judex (testis) indoneus in propira causa*, ialah tidak seorang pun dapat menjadi hakim dalam perkaranya sendiri. Artinya seorang hakim dianggap tidak akan mampu berlaku obyektif terhadap perkara bagi dirinya sendiri atau keluarganya, sehingga ia tidak dibenarkan bertindak untuk mengadilinya.
27. *Stare decedens et qujeta non movere* atau *the binding force of precedent*, ialah pengadilan (hakim) terdahulu, mengikat hakim-hakim lain pada peristiwa yang sama (asas ini dianut oleh negara-negara yang bersistem Anglo Saxon).
28. *Restitutio in integrum*, ialah kekacauan dalam masyarakat, haruslah dipulihkan pada keadaan semula (aman). Artinya hukum harus memerankan fungsinya sebagai sarana penyelesaian konflik.
29. *Errare humanum est, turpe in errore perseverare*, artinya membuat kekeliruan itu manusiawi, namun tidaklah baik untuk mempertahankan terus kekeliruan tersebut.
30. *Fiat justitia pereat mundus* atau *fiat justitia ruat coelum*, artinya selakipun esok langit akan runtuh atau dunia akan musnah, keadilan harus tetap ditegakkan.
31. *Dominus litis* (asas keaktifan hakim), artinya keaktifan hakim dimaksudkan untuk mengimbangi kedudukan para pihak.
32. *Ultimum remedium* (pengadilan sebagai upaya terakhir), artinya sengketa sedapat mungkin diselesaikan melalui upaya administrasi (upaya mufakat) jika belum puas maka ditempuh upaya pengadilan. Contohnya Undang-Undang Pengadilan Tata Usaha Negara Pasal 48.

35. *Opinio necessitates*, ialah keyakinan atas sesuatu menurut hukum adalah perlu sebagai upaya untuk timbulnya hukum kebiasaan.

36. *Quiquid est in territorio, etiam est de territorio*, ialah asas hukum internasional yang menyatakan bahwa apa yang berada dalam batas wilayah negara, tunduk kepada negara itu.

37. *Jus cogens* (norma yang memaksa) artinya norma yang memiliki keutamaan dibandingkan dengan norma-norma yang lain. Dalam hal suatu norma telah memiliki status *jus cogen*, tidak dimungkinkan untuk mengalami pembatalan atau modifikasi oleh tindakan apapun.²⁷⁶ Contoh norma-norma *jus cogen* yaitu genosida, diskriminasi rasial dan agresi.

38. *Equality before sovereign rights* (asas hidup berdampingan secara damai), artinya setiap negara memiliki kesamaan kedaulatan, kesetaraan hak dan kewajiban sebagai anggota organisasi internasional, tanpa mempertimbangkan adanya perbedaan ekonomi, sosial, politik dan sifat lainnya. Negara yang hidup berdampingan secara damai juga terkandung prinsip menyelesaikan sengketa secara damai atau larangan menggunakan perang sebagai instrumen kebijakan luar negeri.²⁷⁷

²⁷⁶ Jawahir Tantowi dan Pranoto Iskandar, 2006, *Hukum Internasional Kontemporer*, Refika Aditama, Bandung, dalam dalam Lukman Santoso Az dan Yahyanto, hlm. 160.

²⁷⁷ Lukman Santoso dan Yahyanto, *Op.cit.*

BAB XI

KENYATAAN HUKUM

11. 1. Pendahuluan.

Disiplin hukum lazimnya diartikan sebagai suatu sistem ajaran tentang hukum sebagai norma dan sebagai kenyataan atau realitas hukum (perilaku atau sikap tindak). Artinya disiplin hukum menyoroti hukum sebagai sesuatu yang dicita-citakan maupun sebagai realitas. Hukum yang dirumuskan di dalam bentuk ketentuan-ketentuan di dalam pelbagai kitab undang-undang -misalnya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana- merupakan hukum yang dicita-citakan atau hukum dalam arti norma atau kaedah. Hukum adat misalnya yang merupakan hukum kebiasaan yang hidup (akan tetapi tidak dengan sendirinya senantiasa adil), merupakan kenyataan atau realitas hukum. Pada dasarnya disiplin hukum bersegi ganda, yakni mencakup segi umum dan segi khusus.²⁷⁸

1. Segi umum.

Apabila ditelaah lebih lanjut, maka disiplin hukum paling sedikit mencakup 3 (tiga) bidang, yakni ilmu-ilmu hukum, politik hukum dan filsafat hukum, masing-masing dengan ruang lingkupnya yang tertentu. Dalam hal ini dapatlah dikatakan bahwa filsafat hukum mencakup kegiatan perenungan nilai-nilai, perumusan nilai-nilai dan penyerasian nilai-nilai yang berpasangan akan tetapi juga tidak jarang bersitegang.²⁷⁹ Pada dasarnya dikenal adanya 3 (tiga) ragam di dalam ilmu hukum, yakni: 1. Ilmu tentang norma hukum. 2. Ilmu tentang pengertian pokok dalam hukum. 3. Ilmu tentang kenyataan hukum.

Ilmu tentang norma hukum dan ilmu tentang pengertian pokok dalam hukum cenderung membatasi diri pada norma-norma hukum sebagai sesuatu pandangan menilai yang dicita-citakan. Ilmu tentang kenyataan hukum lazimnya menelaah hukum sebagai kenyataan atau realitas, biasanya dinyatakan sebagai hukum yang hidup.

- a. Ilmu tentang norma hukum atau *Normwissenschaft*, antara lain membahas masalah-masalah yang berkaitan dengan perumusan norma hukum. Norma-norma hukum abstrak dan norma-norma hukum konkrit juga disoroti oleh ilmu tersebut, di samping isi serta sifat norma-norma hukum. Kecuali itu ilmu tentang norma hukum juga menelaah esensialitas dalam norma hukum, maupun tugas atau kegunaan dari norma-norma

²⁷⁸ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1983, *Sendi-sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 234.

²⁷⁹ Purnadi Purbacaraka dan Chidir Ali, 1980, *Disiplin Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. v.

hukum tersebut. Ilmu tersebut pada dasarnya juga meneliti perihal pernyataan norma hukum beserta tanda-tandanya. Oleh karena itu norma hukum merupakan pedoman mengenai sikap tindak yang pantas atau seyogianya, maka mungkin terjadi penyimpangan-penyimpangan, yang lazimnya ditelaah pula oleh ilmu tentang norma hukum. Akhirnya norma hukum mempunyai landasan ataupun lingkup berlakunya yang disoroti pula oleh *Normwissenschaft* tersebut.

- b. Ilmu tentang pengertian pokok dalam hukum, lazimnya juga dinamakan *Begriffenwissenschaft*. Ilmu tersebut mengadakan telaah khusus mengenai masyarakat hukum, subyek hukum, hak dan kewajiban, peristiwa hukum (termasuk unsur-unsurnya), hubungan hukum serta obyek hukum. Umpamanya *begriffenwissenschaft* meneliti perihal ruang lingkup subyek hukum (yaitu pendukung hak dan kewajiban) maupun jenis-jenis subyek hukum (misalnya pribadi kodrati, pribadi hukum dan pejabat atau tokoh). Ilmu hukum tentang norma hukum dan ilmu tentang pengertian pokok dalam hukum didasarkan pada dogmatik.²⁸⁰ Dogmatik hukum bersifat teoritis rasional, sehingga pengungkapannya terikat pada metode yang didasarkan pada persyaratan logika deduktif. Di samping itu maka dogmatika hukum memperhitungkan kecermatan, ketepatan dan kejelasan.
- c. Ilmu tentang kenyataan hukum atau *tatsachenwissenschaft* mencakup beberapa cabang ilmu hukum, misalnya sosiologi hukum, antropologi hukum, perbandingan hukum dan sejarah hukum. Ilmu-ilmu tersebut bersifat teoritis empiris, sehingga metode pengungkapannya terikat pada metode induktif logis. Kalau dogmatik hukum merupakan suatu pedoman, maka *tatsachenwissenschaft* merupakan cakrawala, sehingga para yuris tidak picik, tidak kosong maupun tidak ceroboh.

Metode pembahasan filsafat hukum adalah kritis analisis, sehingga intinya bersifat etis spekulatif. Masalah-masalah pokok yang ditelaah filsafat hukum adalah aneka nilai antinomis (ketegangan yang terjadi), tujuan hukum dan berlakunya hukum.²⁸¹ Dengan adanya filsafat hukum dimaksudkan para yuris tidak dangkal pemikirannya. Pemanfaatan penggabungan ilmu hukum dengan filsafat hukum adalah politik hukum. Politik hukum bersifat praktis fungsional dengan cara penguraian yang teleologis konstruktif. Cara penguraian yang teleologis konstruktif tersebut dilakukan dalam hubungannya dengan pembentukan hukum dan penemuan hukum. Pembentukan hukum atau *rechtsvorming* merupakan penentuan norma abstrak yang berlaku umum, sedangkan penemuan hukum

²⁸⁰ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Op.cit*, hlm. 235.

²⁸¹ *Ibid.*

atau *rechtsvinding* merupakan penentuan norma konkret yang berlaku khusus. Demikianlah beberapa ulasan mengenai garis besar dari segi umum disiplin hukum.²⁸²

2. Segi khusus.

Segi khusus disiplin hukum, mencakup hal-hal sebagai berikut:

- 1). Sejarah Tata Hukum.
- 2). Sistem Tata Hukum yang mencakup bidang-bidang, sebagai berikut;
 - a. Hukum Negara, yang terdiri dari Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi.
 - b. Hukum Pribadi.
 - c. Hukum Harta Kekayaan yang mencakup Hukum Benda, Hukum Perikatan dan Hukum Hak Imaterial.
 - d. Hukum Keluarga.
 - e. Hukum Waris.
 - f. Hukum Pidana.

Bidang-bidang hukum tersebut di atas dari sudut ruang lingkungannya mungkin menjadi bagian dari hukum nasional atau hukum internasional. Dari sudut fungsinya bidang-bidang tersebut di atas mungkin mencakup hukum substantif (hukum material) atau hukum ajektif (hukum formal, hukum acara). Dari sudut bentuknya maka bidang-bidang tersebut mungkin merupakan hukum tertulis, hukum tidak tertulis (hukum kebiasaan, hukum adat) atau hukum tercatat. Dalam setiap bidang hukum terdapat aspek pidana, apabila dirumuskan sanksi-sanksi negatif yang merupakan ancaman hukuman terhadap pelanggar.

- 3). Teknologi hukum atau ketrampilan hukum yang mencakup:
 - a. Aneka aliran hukum, seperti: *Legisme*, *Begriffsjurisprudenz*, *Vreierechtslehre*, *Wawasan rechtsvinding*.
 - b. Latihan-latihan di dalam:

Bidang perundang-undangan, termasuk perjanjian.

Bidang bantuan hukum dan peradilan semu (*moot court*).

Bidang dokumen bernilai (perjanjian perdata dan surat-surat berharga).²⁸³

Kenyataan Hukum

²⁸² Soejono Soekanto dan Sri Mamudji, 2010, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 5.

²⁸³ *Ibid.* hlm. 6.

Di atas telah disebutkan bahwa ilmu tentang kenyataan hukum atau *tatsachenwissenschaft* mencakup beberapa cabang ilmu hukum, misalnya sosiologi hukum, psikologi hukum, antropologi hukum, perbandingan hukum dan sejarah hukum. Ilmu-ilmu tersebut bersifat teoritis empiris, sehingga metode pengungkapannya terikat pada metode induktif logis. Menyoroti hukum sebagai perilaku atau sikap tindak, yang antara lain mencakup beberapa cabang metode studi yang berusaha mempelajari hukum secara lebih mendalam dari berbagai sudut pandang.²⁸⁴

11.2. Hukum Empiris.

Hugo Sinzheimer memandang perwujudan hukum itu sebagai; a. Norma hukum (yang dinamakan hukum normatif dan menjadi pokok bahasan dari dogmatika hukum); b. Cita hukum (yang dinamakan hukum ideal dan menjadi pokok bahasan dari filsafat hukum; c. Sebagai bentuk kehidupan nyata dalam pergaulan hidup manusia (yang dinamakan kenyataan hukum dan menjadi pokok bahasan sosiologi hukum).²⁸⁵

Ajaran tentang hukum sebagai norma dan sebagai kenyataan atau realitas hukum (perilaku atau sikap tindak) dalam arti ilmu hukum bersifat empiris. Dalam mengabdikan pada ilmu pengetahuan dapatlah ia menunjukkan dirinya kepada pengetahuan kebiasaan-kebiasaan hukum (sosiologi hukum, sejarah hukum dan perbandingan hukum) yang terdapat dalam masyarakat.

Dalam mengabdikan pada kehidupan realitas hukum, jiwa manusia juga dapat menunjukkan pandangannya pada mencari dan merumuskan norma-norma hukum, atau dengan perkataan lain pada peraturan-peraturan, menurut mana sepatutnya orang harus bertindak dalam masyarakat. Dengan demikian orang mempelajari kesenian hukum, ilmu pengetahuan hukum dan filsafat hukum.²⁸⁶ Ilmu pengetahuan hukum sebagaimana ilmu alam yang sifatnya memberikan gambaran (deskriptif) yaitu mencatat dan menerangkan mengenai kenyataan. Obyek ilmu pengetahuan hukum adalah hukum sebagai gejala masyarakat, jadi sebagai kebiasaan-kebiasaan hukum yang berlaku dalam masyarakat. Ilmu hukum dalam arti ini bersifat empiris, karenanya dapat juga disebut sebagai ilmu hukum empiris. Sehingga merupakan ilmu hukum yang melihat dan mengkaji hukum sebagai gejala masyarakat, yang mencakup antropologi hukum, sosiologi hukum, psikologi hukum dan sebagainya.²⁸⁷

²⁸⁴ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1982, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 11.

²⁸⁵ Donald Albert Romokoy dan Frans Maramis, *Op.cit*, hlm. 167.

²⁸⁶ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 377.

²⁸⁷ Donald Albert Romokoy dan Frans Maramis, *Op.cit*, hlm. 168.

11.3. Antropologi hukum

Antropologi hukum adalah cabang antropologi budaya yang memusatkan pada studi hukum sebagai aspek kebudayaan yang mempelajari nilai-nilai, aturan-aturan dan institusi-institusi hukum pada masyarakat yang sederhana. Disiplin ini dapat dipandang sebagai pengembangan etnologi hukum. Studi antropologi hukum penting untuk penelitian dan pengembangan hukum adat, serta kemungkinan pemanfaatannya dalam pengembangan tata hukum nasional.²⁸⁸

11.4. Sosiologi Hukum

Sosiologi hukum berusaha menjelaskan praktek-praktek hukum, misalnya pembuatan peraturan perundang-undangan, penerapan hukum dan pengadilan. Maka sosiologi hukum menjelaskan mengapa praktek demikian itu terjadi, apakah sebabnya, apakah faktor-faktor yang mempengaruhi, apakah yang melatarbelakangi dan lain sebagainya, menyelidiki perilaku dan motif-motif perilaku orang dalam hukum baik eksternal maupun internal. Perilaku menyimpang dan atau yang sesuai dengan hukum keduanya juga merupakan obyek studi dalam sosiologi hukum.

Sosiologi hukum untuk pertama kalinya diperkenalkan pada tahun 1882 oleh Anzilotti orang Italia, sosiologi hukum pada hakekatnya lahir dari hasil pemikiran ilmuwan baik di bidang filsafat hukum, di bidang ilmu hukum maupun di bidang sosiologi. Hasil-hasil pemikiran tersebut tidak saja berasal dari individu-individu namun mungkin juga berasal dari aliran-aliran yang mewakili sekelompok ilmuwan yang secara garis besar mempunyai pendapat yang berbeda.²⁸⁹

Sosiologi hukum lahir merupakan fenomena abad XX. Memasuki abad XX terjadi perubahan penting yang akan memberikan dampak terhadap cara-cara orang mempelajari hukum, sebab pada abad XIX cara mempelajari hukum lebih banyak memekarkan substansi hukum, sedangkan pada abad XX, mengalami perubahan dalam cara mempelajari hukum yang lebih banyak menyangkut metodenya. George Gurvitch menyatakan bahwa sosiologi hukum adalah bagian dari sosiologi manusia yang menelaah kenyataan sosial tentang hukum. Pernyataan yang konkret itu dapat diamati dari luar, berupa perilaku atau tindakan kolektif yang efektif (biasanya dijumpai dalam organisasi, praktek tradisi, pembaharuan tindakan dan sebagainya), berupa materi atau substansi dasar yang ditemukan dalam

²⁸⁸ T.O. Ihromi, 1984, *Antropologi dan Hukum*, Bianglala, Bandung, dalam Bernard Arief Sidharta, *Op.cit.*, hlm. 131.

²⁸⁹ Soerjono Soekanto 2, 1980, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 36.

struktur ruang dan pada tingkat kepadatan lembaga hukum di masyarakat. Sosiologi hukum juga mempelajari dan menjelaskan kehidupan hukum sebagaimana adanya di masyarakat. Di mana hukum dipandang sebagai kenyataan sosial dengan menyoroti perilaku manusia yang memberikan makna tertentu terhadap aturan hukum yang berlaku, dan sebagai hasil dari interaksi sosial yang dilakukan.

Eugen Ehrlich menyatakan bahwa sosiologi hukum berusaha membuktikan teori bahwa titik berat perkembangan hukum bukan berada dalam perundang-undangan, bukan pula pada keputusan pengadilan dan juga bukan di dalam ilmu hukum, tetapi dalam kehidupan masyarakat. Hukum dipahami dengan menyamakan hukum dengan norma-norma sosial yang sifatnya memaksa, misalnya kepatuhan suku dan keluarga pada agama yang menjadi alasan untuk menepati norma sosial dan sebagian besar dari norma hukum. Hukum memiliki pengertian yang lebih luas daripada peraturan hukum. Contoh, asosiasi hukum misalnya negara, keluarga, gereja, badan korporasi dengan atau tanpa hukum, dan sebagainya.²⁹⁰

Sementara itu pandangan atau uraian yang lebih substansial sifatnya bagi perkembangan sosiologi hukum datang dari beberapa nama; Eugen Ehrlich, Max Weber dan Roscoe Pound.

1. Eugen Ehrlich tahun 1912 dalam bukunya *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, diterjemahkan sebagai *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Di situ memaparkan konsepsinya mengenai *living law* yang nampaknya menjadi tema sentralnya. Dalam pendahulunya: Baik pada waktu sekarang maupun mendatang, pusat dari pertumbuhan hukum tidak terletak dalam perundang-undangan, tidak dalam ilmu pengetahuan hukum, dan juga tidak dalam keputusan hukum, melainkan di dalam masyarakat itu sendiri. Lebih lanjut pada bagian lain menjelaskan pengertian *living law*: Inilah yang dinamakan *living law* berhadapan dengan hukum sebagaimana diterapkan di dalam pengadilan-pengadilan. *Living law* adalah hukum yang menguasai hidup itu sendiri, sekalipun ia tidak dicantumkan dalam peraturan-peraturan hukum. Sumber bagi pengetahuan mengenai hukum adalah pertama-tama dokumen-dokumen hukum modern, ke 2 (dua) pengamatan secara langsung terhadap kehidupan, perdagangan, kebiasaan dan adat dan terhadap semua macam perhimpunan, tidak hanya yang diakui oleh hukum, melainkan juga yang diabaikannya dan bahkan yang tidak disetujuinya.

²⁹⁰ Soemanto, 2008, *Hukum dan Sosiologi Hukum, Pemikiran, Teori dan Masalah*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta, hlm. 10.

Sementara dorongan yang ada pada Eugen Ehrlich adalah keinginan untuk merombak sistem hukum, pikiran hukum maupun pendidikan hukum yang ada pada waktu itu.

2. Siasat ini berbeda dengan Max Weber yang nampaknya didorong oleh keinginan untuk memahami sistem hukum dengan sebaik mungkin dengan latar belakang struktur dan perkembangan masyarakatnya. Buku Max Weber *Wirtschaft und Gesellschaft* diterjemahkan *Law in Economy and Society* ditulis sekitar tahun 1920. Uraianya yang terkenal adalah mengungkapkan perkembangan sistem hukum sebagai suatu sistem pertumbuhan dari pengelolaannya yang tradisional-irrasional ke arah yang logis-sistematis. Perkembangan yang demikian itu pada hakekatnya berkaitan dengan perkembangan dalam bidang pengorganisasian masyarakat bangsa yang bersangkutan. Apabila otorita yang menjalankan administrasi di suatu negara menjadi semakin rasional, artinya lebih banyak pejabat administrasi dipakai dalam pemerintahan, maka akan semakin rasional pula jadinya hukum di situ, baik dalam prosedur maupun administrasinya. (Hal ini dibandingkan dengan suatu kekuasaan di situ dipegang oleh *kinship-group*, oleh para pengeran atau juga para biarawan).
3. Roscoe Pound yang dipandang banyak jasanya dalam mengembangkan telaah hukum secara sosiologis di Amerika, memberikan penekanan pada *law in action*. Bagi Roscoe Pound hukum itu bukanlah suatu keadaan namun suatu proses. Pelopor aliran *Sociological Jurisprudence* melalui manifestasi programnya yang dibuat tahun 1912 menyatakan bahwa hukum itu (pembuatannya, interpretasi maupun penerapannya) hendaknya dengan pintar dihubungkan dengan fakta sosial untuk mana hukum itu dibuat dan ditujukan. Roscoe Pound sangat menekankan pada efektivitas bekerjanya hukum dan untuk itu Roscoe Pound sangat mementingkan beroperasinya hukum dalam masyarakat. Dengan sadar Roscoe Pound membedakan pengertian *law in the books* di satu pihak dan *law in action* di pihak lain.²⁹¹

11.5. Psikologi Hukum

Soerjono Soekanto mengatakan bahwa psikologi hukum adalah suatu cabang ilmu pengetahuan yang mempelajari hukum sebagai suatu perwujudan dari perkembangan jiwa manusia, yang mungkin merupakan perwujudan dari gejala-gejala kejiwaan tertentu dan juga landasan kejiwaan dari perilaku atau sikap tersebut.²⁹²

²⁹¹ *Ibid.* hlm. 10.

²⁹² Soerjono Soekanto 3, 1979, *Beberapa Catatan tentang Psikologi Hukum*, Alumni, Bandung, hlm.

Soedjono Dirdjosisworo mengatakan bahwa psikologi hukum adalah studi hukum yang menyoroti hukum sebagai salah satu perwujudan dari perkembangan jiwa manusia dan mempelajari perilaku atau sikap tindak hukum yang mungkin merupakan perwujudan dari gejala-gejala kejiwaan tertentu.²⁹³

Psikologi hukum termasuk kajian hukum empiris yang obyeknya adalah fenomena hukum, yaitu kajian yang memandang hukum sebagai kenyataan, meliputi kenyataan sosial, kultur dan lain-lain. Dengan perkataan lain kajian empiris mengkaji *law in action (das Sein)*, pendekatannya bersifat deskriptif. Kajian hukum empiris selain psikologi hukum adalah hukum dan masyarakat, sejarah hukum, perbandingan hukum, antropologi hukum dan sosiologi hukum.²⁹⁴

Leon Petrazycki (1867 – 1931) seorang ahli filsafat hukum yang menggarap unsur psikis dalam hukum dengan menempatkannya sebagai unsur utama. Leon Petrazycki beranggapan bahwa fenomena-fenomena hukum itu terdiri dari proses psikis yang unik, dapat dilihat dengan menggunakan metode introspeksi. Misalnya akan mempersoalkan tentang haknya serta hak orang (pihak) lain, dan melakukan tindakan sesuai dengan itu, maka semua itu bukan karena hak-hak itu dicantumkan dalam peraturan perundang-undangan, namun karena keyakinannya sendiri bahwa harus bertindak seperti itu. Leon Petrazycki memandang hak-hak dan kewajiban sebagai hal yang ada dalam pikiran manusia, tetapi yang mempunyai arti sosial. Oleh karenanya, Leon Petrazycki menciptakan “pengalaman imperatif atributif” yang mempengaruhi perilaku mereka yang merasa terikat olehnya.²⁹⁵

Jerome Frank sebagai penganut aliran Realisme di Amerika Serikat dalam bukunya *Law and the Modern Mind* (1930) yang merupakan karya klasik dalam ilmu hukum. Sesuai dengan pola pemikiran alirannya, hal yang menjadi sasarannya adalah hukum sebagaimana proses di pengadilan. Jerome Frank melihat hukum itu tidak akan pernah dapat memuaskan keinginan untuk memberikan kepastian pada waktu kapan pun, sebab sebagian terbesar hukum bersifat samar-samar atau bervariasi. Hal demikian karena hukum itu berurusan dengan hubungan-hubungan antara manusia dengan segi-seginya yang sangat kompleks. Oleh karena itu Jerome Frank mengharapkan, bahwa hukum akan bisa memberikan kepastian yang berlebihan adalah suatu tindakan yang keliru dan tidak perlu. Namun yang

²⁹³ Soedjono Dirdjosisworo, 1983, *Pengantar tentang Psikologi Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 157.

²⁹⁴ Hendra Akhdhiat dan Rosleny, 2011, *Psikologi Hukum*, Pustaka Setia, Bandung, hlm. 138.

²⁹⁵ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 140.

justru merisaukan Jerome Frank adalah persoalan, mengapa orang sampai menghendaki dan mengharapkan kepastian hukum yang berlebihan. Hal itu tentunya tidak berakar pada sesuatu yang nyata, namun menginginkan sesuatu yang tidak nyata atau *unreal*. Dalam usahanya menjawab dan menjelaskan apa yang menjadi sebab musabab keinginan sebagaimana disebut di atas, Jerome Frank mulai memasuki bidang psikologi, dengan jalan mengacu karya Sigmund Freud dan Piaget tentang psikologi anak, khususnya yang menyangkut ketergantungan kepada ayah dari seorang anak dan hasil dari ketergantungan yang demikian itu, pada saat anak tersebut menjadi dewasa, berupa kegandrungan atau *hanker* kepada pengganti ayah. Penjelasannya secara rinci sebagai berikut;

- 1.1. Dorongan keinginan seperti pada bayi untuk mendapatkan keadaan damai seperti sebelum dilahirkan. Sebaliknya adalah ketakutan kepada hal-hal yang tidak diketahui, kepada kesempatan dan perubahan, sebagai faktor yang penting dalam kehidupan seorang anak;
- 1.2. Faktor-faktor ini mewujudkan dirinya sendiri ke dalam cita rasa kekanak-kanakan yang mendambakan kedamaian sempurna, kesenangan, perlindungan terhadap bahaya-bahaya yang tidak diketahui. Anak secara tidak realistis akan merindukan dunia yang teguh, penuh kepastian dan bisa dikontrol;
- 1.3. Anak mendapatkan kepuasan akan kerinduannya itu, pada umumnya melalui kepercayaan dan penyandaran dirinya kepada ayah yang tiada banding, serba bisa dan selalu berhasil;
- 1.4. Sekalipun orang menjadi semakin dewasa, kebanyakan orang pada waktu-waktu tertentu menjadi korban dari keinginan-keinginan kekanak-kanakan tersebut di atas. Baik dalam situasi aman, apalagi dalam bahaya, dalam keadaan yang penuh ancaman, seorang ingin melarikan diri kepada ayahnya. Ketergantungan kepada ayah yang semula merupakan sarana untuk melakukan adaptasi, pada akhirnya berubah menjadi tujuan sendiri;
- 1.5. Hukum bisa dengan mudah dibuat sebagai sesuatu yang memainkan peranan penting dalam usaha untuk mendapatkan kembali ayahnya. Sebab secara fungsional tampaknya hukum mirip dengan seorang ayah sebagai hakim;
- 1.6. Ayah sebagai seorang hakim dari si anak tidak pernah gagal. Keputusan-keputusan dan perintah-perintahnya dianggap menciptakan ketertiban dari keadaan yang kacau serta konflik-konflik pandangan mengenai perilaku yang baik. Hukum baginya tampak sebagai mutlak, pasti dan dapat diramalkan. Orang yang menjadi dewasa, pada saat mereka ingin menangkap kembali suasana kepuasan dunia anak-anak, tanpa menyadari

sepenuhnya akan motivasi di belakangnya, mencari kewibawaan (*authoritativeness*), kapasitas dan prediktabilitas dalam sistem-sistem hukum. Anak ini percaya bahwa ayah telah meletakkan itu semua di dalam hukum;

1.7. Dari sinilah mitos hukum, bahwa hukum itu adalah atau bisa dibuat tidak bergetar, pasti dan mapan.²⁹⁶

Psikologi hukum adalah cabang ilmu hukum yang paling muda, bertujuan memahami hukum positif dari sudut pandang psikologi. Psikologi dapat memberikan sumbangan dalam 3 (tiga) arti. Pertama, dari sudut psikoanalisisnya Sigmund Freud. Gejala-gejala hukum dan negara, ini dapat dengan cara yang interesan diherinterpretasi. Kedua dari sudut psikologi humanistik. Dari sudut ini mungkin dapat diperoleh pengertian yang lebih dalam tentang cara “kesadaran hukum” atau “perasaan hukum” berfungsi pada manusia. Ketiga dari sudut perilaku. Di dalamnya perilaku yang diamati dapat dengan bantuan model penjelasan kausal dipahami dari sudut konstelasi tertentu. Model ini dapat diterapkan pada hukum (misalnya perilaku hakim, advokat dan pembentuk undang-undang). Pada masa kini psikologi hukum hanya memainkan peranan kecil dalam hukum pidana, misalnya berkaitan dengan masalah kesalahan, pertanggungjawaban dan kebebasan.²⁹⁷

Psikologi hukum masih belum berkembang, obyek dan metodenya sangat tergantung pada aliran-aliran umum dalam psikologi yang menjadi pusat orientasinya. Pada satu sisi kita mengenal Psikologi Perilaku Empirik, yang juga dapat menyibukkan diri dengan perilaku para yuris sebagai hakim, advokat dan sebagainya. Gejala-gejala hukum dapat ditempatkan di bawah rubrik pola-pola perilaku manusia. tetapi kita juga mengenal Psikologi Humanistik, Psikoanalisis dan masih banyak lagi. Dari semua orientasi tersebut, perlu diteliti arti apa yang dapat mereka berikan untuk penelitian tentang hukum.²⁹⁸

Lebih spesifik lagi, karakteristik dari pendekatan psikologi terhadap hukum, sebagaimana dinyatakan oleh Lawrence Wrightsman (1991):

..... *psychological approach to the law emphasizes the human determinants of law. So do sociology and anthropology -but the focus in the psychological approach is on individual as the unit analysis. Individual are seen as responsible for their own conduct and as*

²⁹⁶ Joremi, Frank. 1963, *Law and the Modern Mind*, Anchorbooks, New York, hlm. 12, dalam *Ibid.*, hlm. 338.

²⁹⁷ *Ibid.* hlm. 131.

²⁹⁸ Bernard Arief Sidharta, 2009, *Meuwissen tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 63.

contributing to its causation. Psychology looks at the impact of the police officer, the victim, the juror, the lawyer, the judge, the defendant the prison guard, and the parole officer on the legal system. Psychology assumes that the characteristics of these participants in the legal system effect how the system operates. In "characteristics", include these person's abilities, their perspectives, their values, their experience all the factors that influence their behavior".²⁹⁹

Kajian psikologi hukum menekankan pada faktor psikis yang mempengaruhi perilaku individu ataupun kelompok dalam segala tindakannya di bidang hukum. Misalnya bagaimana sikap atau perilaku polisi dalam menjalankan tugasnya untuk mencegah dan mengatasi terjadinya pelanggaran dan kejahatan? bagaimana perilaku jaksa dalam melakukan penyidikan, penahanan dan penuntutan terhadap tersangka? Bagaimana perilaku atau sikap hakim dalam memeriksa, mengadili, dan menjatuhkan putusan. Kondisi psikis hakim dapat berpengaruh terhadap putusannya, maupun tindakan aktor-aktor atau penegak hukum lainnya.

Michael J. Saks and Reid Hastie (1978: 39) menjelaskan perilaku yang dapat mempengaruhi tuntutan jaksa, seperti yang digambarkan dalam hasil penelitiannya, yaitu: *"Because the judge's decisions effect prosecutor's conviction rate, and reflect on the police officer's arrest record. These system actors will either anticipate or rapidly responds to the judge's altered behavior".³⁰⁰*

Karakter kajian psikologi hukum berbeda dengan pendekatan atau kajian empiris lainnya. Hubungan psikologi dan hukum merupakan mitra yang setara dalam melakukan analisis terhadap sistem peradilan, terutama dalam melakukan riset tentang kebijakan hakim, penetapan hakim, dan putusan hakim.³⁰¹

Psikologi hukum -secara relatif- masih muda usianya walaupun kebutuhan akan cabang ilmu pengetahuan tersebut sangat dirasakan. Misalnya di bidang penegakan hukum yang antara lain dilakukan oleh polisi, psikologi hukum membantu polisi dalam melaksanakan tugas-tugasnya dan untuk mengatasi masalah-masalah pribadinya. Walaupun demikian perhatian terhadap psikologi hukum belum memadai, sehingga belum ada kesepakatan mengenai ruang lingkup kajiannya. Di samping itu masih sedikit bahan kepustakaan tentang kajian psikologi hukum yang dipublikasikan. Hasil penelitian tentang

²⁹⁹ Hendra Akhdhiat, *Op. cit.*, hlm. 138.

³⁰⁰ *Ibid.*, hlm. 141.

³⁰¹ *Ibid.*

hubungan antara hukum dengan faktor kejiwaan, pada umumnya meneliti hubungan timbal balik antara faktor-faktor tertentu pada hukum dengan aspek khusus pada kepribadian manusia, pada umumnya meninjau masalah-masalah sebagai berikut:

1. Dasar-dasar kejiwaan dan fungsi terhadap pelanggaran kaedah hukum;
2. Dasar-dasar kejiwaan dan fungsinya dari pola-pola penyelesaian terhadap pelanggaran kaedah hukum;
3. Akibat-akibat hukum dari pola-pola penyelesaian sengketa tertentu.

Permasalahan tersebut di atas cenderung meninjau beberapa dimensi fundamental dan terjadinya konflik. Hal demikian tidak mudah untuk membuat batasan, sebab yang diteliti adalah perilaku dan sikap manusia yang senantiasa berubah berlandaskan kejiwaan setiap individu.

Soedjono Dirdjosiswojo mengatakan bahwa psikologi hukum berusaha untuk melakukan pendekatan psikologis untuk menggali apa yang dipertanyakan oleh ilmu hukum dalam rangka lebih memahami segala "rahasia" yang terkandung di dalam hukum, yang terpancar dalam perilaku manusia di dalam kehidupan bermasyarakat.³⁰²

Satjipto Rahardjo mengatakan: Bagaimana psikologi tampil dalam studi hukum dan membawa ke arah kelahiran psikologi hukum?

Maka dijelaskan dengan sangat menarik bahwa hukum sebagai salah satu dari pencerminan perilaku manusia yang merupakan kajian utama dalam psikologi. Psikologi hukum sebagai suatu cabang pengetahuan yang mempelajari hukum sebagai suatu perwujudan dari perkembangan jiwa manusia. Cabang ilmu baru ini melihat kaitan antara jiwa manusia di satu pihak dengan hukum di lain pihak. Suatu kenyataan bahwa salah satu segi yang menonjol pada hukum, terutama pada hukum modern, adalah penggunaannya secara sadar -sebagai alat- untuk mencapai tujuan-tujuan yang dikehendaki. Dengan demikian sadar atau tidak sadar, hukum telah memasuki bidang yang menggarap perilaku manusia (*human behaviour*). Bukankah proses demikian ini menunjukkan bahwa hukum telah memasuki bidang psikologi, terutama psikologi sosial? Sebagai contoh hukum pidana misalnya, merupakan bidang hukum yang berkait rapat dengan psikologi sosial. Seperti tentang paksaan psikis terutama dalam kasus pembunuhan anak, peranan sanksi pidana terhadap kriminalitas teknik penyidik dalam menghadapi trsangka yang masih tergoncang

³⁰² Soedjono Dirdjosisworo, *Op. cit.*, hlm. 34.

jiwanya dan lain sebagainya menunjukkan hubungan antara hukum dan psikologi sosial yang kemudian disebut psikologi hukum.³⁰³

Psikologi hukum sebagai suatu cabang pengetahuan yang mempelajari hukum sebagai suatu perwujudan dari perkembangan jiwa manusia. Cabang ilmu baru ini melihat kaitan antara jiwa manusia di satu pihak dengan hukum di lain pihak.

Satjipto Rahardjo menggambarkan bahwa pendekatan psikologi hukum, harus memahami hukum dalam konteks perilaku, hukum itu terjabarkan dalam perilaku anggota masyarakat, baik para penegak hukum maupun rakyat biasa. Itulah sebabnya Oliver Wonder Holmes menyatakan bahwa *the life of the law was not been logic, but experience* (hukum itu bukan logika, melainkan pengalaman). Orang kadangkala mengumpamakan hukum sebagai sebuah gerobak yang dapat dimuati berbagai barang. Artinya tidak hanya satu jenis barang yang dapat dimuat di sana, tetapi hukum dapat dimuati berbagai macam kepentingan, sesuai dengan pihak-pihak yang berkepentingan tersebut. Dengan demikian peraturan yang kelihatannya “tidak mempunyai salah” dalam pelaksanaan atau penegakannya ternyata dilakukan dengan memasukan kepentingan dari mereka yang terlibat. Lebih lanjut dikatakan bahwa, kalau hukum sudah tampil dalam bentuk perilaku, untuk memahaminya dibutuhkan kajian dari berbagai bidang disiplin ilmu, misalnya politik, psikologi bahkan sastra. Sebagai contoh tentang masukan perilaku ke dalam sistem hukum. Kita telah menyaksikan bahwa selama 65 tahun lebih, kehidupan ketatanegaraan bangsa Indonesia hampir sepenuhnya diatur oleh UUD 45.³⁰⁴

11.6. Sejarah hukum.

11.6.1. Lahirnya Sejarah Hukum

Jerman pada permulaan abad XIX suasana masyarakatnya di bidang hukum cukup membingungkan, karena adanya berbagai variasi lokal yang tidak terhitung jumlahnya. Hukum Romawi berfungsi sebagai hukum yang berlaku umum dan sering diubah-ubah baik oleh pihak gereja, keputusan-keputusan raja dan hukum kebiasaan. Dalam suasana yang demikian itu Thibaut tahun 1814 mengusulkan suatu perundang-undangan yang sesuai dengan garis-garis *Code Napoleon*, yang segera dijawab oleh Friedrich Carl von Savigny

³⁰³ Bodenheimer, 1974, *Jurisprudence, the Philosophy and Method of Law*, Cambridge Mass, Harvard University Press, hlm. 107, dalam Satjipto Rahardjo, 1986, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 335.

³⁰⁴ Satjipto Rahardjo, 1997, *Kompas. com.*, dalam Hendra Akhdiyati dan Rosleny Marliani, *Op.cit.* hlm. 141.

dengan karangannya suatu esai berjudul *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Tentang Pekerjaan pada Jaman Kita di Bidang Perundang-undangan dan Ilmu Hukum) yang segera mendapatkan perhatian luas, menandai lahirnya suatu ilmu hukum baru. Pengaruh karangan tersebut begitu besar, sehingga gerakan ke arah kodifikasi menjadi berhenti, baru tahun 1900 Jerman mempunyai kitab undang-undangnya yang berwujud *Bürgerliches Gesetzbuch*, kalimat-kalimat pembukaan dalam karangan tersebut yang merupakan titik tolak aliran baru ini adalah:

Pada waktu-waktu lampau sebagaimana dapat diketahui dari sejarah kuno, hukum telah dapat ditemukan dalam bentuk yang pasti, bersifat untuk masing-masing rakyat. Tidak seperti sekarang, fenomena ini tidak mempunyai eksistensi sendiri yang terpisah, semua itu adalah semata-mata bidang-bidang khusus dan kecenderungan-kecenderungan dari suatu rakyat, yang pada hakekatnya tidak dapat dipisahkan, dan hanya menurut pandangan kitalah nampak masing-masing terpisah satu sama lain. Yang mengikat semua itu ke dalam satu kesatuan adalah keyakinan yang sama pada rakyat, kesadaran yang sama dalam hati tentang adanya keharusan, sehingga kesemua itu mengesampingkan adanya kesan seolah-olah kita berhadapan dengan sesuatu yang tiba-tiba dan kebetulan.

Menurut Friedrich Carl von Savigny setiap sistem hukum hakekatnya adalah sebagai pencerminan jiwa rakyat yang mengembangkan hukum itu. Di kemudian hari G.Puchta murid yang paling setia Friedrich Carl von Savigny mengemukakan bahwa hukum dicirikan sebagai *Volkgeist*, yaitu semua hukum adalah perwujudan dari kesadaran yang umum. Hukum itu tumbuh bersama dengan rakyat, dan menjadi kuat bersama-sama dengan kekuatan dari rakyat, dan pada akhirnya hukum itu mati manakala bangsa itu kehilangan kebangsaannya.³⁰⁵

Hukum harus dipandang sebagai suatu penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa, selalu ada hubungan yang erat antara hukum dengan kepribadian suatu bangsa. Hukum merupakan suatu rangkaian kesatuan dan tak terpisahkan dari sejarah suatu bangsa. Aliran yang menghubungkan hukum dan sejarah suatu bangsa disebut aliran atau mazhab sejarah. Mazhab sejarah itu menimbulkan hukum positif (hukum yang berlaku di negara atau daerah tertentu pada suatu tertentu).³⁰⁶

³⁰⁵ *Ibid.* hlm. 285.

³⁰⁶ Kansil, *Op.cit.*, hlm. 32.

Tata hukum tumbuh, berkembang dan lenyap, bersama-sama dengan tumbuh, berkembang dan lenyapnya masyarakat tertentu. Tata hukum dengan perkataan lain adalah gejala sejarah. Tata hukum yang berlaku sekarang adalah berlainan dengan tata hukum masa mendatang. Dalam tata hukum sekarang sudah barang tentu mengandung unsur-unsur dari tata hukum masa lampau, sekedar masih diakui berlakunya, sebaliknya di dalam tata hukum sekarang terletak tunas-tunas tentang tata hukum yang akan terwujud di kemudian hari. Gejala inilah yang merupakan obyek tersendiri dalam ilmu hukum yang disebut sejarah hukum.³⁰⁷

Aliran sejarah yang dipelopori Friedrich Carl von Savigny menolak pengagungan rasionalis seseorang, bahwa hukum itu dibuat, namun hukum itu ditemukan dalam masyarakat. Oleh karena itu aliran sejarah ini sering dituduh sebagai mengidap pesimisme hukum. Apabila kaum rasionalis telah dinyatakan salah karena mengagungkan waktu mendatang, maka aliran ini (aliran pendekatan sejarah) dinyatakan salah karena mengagungkan masa silam. Ketidakpercayaan terhadap pembuatan undang-undang - terutama jika dikodifikasikan- menunjukkan adanya pandangan skeptis terhadap kemampuan manusia dan meragukan keberhasilan usaha manusia untuk menguasai dunia sekelilingnya.³⁰⁸

Dengan perkembangan masyarakat yang semakin kompleks, maka tidak mudah lagi bagi kesadaran umum untuk mewujudkan dirinya, dalam keadaan yang demikian itu, kesadaran tersebut kemudian diwakili oleh para yuris yang merumuskan ke dalam berbagai teknik. Namun aliran sejarah tetap menganggap para yuris sebagai perangkat dari kesadaran umum tersebut yang ditugasi untuk memberi bentuk kepada bahan-bahan hukum yang mentah, dengan demikian menurut aliran sejarah peranan yuris lebih penting daripada pembuat undang-undang.³⁰⁹

Aliran sejarah telah membuka jalan yang lebih besar bagi perhatian terhadap sejarah dari suatu tata hukum dan dengan demikian mengembangkan pengertian bahwa hukum itu merupakan suatu unikum/perbedaan. Keadaan yang demikian ini menyuburkan dilakukan penelitian-penelitian atau karya-karya yang bersifat antropologis. Sir Henry Maine (1822-1888) disebut sebagai orang pertama yang melahirkan karya demikian. Sebenarnya tidak

³⁰⁷ Kusumadi Pudjosewojo, 1961, *Pedoman Tata Hukum Indonesia*, Universitas Gadjah Mada, Jogjakarta, hlm. 11.

³⁰⁸ Satjipto Rahardjo 1, *Op.cit.* hlm. 285.

³⁰⁹ Wolfgang Friedman, 1953, *Legal Theory*, Stevens & Sons, London, hlm. 137 dalam *Ibid.*

mudah untuk menempatkan Sir Henry Maine dalam suatu kelompok teori tertentu, karena kegiatannya lebih banyak bersifat membandingkan berdasarkan begitu banyak bahan yang dikuasainya. Dengan demikian, Maine dapat mengemukakan suatu pendapat yang lebih seimbang daripada Friedrich Carl von Savigny. Maine mengatakan tentang adanya masyarakat-masyarakat yang statis dan masyarakat-masyarakat yang progresif. Masyarakat yang progresif adalah masyarakat yang mampu mengembangkan hukum melalui 3 (tiga) cara, yaitu fiksi, *equality* dan perundang-undangan, perubahan masyarakat tidak selalu menuju ke yang lebih baik, dan Maine -berbeda dengan Friedrich Carl von Savigny- menyukai perundang-undangan dan kodifikasi. Maine tidak menerima konsep *Volksgeist*-nya Friedrich Carl von Savigny yang terselubung mistik itu. Maine masih mengembangkan suatu tesis yang kemudian sering dikutip, yaitu bahwa dalam perjalanan masyarakat menjadi progresif, di situ terlihat adanya perkembangan dari suatu situasi yang ditentukan oleh status kepada penggunaan kontrak. Pada masyarakat-masyarakat kuna kedudukan hukum seseorang ditentukan oleh status, yaitu bahwa tuntutan-tuntutannya, kewajiban-kewajibannya, ditentukan oleh hukum. Gerakan suatu masyarakat menuju pada masyarakat progresif ditandai oleh runtuhnya status tersebut, dan kedudukan hukum seseorang ditentukan oleh dirinya sendiri, artinya oleh kebebasannya untuk melakukan perundingan-perundingan seta perjanjian-perjanjian dengan pihak lain. Generalisasi yang sangat terkenal adalah: Gerakan masyarakat-masyarakat progresif sampai sekarang adalah merupakan dari suatu gerakan dari status menuju ke kontrak. Arti penting pendekatan sejarah ini bagi aliran sosiologis cukup nampak. Bagi aliran ini, segi-segi sejarah dan kultural mempunyai arti yang penting untuk memahami fenomena hukum secara sosiologis.³¹⁰

11.6.2. Pengertian Sejarah Hukum

Sejarah hukum terutama berkait dengan bangkitnya suatu pemikiran dalam hukum yang dipelopori oleh Friedrich Carl von Savigny (1779 - 1861).³¹¹

Sejarah hukum adalah suatu bidang studi hukum yang mempelajari perkembangan dan asal-usul sistem hukum dalam suatu masyarakat tertentu dan memperbandingkan antara hukum yang berbeda karena dibatasi oleh perbedaan waktu. Dalam studi sejarah hukum ditekankan mengenai hukum suatu bangsa merupakan suatu ekspresi jiwa yang bersangkutan dan oleh karenanya senantiasa yang satu berbeda dengan yang lain. Perbedaan ini terletak pada karakteristik pertumbuhan yang dialami oleh masing-masing

³¹⁰ Satjipto Rahardjo 1, *Op. cit.*, hlm. 287.

³¹¹ *Ibid.* hlm. 356.

sistem hukum. Apabila dikatakan bahwa hukum itu tumbuh, maka yang diartikan adalah hubungan yang terus menerus antara sistem yang sekarang dengan sistem yang lalu. Apabila dapat diterima bahwa hukum sekarang berasal dari hukum sebelumnya atau hukum pada masa yang lampau, maka hal itu berarti, bahwa hukum yang sekarang dibentuk oleh proses yang berlangsung pada masa lampau, mengenali dan memahami secara sistematis proses-proses terbentuknya hukum, faktor-faktor yang menyebabkannya dan sebagainya, memberikan tambahan pengetahuan yang berharga untuk memahami fenomena hukum dalam masyarakat. Misi ini dilakukan oleh cabang studi hukum yang dinamakan sejarah hukum.³¹²

Sejarah adalah suatu proses, bukan suatu yang berhenti, melainkan suatu yang hidup dan bergerak. Segala yang hidup selalu bergerak. Demikian juga masyarakat manusia dan dengan demikian juga bagian dari masyarakat yang disebut hukum. Ditinjau secara ilmiah, hukum adalah gejala sejarah, hukum mempunyai sejarah, hukum bagian dari sejarah dan demikian juga hukum bagian dari masyarakat. Hukum sebagai gejala sejarah berarti tunduk pada pertumbuhan yang menerus. Apa yang sejak lama disebut sejarah hukum, sebenarnya adalah telaah sejumlah peristiwa yuridis yang disusun secara kronologis sejak jaman dulu, jadi merupakan kronik hukum. Pada waktu itu, memang demikianlah menulis sejarah hukum dan tidak dapat dikatakan bahwa sekarangpun cara itu sudah tidak dilakukan lagi. Waktu itu cara demikian disebut *antiquiteiten*, suatu nama yang tepat. Misalnya J.G. Heineccius, 1772-1773, *Antiquitates Germanicae Jurisprudentiam Patriam Illustrantes*, Copenhagen-Leipzig.³¹³

Penentuan obyek formal dan metodologinya sama dengan yang berlaku dalam lingkungan ilmu induknya, yakni ilmu sejarah pada umumnya. Studi sejarah hukum juga terjadi *methodenstreit* atau perdebatan tentang metode, antara penjelasan kausal yang menggeneralisasi (dari *Naturwissenschaften nomothetis*) dan pemahaman atau *verstehen* yang mengindividualisasi (dari *Geisteswissenschaften ideographis*).³¹⁴

Melalui penelitian sejarah hukum, dapat diketahui tentang kemungkinannya adanya lembaga-lembaga hukum yang sudah tidak diperlukan atau masih dapat dikembangkan dalam usaha mengadakan pembinaan hukum. Memang sejarah hukum pada khususnya

³¹² Soebekti, 1984, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rajawali, Jakarta, hlm. 59,

³¹³ van Apeldorn, *Op.cit*, hlm. 429.

³¹⁴ D. H. M. Meuwissen, 1994, *Pengembangan Hukum*, dalam Pro Justitia, no. 1, hlm. 66, dalam Bernard Arief Shidarta, 2000, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 130.

maupun sejarah pada umumnya berperan penting bagi suatu bangsa. Sebagaimana dikatakan oleh Soedjatmoko; *history instruction is a important means of training good citizens and of developing love an loyalty for noe's country; it is essential to a young country like Indonesia for the "nation building" in which its people are all engaged.*³¹⁵

11.6.3. Eksistensi Sejarah Hukum.

Walaupun sejarah hukum lebih tua usianya daripada sosiologi hukum namun cabang hukum ini masih merupakan cabang ilmu yang agak muda karena lahirnya akibat dari aliran hukum historis dari Friedrich Carl von Savigny. Lama sebelum itu sudah banyak orang mengumpulkan dan mencatat peraturan-peraturan hukum dan lembaga-lembaga dari hukum sejak jaman dulu, akan tetapi pengetahuan tentang kasus-kasus jaman dulu begitu saja, hal ini bukan sejarah hukum, melainkan pengetahuan tentang hukum kuna. Tidak disangkal lagi, bahwa pengetahuan tersebut merupakan syarat penting untuk mempelajari sejarah, dan merupakan dasar yang tidak mungkin diabaikan. Akan tetapi apabila di atas fonamena itu kemudian tidak didirikan gedung, maka kesemua itu tidak berguna.³¹⁶

Hukum tunduk pada pertumbuhan yang menerus. Pertumbuhan mengandung 2 (dua) pengertian, yaitu unsur perubahan dan unsur ketidakperubahan.

1. Hukum itu tumbuh, berarti hukum yang satu ada hubungannya dengan hukum yang lain sambung menyambung tiada terputus antara masa lampau, masa kini dan masa mendatang yang merupakan satu kesatuan atau satu sistem. Berarti dapat mengerti hukum masa lampau dengan cara mempelajari sejarah hukum. Mempelajari hukum secara ilmiah, harus juga mempelajari sejarahnya, sebab salah satu asas ilmiah adalah, apabila ingin memperoleh pengertian tentang gejala-gejala adalah tidak mungkin tanpa/tiada mengetahui hubungan-hubungannya.
2. Hukum itu tumbuh berarti hukum itu berubah, hukum sebagai gejala masyarakat tidak berdiri sendiri melainkan yang satu berhubungan dengan yang lain. Tumbuhnya, berubahnya dan punahnya lembaga-lembaga hukum ditentukan oleh berbagai faktor masyarakat, faktor ekonomi, politik, agama dan kesusilaan. Adalah kewajiban ahli sejarah hukum untuk meneliti sebanyak mungkin hubungan sejarah antara hukum dan gejala-gejala masyarakat yang lain dan menerangkan tumbuhnya hukum dari hal

³¹⁵ Soedjatmoko, 1968, *Introduction to Indonesian Historiography*, Cornell University Press, Ithaca-New York, Badan Pembinaan Hukum Nasional, 1975, *Simposium Sejarah Hukum*, Jakarta, Binacipta, dalam Soerjono Soekanto, *Op.cit.* hlm. 10.

³¹⁶ van Apeldoorn, *Op.cit.*, hlm. 429.

tersbut. Mengenai gejala masyarakat selain hukum, misalnya bahasa dan agama tidak ada yang menyangsikan, bahwa mempelajari secara ilmiah tidak mungkin tanpa mempelajari sejarah. Pandangan hukum tentang nilai dan arti sejarah, baru timbul kemudian, dan dalam kalangan para yuris pendapat tersebut juga belum umum banyak diperhatikan. Hal demikian dapat dipahami apabila ditinjau dari sudut historis, yakni dari akibat-akibat pandangan hukum kodrat yang bersifat rasionalistis, dalam hal itu hukum bukan suatu gejala sejarah, melainkan semata-mata penggunaan akal, jadi ilmu hukum tak lain dari logika yuridis.

Adapun sifat hukum yang lain -dari pandangan praktis- hukum bukan suatu gejala masyarakat, bukan keseluruhan kebiasaan masyarakat melainkan keseluruhan norma dari tindakan-tindakan manusia. Pada umumnya para yuris hanya melihat hukum dari sudut itu, jadi sebagai keseluruhan peraturan untuk tindakan manusia. Maka dapatlah dipahami bahwa para yuris menyangka dapat mengabaikan tentang apa yang telah silam, yakni sejarah. Para yuris yang menyangka tidak memerlukan sejarah hukum dengan demikian menjauhi ilmu hukum, karena ilmu hukum adalah pengetahuan sejarah sebagaimana juga halnya ilmu-ilmu sosial yang lain. Siapapun yang hanya memperhatikan gejala-gejala hukum atau gejala-gejala hukum dalam suatu waktu tertentu baik masa silam maupun sekarang, atau dengan perkataan lain siapapun yang menganggap hal tersebut sebagai hal yang berdiri sendiri, jadi di luar hubungan sosiologis historis, seolah-olah hukum itu tidak bersistem atau berserakan/tercerai berai. Jadi apabila memandang apa yang sebenarnya ada sangkut pautnya sebagai hal yang berdiri sendiri, maka hal itu seolah-olah sesuatu yang kebetulan, yang tidak dapat dipahami. Barulah apabila memandangnya hukum itu saling berkait, nampaklah adanya manfaat dan tujuannya kemudian memahaminya. Di situlah letak nilai sejarah hukum untuk ilmu, dan lebih lanjut berguna bagi praktisi hukum. Tugas yuris memang berbeda dengan tugas ahli sejarah hukum, yuris menilai kasus hukum, ahli sejarah hukum memahami kasus hukum, untuk menilai sesuatu yang tepat tidaklah dapat mengabaikan memahaminya terlebih dulu. Namun tidak berarti bahwa sejarah membuat memahami segalanya. Maka sejarah hukum amat penting bagi yuris. Yuris yang tidak memahami sejarah hukum adalah kurang lengkap, walaupun demikian, sesuatu yang kurang lengkap itu bertindak dengan pretensi seolah-olah memberikan otoritas pada putusnya, jika menjabat sebagai profesional hukum. Apakah tidak perlu baginya (profesional hukum) untuk memperluas pengetahuannya di luar ilmu hukum, yang apabila ditekuni memang akan mempertajam profesinya. Memperluas pengetahuannya di luar ilmu hukum -tentu bukan satu-satunya, akan tetapi menambah wawasannya- dengan

mempelajari (yang diberikan oleh) sejarah hukum. Tidak seorangpun dapat menyangkal kebenaran itu, apalagi bagi yuris diharap tidak menganggap hukum yang ada itu sebagai satu-satunya yang wajar dan satu-satunya yang mungkin, dan dalam hal tersebut sejarah hukum -dan juga perbandingan hukum- dapat menambah wawasan pengetahuannya. Banyak sedikit manusia -pada umumnya- cenderung menerima yang ada sebagai hal yang wajar, demikian juga -tanpa disadari- semua dikuasai oleh masa silam, karena dilahirkan pada suatu waktu tertentu, suatu lingkungan tertentu, suatu negara tertentu, sejak kecil sudah terbiasa pada pandangan tertentu, pada berbagai keadaan tertentu, sehingga tidak akan timbul -pada umumnya- untuk mempertanyakan apakah hal-hal tersebut memang ada sebagaimana seharusnya.³¹⁷

11.7. Perbandingan Hukum

11.7.1. Lahirnya Perbandingan Hukum.

Menurut sejarahnya, sebagaimana diketahui bahwa pada jaman Romawi, para yuris kurang tertarik dengan sistem hukum selain dari hukum Romawi, menurut mereka tidak ada satupun hukum di dunia yang dapat dibandingkan dengan hukum Romawi. Cicero pernah berkata bahwa semua sistem hukum di luar sistem hukum Romawi adalah membingungkan dan banyak yang aneh-aneh. Anggapan seperti itu tampaknya memang benar. Hal yang sama juga merupakan pendapat pada para yuris Inggris terhadap hukum Inggris. Perbandingan hukum mengalami kemunduran pada Abad Pertengahan, karena pemikiran tentang hukum -terutama hukum yang sekuler- tidak berkembang.³¹⁸

Sesungguhnya Aristoteles -pelopor ilmu empiris- telah melakukan studi perbandingan hukum, yaitu membandingkan konstitusi berbagai negara-kota atau *polis* di Yunani. Namun karya Aristoteles dalam jangka waktu lama tidak ada yang melanjutkan, sebab karakter internasional ilmu hukum dan pengajaran hukum di *Law School* yang dilahirkan dan dikembangkan pada abad Pertengahan di Bologna Italia, tidak mendorong studi perbandingan hukum dan juga kebutuhan masyarakat secara nyata -landasan sosio ekonomi- untuk itu belum ada.³¹⁹ Dari sejarah hukum tersebut diketahui bahwa sejak dulu perbandingan hukum telah digunakan namun baru secara insidental.³²⁰ Sehingga

³¹⁷ *Ibid.*, hlm. 432.

³¹⁸ Konrad Zweigert dan Hein Kotz, 1977, *An Introduction to Comparative Law*, volume I, North Holland Publishing Company, Amsterdam, hlm. 42, dalam Munir Fuady, 2010, *Perbandingan Ilmu Hukum*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 6.

³¹⁹ Bernard Arief Sidharta, *Op.cit.* hlm. 128.

³²⁰ Soeroso, *Op.cit.*, hlm. 325.

perbandingan hukum sebagai ilmu yang mandiri, termasuk sebagai ilmu yang masih relatif muda baru timbul dan berkembang secara nyata awal abad XIX yang dipacu oleh perubahan karakter internasional, ilmu hukum berubah menjadi ilmu hukum nasional, sebagai akibat dari pengkodifikasian hukum di Eropa setelah revolusi Perancis tahun 1789.

Akibat dari pengaruh globalisasi dunia dengan perkembangan pergaulan internasional yang pesat dengan perkembangan teknologi (terutama di bidang informasi) di mana negara-negara di dunia mempunyai saling ketergantungan dan saling membutuhkan hubungan yang erat maka kebutuhan untuk mengetahui hukum dari sistem hukum lain di dunia semakin terasa, sehingga belakangan ini perkembangan pengetahuan tentang perbandingan hukum sangat cepat. Hal ini perlu untuk memperluas cakrawala berpikir para yuris. Hal yang sama juga diperlukan terhadap pengetahuan tentang sejarah hukum.³²¹

11.7. 2. Pengertian Perbandingan Hukum.

Perbandingan hukum adalah suatu pengetahuan dan metode mempelajari ilmu hukum dengan meninjau lebih dari satu sistem hukum tentang norma dan/atau aturan hukum dan yurisprudensi serta doktrin yuris yang kompeten dalam berbagai sistem hukum tersebut, untuk menemukan persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan sehingga dapat ditarik kesimpulan dan konsep-konsep, kemudian dicari sebab-sebab timbulnya persamaan dan perbedaan secara historis, sosiologis, analitis dan normatif. Selain itu ada yang memberi arti kepada perbandingan hukum sebagai suatu perbandingan terhadap semangat, model atau institusi hukum dari sistem hukum yang berbeda, untuk mencari solusi terhadap berbagai persoalan hukum serupa yang terjadi di berbagai sistem hukum.

Perbandingan hukum adalah suatu metode studi hukum yang mempelajari perbedaan sistem hukum antara negara yang satu dengan yang lain. Atau membandingkan sistem hukum positif dari bangsa yang satu dengan bangsa yang lain.³²²

Friedrich Carl von Savigny adalah penghapus utama kepercayaan adanya suatu hukum alam yang berlaku di mana-mana juga pada waktu apapun. Anggapan itu telah lama ditinggalkan, sebab hukum itu berbeda-beda yang dipengaruhi oleh tempat dan waktu. Perbandingan hukum berusaha mencari unsur-unsur kesamaan kebudayaan atau *cultuur pariteit* dalam hukum pada masing-masing tempat dan berlaku pada beberapa jaman.³²³ Rudolf D. Schlesinger dalam bukunya *The Comparative Law*, 1959, menyatakan bahwa

³²¹ Munir Fuady, *Op.cit.*, hlm. 6.

³²² Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 59.

³²³ Kansil, *Op.cit.* hlm. 133.

perbandingan hukum merupakan metode penelitian dengan tujuan untuk memperoleh pengetahuan yang lebih mendalam tentang bahan hukum tertentu. Selanjutnya dikatakan bahwa perbandingan hukum bukanlah suatu perangkat peraturan dan asas-asas hukum, bukan suatu cabang hukum, melainkan suatu cara menggarap unsur hukum asing yang aktual dalam suatu masalah hukum.³²⁴

Bernard Arief Sidharta mengatakan bahwa perbandingan hukum sebagai disiplin ilmiah yang mempelajari dan menelaah 2 (dua) atau lebih sistem hukum positif pada negara-negara atau lingkungan-lingkungan hukum yang di dalamnya dimana sistem-sistem hukum berlaku. Isi dan bentuk sistem-sistem hukum saling diperbandingkan untuk menemukan dan memaparkan persamaan dan perbedaan, serta menjelaskan faktor-faktor yang menyebabkannya dan kemungkinan arah perkembangannya.³²⁵

11.7.3. Syarat-syarat yang Harus Dipenuhi dalam Mempelajari Perbandingan Hukum.

1. Asumsi bahwa sistem hukum dari satu negara dengan negara lain secara umum mempunyai derajat yang sama.
2. Asumsi bahwa semua tradisi hukum secara umum mempunyai derajat yang sama.
3. Asumsi bahwa tidak ada 2 (dua) sistem hukum yang persis sama, ketidaksamaan tersebut disebabkan perbedaan sejarah, nilai sosial, agama, kebudayaan, perkembangan ekonomi dan lain sebagainya.
4. Menghindari suka atau tidak suka (*like or dislike*) terhadap berbagai sistem hukum yang diperbandingkan.
5. Mempelajari perbandingan hukum tidak untuk memuji atau menghina hukum dalam sistem hukum tertentu, tetapi untuk mengetahui mengapa negara tertentu mempunyai sistem hukum itu.
6. Menggunakan pendekatan dialektikal, sehingga harus diasumsikan bahwa tidak ada sistem hukum yang benar-benar buruk dan benar-benar bagus.³²⁶

Studi perbandingan hukum dilakukan atas dasar keinginan antara lain untuk:

1. Menunjukkan perbedaan dan persamaan yang ada di antara sistem hukum atau bidang-bidang hukum yang dipelajari.

³²⁴ Soedjono Dirdjosisworo, *Op.cit.*, hlm. 60.

³²⁵ Bernard Arief Sidharta, *Op.cit.*, hlm. 127.

³²⁶ Munir Fuady, *Op.cit.*, hlm. 19.

2. Menjelaskan mengapa terjadi persamaan atau perbedaan yang demikian itu, dan apakah faktor-faktor yang menyebabkannya.
3. Memberikan penilaian terhadap masing-masing sistem yang digunakan.
4. Memikirkan apakah kemungkinan-kemungkinan yang dapat ditarik sebagai kelanjutan dari hasil-hasil studi perbandingan yang telah dilakukan. Misalnya orang dapat mengajukan gagasan tentang adanya suatu sejarah hukum yang bersifat universal.
5. Merumuskan kecenderungan-kecenderungan umum pada perkembangan hukum, termasuk di dalamnya irama dan keteraturan yang dapat dilihat pada perkembangan hukum tersebut.
6. Salah satu segi penting perbandingan hukum adalah kemungkinan untuk menemukan asas-asas umum yang didapat sebagai hasil pelacakan yang dilakukan dengan cara membandingkan tersebut. Hipotesis yang dapat dijadikan pegangan dalam penelitian adalah, bahwa suatu sistem hukum positif mungkin akan melayani masalah yang dipertanyakan dengan menggunakan lembaga yang berbeda. Sekalipun tetap tidak dapat ditemukan adanya lembaga atau pengaturan yang demikian itu, penelitian tetap mempunyai makna penting, karena dapat meneruskan dengan memberikan penjelasan, mengapa masalah yang demikian itu tidak ditemukan dan tidak diatur pada sistem hukum tersebut.³²⁷

Berdasarkan hasil perbandingan hukum maka dapat ditemukan unsur-unsur mana dalam suatu hukum nasional dapat mengambil manfaat dari hukum asing, sehingga dapat mengetahui kekurangan-kekurangan hukum nasional. Apabila hendak menyempurnakan hukum nasional dengan menggunakan asas-asas hukum asing. Demikian juga dapat mengetahui manakah unsur-unsur hukum nasional yang dapat disumbangkan kepada hukum asing. Perbandingan hukum juga penting bagi perkembangan hukum internasional, karena perbandingan hukum menunjuk kepada unsur-unsur yang mengandung kesamaan dalam masing-masing hukum nasional, yang selanjutnya dapat menjadi asas-asas hukum internasional universal.³²⁸

11.7.4. Fungsi Perbandingan Hukum.

Fungsi perbandingan hukum di bidang pembinaan hukum tidak boleh diabaikan, sebab diterapkan bersamaan dengan pengembangan filsafat hukum, sosiologi hukum dan

³²⁷ Sauveplanne, 1975, *De Methoden van Privaatrechtelijke Rechtsvergelijking*, Kluwer, Deventer, hlm. 4, dalam Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 355.

³²⁸ Kansil, *Op.cit.*, hlm. 134.

sejarah hukum, apalagi juga dilatarbelakangi oleh pengetahuan di bidang ekonomi, psikologi, teknologi dan futurologi, maka fungsi perbandingan hukum:

1. Membantu penyempurnaan, pembinaan dan pembentukan hukum nasional di segala bidang.
2. Digunakan para yuris untuk mencapai cita-citanya, misalnya Friedrich Carl von Savigny dalam usaha menyusun hukum perdata internasional yang universal, Cornelis van Vollenhoven dalam penelitiannya tentang hukum adat dalam masyarakat hukumnya.
3. Membantu penegak hukum, notaris wasit, badan eksekutif, badan legislatif, dalam menyelesaikan tugasnya karena perbandingan hukum dapat mencetuskan norm-norma hukum baru serta memberikan alternatifnya.
4. Memecahkan perselisihan yang bersifat nasional maupun internasional dalam masalah hukum antar golongan, perselisihan antar warga negara yang menyangkut hukum nasional maupun hukum asing.
5. Membantu yuris memperdalam ilmu hukum baik secara ilmiah maupun secara praktis karena perbandingan hukum amat berperan di bidang hukum pada masa depan.³²⁹

Dengan demikian diharapkan semakin banyak yuris yang dapat merencanakan hukum masa depan (*legal planer*), sehingga pameo yang menyebutkan bahwa yuris tidak dapat diajak berevolusi, selalu tertinggal oleh konflik-konflik sosial yang timbul di masyarakat, dapat berkurang bahkan berbalik menjadi pelopor dalam pembentukan masyarakat yang dinamis.³³⁰

³²⁹ Soeroso, *Op.cit.*, hlm. 326.

³³⁰ *Ibid*, hlm. 333.

BAB XII

ALIRAN-ALIRAN HUKUM

Perkembangan pemikiran yang berupa teori selalu berubah, dipengaruhi oleh tempat, waktu dan keadaan, demikian juga pemikiran hukum berpengaruh kuat terhadap ajaran/paham dalam ilmu hukum dari abad ke abad karena merupakan bagian dari mata rantai perkembangan.³³¹ Teori-teori yang muncul abad XIX tentu berbeda dengan teori-teori yang berkembang pada abad XX atau bahkan abad XXI, sehingga pemahaman terhadap sebuah teori harus melihat konteks pemikiran yang berkembang ketika teori tersebut lahir. Cara-cara dan kemampuan berpikir manusia dari waktu ke waktu merupakan pendorong utama perkembangan teori-teori tersebut. Perkembangan cara-cara dan kemampuan berpikir manusia melahirkan konsep-konsep dari tingkat yang sederhana sampai pada tingkat yang lebih tinggi, hingga pada penjelasan-penjelasan yang lebih filosofis.³³²

Teori hukum tidak dapat dilepaskan dari lingkungan jamannya, teori sering tampak sebagai suatu jawaban yang diberikan terhadap permasalahan hukum atau menggugat suatu pemikiran hukum yang dominan waktu itu. Oleh karena itu sekalipun berkeinginan untuk mengatakan suatu pemikiran secara universal, tetapi alangkah baiknya apabila senantiasa waspada, bahwa teori itu mempunyai latar belakang pemikiran yang demikian.³³³

Berbagai pergulatan teori hukum dan pemikiran para yuris yang secara menerus hingga melahirkan banyak aliran dalam pemikiran hukum. Aliran hukum atau juga biasa disebut madzab sepanjang sejarah pemikiran hukum terus menerus mengalami dinamika dan perkembangan. Hadirnya aliran-aliran pemikiran hukum diperlukan dalam menjelaskan nilai-nilai dan dasar-dasar hukum hingga pada aspek filosofinya. Selain itu beberapa aliran pemikiran hukum juga mewarnai praktek hukum di beberapa negara.³³⁴

Aliran-aliran pemikiran tentang hukum yang cukup beragam pada hakekatnya dapat dibagi menjadi 3 (tiga) tipe utama;

1. Tipe filsafat hukum murni (*legal philosophy proper*), meliputi segala teori yang memakai cita-cita hukum sebagai dasar dari suatu sistem;

³³¹ Achmad Ali, *Op.cit.* hlm. 243, dalam Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 91.

³³² *Ibid.*

³³³ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 260.

³³⁴ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 92.

2. Ilmu pengetahuan hukum analitis (*analitical jurisprudence*), terutama mementingkan teknik hukum;
3. Aliran-aliran sosiologis, terutama menyelidiki hubungan antara prinsip-prinsip hukum dan fungsinya dalam masyarakat.

Ketiga aliran *legal thinking* tersebut biasanya bertentangan satu sama lain. Aliran analitis dan sosiologis, keduanya menentang aliran idealisme hukum, sedangkan keduanya bertentangan satu sama lain. Ketiga aliran pemikiran hukum tersebut sesungguhnya saling memerlukan, agar dapat memberikan posisi yang benar. Bukan yurispun kagum terhadap peranan penting posisi filsafat hukum terhadap perkembangan politik.³³⁵

Menurut Lawrence M. Friedman aliran-aliran filsafat hukum dapat digolongkan menjadi 5 (lima) golongan besar;

1. Aliran-aliran yang didasarkan atas hukum kodrat dan pencarian nilai-nilai abadi;
2. Aliran-aliran yang didasarkan atas filsafat dan masalah-masalah keadilan;
3. Aliran-aliran yang didasarkan atas pengaruh perkembangan masyarakat terhadap hukum;
4. Aliran-aliran positivisme dan hukum positif;
5. Aliran-aliran yang didasarkan atas kegunaan dan kepentingan.³³⁶

Soehardjo Sastrosoehardjo membagi aliran hukum ke dalam 9 (sembilan) aliran:

1. Aliran hukum kodrat/hukum alam.
2. Aliran idealisme atau Kantianisme.
3. Aliran neo Kantianisme.
4. Aliran sejarah.
5. Aliran positivisme.
6. Aliran ajaran hukum umum.
7. Aliran sosiologi hukum.
8. Aliran realisme hukum.
9. Aliran hukum bebas.³³⁷

Dengan berbagai perspektif klasifikasi aliran hukum, dalam perkembangan pemikiran hukum modern, juga bertambah aliran-aliran hukum baru sebagai bagian dari pemikiran

³³⁵ Soetiksno, 1988, *Filsafat Hukum*, Bagian I, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm. 22.

³³⁶ Rudy T. Erwin, 1983, *Tanya Jawab Filsafat Hukum*, Aksara Baru, Jakarta, hlm. 30.

³³⁷ Achmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 256, dalam Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 93.

hukum kontemporer, misalnya *critical legal studies* dan *feminisme jurisprudence*. Klasifikasi aliran hukum Barat memang beragam, karena bergantung pada penafsiran masing-masing filosof dalam memilah-milah aliran pemikiran hukum. Aliran-aliran hukum di sini akan mengelaborasi pembagian aliran hukum berdasarkan pendapat para filosof dan perkembangan faktual pemikiran hukum kontemporer, sehingga akan semakin memberikan pemahaman yang komprehensif.³³⁸

12.1. Aliran Hukum Alam

12.1.1. Hukum Alam Yunani dan Romawi (*Natural Law* atau *Lex Naturalis*).

Yunani -begitu pentingnya- sebagai sumber kancah pemikiran-pemikiran hukum sampai kepada akar-akar filsafatnya. Sehingga masalah-masalah utama dalam filsafat hukum sekarang dapat dikaitkan ke belakang (dirunut) kepada bangsa tersebut. Masalah utama yang sekarang dibicarakan filsafat hukum telah mendapat perumusan pada masa Yunani itu. Renungan mengenai fungsi dan masalah hukum di masyarakat Yunani dihasilkan oleh kombinasi 2 (dua) unsur yang menyebabkan pemikiran filsafat tentang hukum begitu subur di Yunani;

1. Kekacauan dan konflik intern masyarakat Yunani, pertentangan-pertentangan dalam negeri, pergantian pemerintahan yang sering terjadi, masa *tyranny* dan kesewenangan terhadap sesama warga negara, pemerintahan dan sebagainya memberikan dorongan dari luar yang cukup banyak bagi pemikiran yang bersifat spekulatif serta persepsi intelektualnya untuk menyadari adanya tragedi kehidupan dunia. Dengan kecenderungan berpikir yang demikian itu, orang Yunani melihat bagaimana timbul dan berkembangnya *polis* (negara kota) di masa itu. Misalnya terlihat pada karya-karya filsafat dan kesusasteraannya, tentang hubungan antara keadilan yang lebih tinggi, dan hukum positif memberikan saham yang besar ke arah pemikiran tentang hukum yang bersifat teoritik.
2. Bakat istimewa dari bangsa Yunani untuk memperoleh suatu pengertian, berdasarkan renungan (*spekulative insight*), pandangan menurut kecerdasan (*intellectual perception*), dapat ikut merasakan kesusahan sesama manusia dan pertentangan-pertentangan antar manusia, yang terdapat dalam filsafat dan *poezie* kaum Yunani, semua ini memberikan *aandee* (bagian) yang tidak kecil pada filsafat hukum, khususnya hal-hal mengenai keadilan abadi dan hukum positif.³³⁹

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ Sutiksno, *Op.cit.*, hlm. 9.

Plato mengembangkan filsafatnya mengenai keadilan yang merupakan bagian terpenting dari keseluruhan bangunan filsafat. Keadilan adalah -menurut Plato- apabila seorang itu menjalankan pekerjaannya dalam hidup sesuai dengan kemampuan yang ada padanya. Masyarakat yang adil adalah yang anggota-anggotanya dapat menjalankan kegiatannya sedemikian itu. Mengurusi pekerjaan sendiri dan tidak mencampuri urusan orang lain itulah keadilan. Plato mempunyai idealnya sendiri mengenai masyarakat yang sejahtera. Meskipun tidak dapat dihindari timbulnya pertentangan yang harus diselesaikan dengan kekuasaan. *The Republic* adalah suatu negara yang dipimpin oleh orang-orang cendekiawan yang bebas dan bukannya orang-orang yang terikat pada hukum. Keadilan itu hendaknya diciptakan dan dijalankan dalam masyarakat tanpa menggunakan hukum. Menjelang tutup usia, Plato dalam karyanya *The Laws* mengakui bahwa tidak mudah untuk menemukan orang-orang dengan kualitas yang demikian itu, karenanya Plato mengusulkan negara hukum sebagai alternatif yang paling baik bagi pemerintahan oleh manusia. Plato tidak lagi menerima konsep negara yang diperintah oleh kekuasaan serta orang-orang yang bebas, melainkan keadilan harus dijalankan atas dasar norma-norma tertulis, penguasa harus jadi hamba hukum yang tidak diskriminatif.³⁴⁰

Aristoteles (murid Plato) dan sangat terkesan ide-ide gurunya. Sekaligus banyak mengoreksi terhadap pikiran idealistis gurunya. Aristoteles mengembangkan pikirannya sendiri. Aristoteles berpandangan bahwa negara yang didasarkan pada hukum bukanlah alternatif yang paling baik dari negara yang dipimpin oleh orang-orang cendekiawan, namun satu-satunya yang paling praktis untuk mencapai kehidupan yang paling baik dan sejahtera dalam masyarakat. Hukum adalah personifikasi dari akal yang bebas dari nafsu-nafsu.

Sumbangan Aristoteles yang paling besar adalah pemikiran tentang hukum dan keadilan sampai sekarang, yang membedakan keadilan distributif dan keadilan korektif.

1. Keadilan distributif adalah menyangkut soal pembagian barang-barang dan kehormatan kepada masing-masing orang sesuai dengan tempatnya dalam masyarakat, artinya orang-orang yang mempunyai kedudukan sama memperoleh perlakuan yang sama pula di hadapan hukum. Keadilan ini menjadi model dari rumusan bangsa Romawi sebagaimana dibuat oleh Ulpianus; *Honeste vivere, alterum non ledere, suum quicue tribuere* (Hidup secara terhormat, tidak mengganggu orang di sekelilingmu, memberikan kepada setiap orang bagiannya).
2. Keadilan korektif adalah memberikan ukuran bagi yang menjalankan hukum sehari-hari. Dalam menjalankan hukum sehari-hari kita harus mempunyai standar yang umum guna

³⁴⁰ Satjipto Rahardjo dan Ronny Hanintijo Soemitro, *Op.cit.*, hlm. 111.

memperbaiki (memulihkan) konsekuensi-konsekuensi dari suatu tindakan yang dilakukan orang dalam hubungannya satu sama lain. Pidana memperbaiki yang telah dilakukan oleh kejahatan, pemulihan memperbaiki kesalahan perdata, ganti rugi mengembalikan keuntungan yang diperoleh secara salah. Standar tersebut harus diterapkan tanpa melihat orang dan untuk semua tunduk pada standar yang obyektif.³⁴¹

12.1.2. Aliran Hukum Alam Irrasional dan Rasional.

Selain membedakan hukum alam dalam kategori aliran Yunani dan Romawi, para filosof juga membedakan corak pemikiran hukum alam dalam kategori aliran hukum alam irrasional dan aliran hukum alam rasional.

a. Aliran Hukum Alam Irrasional.

Aliran ini berpendapat bahwa hukum yang berlaku univesal dan abadi bersumber dari Tuhan secara langsung. Pendukung aliran ini antara lain, Thomas Aquino, John Salisbury, Dante, Piere Dubois, Marsilius Padua dan John Wyclife.³⁴²

Pembela hukum kodrat klasik Thomas Aquino memaparkan pandangannya bahwa kita harus menunjuk pada beberapa penggolongan yang dibuatnya; pertama-tama berlaku *lex divina* yakni penataan yang diletakkan oleh Tuhan dalam dunia dan yang untuk sebagian diwahyukan pada manusia berupa kitab Injil. Namun undang-undang abadi atau *lex aeterna* yang diungkapkan di dalamnya untuk sebagian juga dapat dipahami oleh akal budi atau *ratio* manusia, dalam segi itu ia bernama *lex naturalis*. Ini juga disebut “undang-undang kesusilaan alamiah”. Isi dari undang-undang alamiah (hukum kodrat) dengan cara sederhana dapat dipahami oleh akal manusia. Hukum kodrat terutama terdiri atas *prima principia* yakni kaidah-kaidah; lakukanlah hal yang baik dan hindarilah hal yang buruk. Apa yang dinamakan *principia secundaria* dari dalamnya dapat secara rasional dijabarkan. Ada 4 (empat) *principia secundaria*; menghormati dan memperhitungkan dorongan alamiah untuk mempertahankan/penjagaan kehadiran diri sendiri (*self-preservation*), naluri melanjutkan keturunan, kecenderungan untuk hidup kebersamaan, hasrat mencapai kebenaran dan pengetahuan tentang Tuhan yang disebut *naturalis inclinationes*. Jadi di sini mempersoalkan asas-asas etikal yang berlaku begitu saja, dan yang isinya dapat dikenali secara rasional. Di sini filsafat tidak dikacaukan dengan kepercayaan, dan demikian juga tidak dengan apa yang dalam suatu *naturalistic fallacy* asas-asas normatif begitu saja dijabarkan dari fakta-

³⁴¹ *Ibid.* hlm. 112.

³⁴² Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 96.

fakta (data ilmiah). Sebagai premis normatif sesungguhnya bermakna dari rasional dapat dipertanggungjawabkan dan seyogianya, bahwa hakikat manusia sebagaimana ia menampakkan diri pada kita, diwujudkan sesuai dengan tujuan (cakupan) dan bentuknya. Dalam hal ini terdapat perkaitan dengan gagasan finalitas dari Aristoteles namun harus memasukkan hukum kodrat dalam arti sempit *ius naturale* atau *ius naturae*. Itu mewujudkan suatu bagian dari *lex naturalis*, yakni bagian yang berkaitan dengan pengaturan hubungan-hubungan lahiriah antara manusia yang bertalian dengan penguasaan atas barang-barang berwujud dan urusan-urusan. Hukum positif atau *lex humana* harus menemukan pertaliannya dengan hukum kodrat. Dengan itu secara jelas ditetapkan bahwa hukum kodrat dalam asasnya harus diubah ke dalam hukum positif, yang sesungguhnya relatif kabur, karena ia menerapkan asas-asas yang dianjurkan pada dimensi hukum. Pengolahan lebih lanjut secara hukum positif selalu diinginkan. Jadi, hukum kodrat sama sekali bukan suatu sistem dari suatu jenis aturan-aturan hukum metafisika yang sudah selesai akan secara langsung mengikat kita semua. Itu adalah suatu kesalahpahaman yang besar. Mereka adalah titik tolak yang memberikan arah antara lain pada pembentuk undang-undang. Kita masih akan melihat bagaimana pertanyaan harus dijawab jika hukum positif bertentangan dengan hukum kodrat. Aliran-aliran hukum kodrat yang terpenting lainnya adalah yang dinamakan teori kontrak sosial dari periode rasionalisme.³⁴³

b. Aliran Hukum Alam Rasional.

Immanuel Kant menerangkan bahwa gejala-gejala etika dan hukum harus dipahami dari sudut yang sama. Immanuel Kant mencari asas-asas atau aturan-aturan *a priori*, yakni yang tidak bertumpu pada pengalaman, yang dapat menjadi suatu pedoman mengikat bagi perilaku kita. Berkenaan dengan itu, Immanuel Kant mengkonstatasi apa yang dinamakan suatu *vactum der Vernunft* atau fakta kesadaran akal budi, artinya mengalami dalam diri kita sendiri gejala wajib (*pflicht*), suatu *du Sollst* (Anda harus), yang mewajibkan kita untuk bertindak atau tidak dengan suatu cara tertentu. Norma kesusilaan atau *Kategorische Imperative* ini menurut Immanuel Kant hanya mungkin dimengerti jika kita bertolak dari kebebasan manusia. Hanya sejauh orang memiliki kebebasan untuk mematuhi atau justru untuk tidak mematuhi kewajiban ini, maka gejala kewajiban itu memiliki makna. Norma (undang-undang) sebagai suatu unsur untuk penilaian etika dan hukum. Demikianlah manusia bertindak secara etikal bertanggung jawab, jika motif dan tindakannya dapat menjadi landasan untuk suatu norma (undang-undang) yang berlaku bagi setiap orang.

³⁴³ *Ibid.*, hlm. 97.

Hegel berpendapat jika orang bertindak sesuai dengan norma yang berlaku bagi setiap orang, maka ia telah bertindak secara etika dan bertanggung jawab, namun yang menjadi pertanyaannya adalah dari titik manakah orang berangkat. Pencurian itu dilarang. Namun dengan itu berarti sudah mengandaikan bahwa kita bertolak dari hak milik. Refleksi etika juga harus dimulai dengan hak milik sebagai demikian. Apakah institusi (pranata, figur hukum) “hak milik” secara etika bertanggung jawab atau bahkan harus dilarang? Dengan perkataan lain, penerapan asas universalisasi Kantian (imperatif kategorikal) dengan demikian mengandaikan suatu titik yang pasti, yang kualitas etikanya dengan demikian terlebih dahulu harus ditetapkan.

Salah satu inti dari filsafat Hegel adalah untuk menganalisis figur-figur dan lembaga-lembaga hukum sebagai demikian. Hal itu dilakukan dalam *Rechtsphilosophie (Grundlinien der Philosophie des recht)* tahun 1821 yang terkenal. Dalam pengantar bukunya, mengembangkan kebebasan, yang dalam pemahamannya merupakan landasan dari hukum. Selanjutnya membahas berturut-turut tentang hukum yang abstrak, *Moralitat* dan apa yang dinamakan *Sittlichkeit*. Hegel memperlihatkan bagaimana semua gejala hukum itu dapat dipahami sebagai realisasi bertahap dari kebebasan di dalam masyarakat. Dalam uraian tentang *Moralitat* ditambahkan sebuah analisis tentang subyektivitas manusiawi (nurani, kesalahan, niat dan seterusnya). Hukum konkrit pada satu sisi dan subyektivitas pada sisi lain mewujudkan 2 (dua) momen yang di dalam *Sittlichkeit* bersama-sama dipikirkan. Di dalam *Sittlichkeit* hukum dan moralitas merealisasikan diri ke dalam berbagai kelembagaan dari masyarakat manusiawi seperti keluarga, masyarakat sipil dan negara. Dengan cara ini maka dikembangkan suatu filsafat hukum yang secara sistematis bertanggung jawab dan konsisten, yang di dalamnya isi dari hukum itu sendiri diargumentasi. Berlawanan dengan filsafat hukum Immanuel Kant, Hegel menunjukkan suatu kriteria yang tidak murni formal, yang berfungsi sebagai pedoman bagi hukum. Figur-figur hukum direfleksi secara substansial. Kita masih akan melihat bahwa filsafat hukum mempunyai arti besar untuk pengertian hukum modern.

12.2. Aliran Positivisme Hukum

Hart dalam bukunya: *Positivism and the separation of law and morals*, menguraikan 5 (lima) ciri tentang positivisme yang terdapat pada ilmu hukum dewasa ini (*cotemporary jurisprudence*);

1. Hukum adalah suatu perintah yang datangnya dari manusia;

2. Tidak ada hubungan mutlak antara hukum dan kesusilaan, atau hukum yang berlaku (*law as it is*) dengan hukum yang dicita-citakan (*law as it ought to be*);
3. Analisis mengenai pengertian hukum (*legal concept*) adalah penting dan harus dibedakan dari;
 - a. penelitian tentang sejarah tentang sebab musabab hukum atau tentang sumber hukum;
 - b. penelitian secara sosiologis mengenai hubungan hukum dengan gejala kemasyarakatan lain;
 - c. penelitian hukum yang didasarkan pada kesusilaan, tujuan-tujuan sosial, fungsi hukum dan sebagainya;
4. Sistem hukum adalah sistem yang tertutup (*closed logical system*); pada sistem tersebut ketentuan hukum yang benar dapat diperoleh menggunakan alat-alat logika (*logical means*) dari peraturan hukum yang telah ditetapkan sebelumnya, tanpa memperhatikan pada tujuan-tujuan sosial, politik, ukuran-ukuran moral dan sebagainya;
5. Pertimbangan kesusilaan tidak dapat dibuat atau dibuktikan dengan menggunakan argumentasi-argumentasi dan bukti-bukti berdasarkan logika, misalnya keterangan tentang fakta-fakta (*non cognitivism in ethics*);³⁴⁴

Ciri *non cognitivism in ethics* tidak hanya terdapat pada ajaran positivisme analitis namun dapat pula dijumpai pada filsafat *relativism* yang kadang kala dianggap sama dengan positivisme.

Sistem hukum yang tertutup adalah sistem logika yang tertutup, mempunyai hubungan erat dengan ciri yang sifatnya lebih umum, yaitu adanya perbedaan yang tajam antara *das Sein* dengan *das Sollen*. Pemisahan antara hukum yang berlaku dan hukum yang dicita-citakan adalah dasar filsafat yang terpenting dari *legal positivism*. Dasar ini berbeda dari dasar *hierarchic* (tata urutan) aliran scholastik, bahwa hukum yang positif hanya merupakan pancaran dari hukum kodrat yang tingkatannya lebih tinggi.

Positivisme juga berbeda dengan filsafat Hegel yang mencampuradukkan antara filsafat hukum dengan ilmu hukum. Pemisahan antar *is* (ada) dan *uoght* (seharusnya) tidak berarti bahwa positivisme menganggap tidak penting nilai-nilai pada hukum.³⁴⁵

Hart menetapkan apa struktur formal dari gejala yang secara faktual berfungsi sebagai hukum di dalam masyarakat. Hart mengonstruksi suatu pengertian hukum (yang

³⁴⁴ Sutiksno, *Op.cit.*, hlm. 53.

³⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 54

formal) dan menerima sejenis *minimal content of natural law* yang mutlak diperlukan untuk berfungsinya setiap tata hukum. Jika semua manusia tidak ingin mempertahankan kehidupan, maka hukum sama sekali tidak bermakna. Sementara itu menjadi pertanyaan, seberapa jauh Hart tentang hal ini mau mengintroduksi suatu kategori normatif substansial. Bukankah ia juga tetap mempertahankan pemisahan secara tajam antara moral dan hukum. Hukum mungkin saja dari sudut pandangan etikal tercela (hukum Nazi, perundang-undangan *apartheid*) bahkan secara moral harus juga menarik diri dari keberlakuannya, namun keberlakuannya sebagai hukum positif tetap tidak tersentuh. Kualitas moral dari hukum tidak mempunyai pengaruh pada keberadaan dari hukum positif sebagai demikian. Dengan cara ini maka pemahaman yang tajam dalam dimensi yuridikal dan moral dari suatu masalah dapat diperoleh. Akibat dari pencampuradukan dua dimensi itu, maka akan tidak mungkin lagi untuk memaparkan dan menganalisis secara ilmiah sistem-sistem hukum yang secara jelas tidak dapat diterima, misalnya aspek hukum Romawi tentang perbudakan, hukum di Afrika Selatan, di Chili dan sebagainya. Bukankah kita dapat membedakan anatara hukum positif dalam arti formal (yang kualitas isinya diabaikan) dan hukum dipandang dalam makna konkretnya secara penuh (yang di dalamnya semua momen dari hukum turut dipertimbangkan)? Berkaitan dengan penelitian analitis yang ilmiah, perbedaan yang demikian itu sangat bermakna dan dapat dipertanggungjawabkan. Karena itu sistem-sistem hukum yang tercela dapat saja dipaparkan, sedangkan pada waktu yang bersamaan orang-orang dapat tetap teguh berpegangan pada suatu diskualifikasi moral, yang diungkapkan dalam pengertian hukum (konkrit) yang penuh. Bukankah orang dapat memilih dan membatasi obyek penelitiannya: apa keberatannya jika orang membatasi diri pada perwujudan hukum yang sudah direduksi (dalam hal ini hukum positif yang secara moral, tercela), sedangkan ia sekaligus menunjukkan bahwa dalam obyek ini terdapat sejumlah momen negatif (yakni ketercelaan secara moral). Jadi kekhawatiran pada pencampuradukan yang dikemukakan oleh Hart tidak berdasar.

12.2.1. Aliran Positivisme Analitis Hukum (*Analitical Jurisprudence, Analytical Legal Positivism*)

Dalam memberikan rumusan tentang hukum John Austin mengganti cita-cita tentang keadilan (*ideal of justice*) dengan perintah yang berdaulat, yaitu negara (*command of the sovereign i.e. the state.*) Hukum menurut Austin adalah suatu peraturan yang dibuat untuk digunakan sebagai pedoman makhluk berakal, oleh makhluk berakal yang mempunyai kekuasaan.

Hukum dipisahkan dari keadilan dan tidak didasarkan pada pengertian baik atau buruk akan tetapi didasarkan pada kekuasaan dari sesuatu yang lebih kuat (*the power of a superior*). Pendapat Austin sama dengan pendapat beberapa filsuf, misalnya Thomas Hobes yang mendasarkan kekuatan hukum pada kedaulatan negara, namun Austinlah yang menerapkan dasar tersebut dalam perkembangan sistem hukum modern. Austin membedakan antara hukum yang dibuat oleh Tuhan untuk manusia (*law set by God to men/law of God*) dengan hukum yang dibuat oleh manusia untuk manusia (*law set by man to men/human laws*). *Law of God* tidak mempunyai arti yuridis yang penting, jika dibandingkan misalnya filsafat scholastik yang berpendapat adanya hubungan organik antara hukum dengan apa yang baik (*goodness*) atau dengan apa yang buruk (*bedness*), kiranya hukum ketuhanan hanya berfungsi sebagai wadah dari kepercayaan yang didasarkan pada kegunaan. Prinsip kegunaan adalah prinsip hukum ketuhanan (*principle of utility is the law of God*). Kegunaan sebagai suatu prinsip tidak hanya seharusnya memberi pedoman, akan tetapi pada kenyataannya memberi bimbingan pada pembuat undang-undang (*the principle of utility is that which not only ought to guide but has commonly in fact guided the legislator*).

Hukum buatan manusia dapat dibedakan;

1. Hukum yang dengan tepat disebut hukum (*laws properly so called positive law*);
2. Hukum yang tidak dengan tepat dinamakan hukum (*law improperly so called*);
3. *Laws properly so called* adalah hukum yang dibuat penguasa politik yang sedang memegang kekuasaan atas orang-orang yang secara politik ada di bawah kekuasaannya (*political subordinates*).³⁴⁶

Ilmu hukum (*science of jurisprudence*) mengenai hukum positif (*strictly so called*) tidak memperhatikan apa hukum itu baik atau tidak, sebab semua hukum positif berasal dari satu pembuat undang-undang yang terang dan tertentu dan berdaulat (*sovereign*). Tiap hukum positif dibuat oleh seseorang yang berdaulat atau oleh suatu badan terdiri dari beberapa yang berdaulat untuk keperluan anggota dari masyarakat politik yang merdeka, di mana penguasa atau badan hukum tersebut di atas, mempunyai kedaulatan yang penuh memegang kekuasaan yang tertinggi. *The superior* dapat berupa individu atau berupa suatu badan atau suatu gabungan beberapa orang. *The superior* tak terikat pada suatu pembatasan hukum apapun yang ditentukan oleh dasar-dasar yang lebih tinggi atau yang ditentukan oleh aturan-aturannya sendiri. Setiap dasar yang lebih tinggi atau pembatasan

³⁴⁶ *Ibid.* hlm. 56.

sendiri, hanya merupakan pedoman yang dapat dikesampingkan oleh yang berdaulat (*which the sovereign may discard*).³⁴⁷

12.2.2. Aliran Positivisme Hukum Murni

Menurut Hans Kelsen ajaran *Reine Rechtslehre* merupakan satu ajaran umum tentang *Algemeine Rechtslehre*. Tugasnya adalah menentukan metode khusus guna mengetahui dan mempelajari dasar-dasar fundamental dari segala macam hukum dan tidak terikat pada satu sistem hukum negara tertentu, menyelidiki pengertian-pengertian umum yang merupakan dasar-dasar hukum.

Algemeine Rechtslehre harus dibedakan dari:

1. Ajaran hukum yang hanya mempelajari norma-norma hukum satu ketertiban hukum negara tertentu;
2. Ajaran hukum yang mempelajari kumpulan-kumpulan norma-norma hukum dari satu ketertiban hukum tertentu, misalnya ajaran hukum perdata Swiss, hukum pidana Indonesia.
3. Ajaran hukum yang hanya mempelajari satu peraturan hukum tertentu, misalnya ketentuan-ketentuan tentang jam kerja dan sebagainya.³⁴⁸

Di sini memberi penjelasan yang lebih terang dari apa yang ditangkap dengan langsung, berbeda dengan apa yang tertera dalam peraturan perundang-undangan. Permasalahannya adalah soal penafsiran (interpretasi).

Algemeine Rechtslehre harus pula dibedakan dari ajaran hukum yang menyelidiki bagaimana terjadinya satu isi hukum tertentu menurut sejarah, atau yang menyelidiki sebab-sebab ekonomis, atau sebab-sebab politis isi hukum tersebut.³⁴⁹

Algemeine Rechtslehre harus pula dibedakan dari ajaran hukum perbandingan, baik mengenai ideologinya maupun sistematis antara berbagai ragam hukum dari berbagai negara.

³⁴⁷ *Ibid.* hlm. 58.

³⁴⁸ *Ibid.* hlm. 59.

³⁴⁹ *Ibid.*

Reine Rechtslehre berusaha mencari pengertian tentang segala yang hakiki dan perlu untuk hukum, dan oleh karena itu harus mengesampingkan segala sesuatu yang dapat berubah atau yang ada secara kebetulan.

Ajaran murni tentang hukum tidak boleh dicampuri masalah politik, kesusilaan, sejarah, kemasyarakatan dan sebagainya. Juga tidak boleh dicampuri masalah keadilan, sebab keadilan adalah masalah ilmu politik. *Reine Rechtslehre* berusaha mencari pengetahuan tentang hukum secara ilmiah yang tidak dicampuri oleh insting, kemauan, keinginan dan sebagainya. Metode ajaran hukum harus dibedakan dari metode ajaran ilmu kealaman. Pada ilmu kealaman dikenal apa yang dinamakan *natuurwetten*, apabila ada hubungan antara 2 (dua) fakta sebagai sebab dan akibat dalam ilmu kealaman, terjadi menurut prinsip *causality* misalnya apabila besi dibakar maka akan memuai. Sedangkan di bidang hukum hubungan antara sebab dan akibat dalam aturan-aturan hukum terjadi menurut "satu prinsip" tertentu. Dalam ilmu kealaman prinsipnya adalah kausalitas sedang dalam ilmu hukum prinsipnya adalah *toerekening*.³⁵⁰ Asas *toerekening* adalah asas yang menyebutkan bahwa hubungan antara sebab dan akibat dalam aturan-aturan hukum, menurut prinsip tertentu. Menurut ajaran hukum murni, asas *toerekening* tidak hanya berlaku untuk ilmu hukum namun berlaku juga untuk kesusilaan. Misalnya pada ketentuan: Jika seseorang berlaku baik terhadap orang lain, maka orang yang terakhir seharusnya berterima kasih terhadap orang yang pertama, atau jika berbuat dosa maka dia seharusnya bertobat.³⁵¹

Reine Rechtslehre berusaha mencari ketentuan-ketentuan yang secara teoritis dapat diketahui tentang hukum, dari macam hukum apa saja, dari waktu apa saja, dan keadaan apa saja. Dalam garis besarnya dasar terpenting dari *Reine Rechtslehre* adalah sebagai berikut:

1. Tujuan suatu teori hukum, sebagai halnya dengan lain-lain ilmu pengetahuan adalah berusaha untuk mengatur secara sistematis segala sesuatu yang tidak teratur dan menyederhanakan berbagai ragam sebagai satu kesatuan;
2. Teori hukum adalah suatu ilmu pengetahuan bukan satu kemauan. Teori hukum adalah pengetahuan tentang hukum yang berlaku, bukan pengetahuan bagaimana hukum seharusnya;

³⁵⁰ *Ibid.* hlm. 60.

³⁵¹ *Ibid.*

3. Teori hukum adalah suatu ilmu yang normatif, bukan suatu ilmu kealaman;
4. Teori hukum sebagai teori norma-norma tidak memperhatikan tentang hasilnya norma-norma hukum;
5. Suatu teori hukum merupakan suatu hal yang normal, suatu teori mengenai caranya mengatur isi hukum yang berubah-ubah dengan cara yang khusus;
6. Hubungan antara teori hukum dengan suatu sistem hukum positif tertentu, adalah hubungan antara hukum yang mungkin dengan hukum yang berlaku.³⁵²

Dari perspektif Kelsen, tata hukum dipandang sebagai suatu sistem kaidah-kaidah yang tersusun secara hierarki, yang berlandaskan pada suatu *Grundnorm*.

Grundnorm harus dipahami dari sudut pandang hipotetikal, jika kita hendak memaparkan (mengerti) suatu tata hukum sebagai normatif, maka harus memandangnya sebagai suatu *Stufenbau*. Walaupun Kelsen telah memberikan berbagai uraian tentang *Grundnorm*, namun kita tidak dapat mengatakan bahwa ia mempunyai suatu isi ulang konkret seperti: *pacta sunt servanda*, atau kita harus berpegang pada konstitusi yang berlaku (berfungsi secara faktual. Berdasarkan suatu *Grundnorm* yang demikian, suatu tata hukum dapat dipahami sebagai satu keseluruhan, namun hal itu tidak mutlak perlu. Kelsen adalah positivis hukum *in optima forma*. Hal itu nampak tidak hanya dari wawasan tentang hukum sebagai semata-mata (murni) normatif, namun juga misalnya dari pemisahannya secara tajam antara hukum di satu pihak dan etika (moral), hubungan-hubungan politikal atau kemasyarakatan di lain pihak. Menurut *Reine Rechtslehre*, tugas dari ilmu hukum adalah untuk memaparkan hukum yang berlaku (ditetapkan secara normatif) semurni mungkin dan menjauhkan diri dari semua pertimbangan moral dan politik kemasyarakatan. *Sein* dan *Sollen* dipisahkan secara tajam yang satu dari yang lain (dalam hal ini Kelsen adalah Kantian). Pendirian-pendirian moral dan politik memiliki sifat subyektif pribadi. Makna (bebenaran) mereka tidak dapat ditetapkan secara ilmiah (kefilsafatan). Pengembangan ilmu hukum harus tidak membiarkan pendirian pribadinya ikut menentukan. Negara adalah tata hukum yang dipersonifikasikan, sebagai keseluruhan yang dipandang sebagai demikian, negara dan hukum dalam hal tertentu diidentikkan. Maka arti dari negara direduksi menjadi suatu konstruksi normatif, suatu sistem aturan-aturan dan kewenangan-kewenangan, sedangkan semua faset politik dan kemasyarakatan, yang menyebabkan pengertian negara menjadi demikian majemuk, namun

³⁵² *Ibid.* hlm. 62.

dibiarkan di luar penelaahan. Dengan suatu varian dari ungkapan yang terkenal dapat dikatakan bahwa Kelsen telah membersihkan negara dari segala sesuatu yang membuat kegiatan mempelajari dan menganalisis negara justru menjadi demikian mengasyikkan. Pengembangan hukum tata negara menjadi hanya mengungkapkan suatu struktur kewenangan, menjadi sejenis penataan negara. Hukum tata negara menjadi suatu bidang studi yang mandul dan tidak menarik. Ajaran hukum Kelsen mendekati pengertian hukum dan negara yang konkret secara sepihak.

Stuffentheorie.

Stuffentheorie (peraturan-peraturan hukum positif disusun secara piramida). *Stufen theory* bersusun dari atas ke bawah, yang paling atas adalah *Grundnorm* (merupakan dasar segala kekuasaan dan merupakan legalitas hukum positif). Dari *Grundnorm* yang merupakan suatu norma yang masih abstrak dibentuk suatu susunan norma-norma yang lebih konkrit, kemudian dari susunan ke dua ini dibuat suatu susunan yang dikonkritkan dalam Undang-Undang Dasar. Norma-norma dalam Undang-Undang Dasar dikonkritkan lagi dalam undang-undang, akhirnya dalam putusan hakim norma-norma tersebut *diindividualisasi* (digunakan untuk suatu hubungan tertentu) dan dapat dilaksanakan.³⁵³ Setiap tingkatan tidak saja dilaksanakan norma-norma hukum namun dalam mengkonkritkan norma-norma hukum dari satu peraturan yang lebih tinggi, diciptakan pula norma-norma hukum baru dengan menerapkan norma-norma yang lebih tinggi pada suatu keadaan dan pada pihak-pihak tertentu. Satu putusan dengan sekali gus melaksanakan dan menciptakan hukum. Pada setiap tingkatan yang lebih rendah, kebebasan untuk menciptakan norma akan semakin kecil, namun kebebasan itu tak pernah berhenti sama sekali. Setiap putusan memuat satu tindakan mencipta, karena mengadakan pilihan antara kemungkinan penafsiran yang dimungkinkan oleh suatu undang-undang atau peraturan hukum lainnya yang ada di atasnya. Dalam prosedur tersebut, seluruh hukum administrasi umum juga ambil bagian. Misalnya setiap tindakan administratif tentang penetapan pajak, adalah suatu pemberian bentuk konkrit dari suatu kekuasaan umum yang diberikan oleh suatu peraturan perundang-undangan.³⁵⁴

Sistem hukum *Reine Rechtslehre* adalah suatu *logische stufenbau* yang terdiri atas norma-norma umum yang masih abstrak. Norma umum ini kemudian tingkat demi tingkat dikonkritkan hingga mencapai tingkat paling bawah, di mana norma tersebut dikonkritkan

³⁵³ *Ibid.* hlm. 64.

³⁵⁴ *Ibid.*

dan diindividualisasi. Sistem hukum adalah suatu proses terus menerus yang mengubah kaidah-kaidah, yang pada permulaannya adalah umum dan abstrak ke kaidah-kaidah yang individual dan konkrit.³⁵⁵

12.3. Aliran Utilitarianisme.

a. Jeremi Bentham (1748 – 1832)

Jeremy Bentham seorang ahli filsafat hukum sebagai tokoh terkemuka dalam aliran utilitarianisme yang sangat menekankan pada apa yang harus dilakukan oleh suatu sistem hukum. Jeremy Bentham dalam teorinya berprinsip bahwa manusia bertindak adalah untuk memperbanyak kebahagiaan dan mengurangi penderitaan. Ukuran baik buruknya tindakan bergantung pada apakah tindakan tersebut dapat mendatangkan kebahagiaan atau tidak. Jeremy Bentham banyak mencurahkan pikiran pada bidang hukum pidana dan pembedaan. Setiap kejahatan harus dipidana setimpal dengan tindakan jahat tersebut, dan sanksinya tidak boleh melebihi dari apa yang diperlukan untuk mencegah kejahatan. Ajaran ini didasarkan pada *hedonistic utilitarianism*. Jeremy Bentham berpandangan bahwa pembentuk hukum harus adil bagi setiap warga negara secara individu dan mengemukakan faktor-faktor yang dapat mewujudkan keadilan dan penderitaan. Adapun kelemahan teorinya adalah terletak pada kenyataan bahwa tidak setiap manusia mempunyai ukuran yang sama mengenai keadilan, kebahagiaan dan penderitaan.³⁵⁶

b. Rudolf von Jhering (1818 – 1889)

Rudolph von Jhering ajaran dalam bukunya *Der Zweck in Recht* biasa disebut sebagai *social utilitarianism* berpandangan bahwa hukum merupakan suatu alat bagi masyarakat untuk mencapai tujuannya. Hukum sebagai sarana untuk mengendalikan individu agar tujuannya sesuai dengan tujuan masyarakat di mana mereka menjadi warganya. Bagi Rudolph von Jhering hukum juga merupakan suatu alat yang dapat digunakan untuk melakukan perubahan sosial. Ajarannya banyak mempengaruhi jalan pikiran para ahli sosiologi hukum Amerika Serikat, di antaranya adalah Roscoe Pound.³⁵⁷

c. John Stuart Mill (1806 - 1887)

John Stuart Mill memiliki pandangan yang senada dengan Jeremy Bentham, bahwasanya tujuan manusia adalah kebahagiaan. Manusia berusaha memperoleh

³⁵⁵ *Ibid.* hlm. 66.

³⁵⁶ Soerjono Soekanto 2, *Op.cit.*, hlm. 42.

³⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 44.

kebahagiaan melalui hal-hal yang membangkitkan nafsunya. Jadi yang ingin dicapai oleh manusia bukan benda atau sesuatu hal tertentu melainkan kebahagiaan yang dapat ditimbulkannya. Maka keliru apabila manusia menghasilkan sesuatu yang merupakan kebalikannya dari kebahagiaan.³⁵⁸

Aliran utilitarianisme dapat sinergis dengan peranan hukum moder, yakni sebagai penjaga *balance of interest* keseimbangan dari berbagai macam kepentingan. Adapun kelemahan aliran utilitarianisme ialah kebahagiaan individu secara otomatis akan mewujudkan kebahagiaan masyarakat, konsep ini terlalu sederhana dan tidak realistis, karena dalam kenyataannya tidak semudah itu. Aliran utilitarianisme sangat yakin bahwa kodifikasi hukum yang lengkap berdasarkan prinsip rasional akan dapat dilaksanakan, tanpa memperhatikan penerapan hukum yang berbeda-beda.³⁵⁹

12.4. Aliran Sejarah

Aliran sejarah berpendirian yang sangat berlawanan dengan aliran formalistis. Aliran ini justru menekankan bahwa hukum hanya dapat dimengerti dengan menelaah kerangka sejarah dan kebudayaan di mana hukum tersebut timbul.

Freidrich Karl von Savigny (1779 – 1861) seorang Jerman tokoh terkemuka pemikir dasar-dasar aliran sejarah dan kebudayaan adalah yang dianggap sebagai pemuka ilmu sejarah hukum yang bersumber dari gagasan filsafat Fichte yang bersifat irasional romantis.

Sikap hormatnya cukup mendalam terhadap kenyataan hukum yang hidup. Pandangannya menyatakan bahwa hukum yang efektif berkembang dari sifat tidak sadar, dari hal yang tidak diketahui dan spontan. Hukum itu berproses pelan-pelan, diam-diam mirip dengan perkembangan bahasa yang tidak membenarkan adanya gangguan-gangguan yang mendadak, baik melalui peraturan perundang-undangan maupun melalui revolusi.

Freidrich Karl von Savigny berpendapat bahwa hukum merupakan perwujudan dari *volksgeist* atau kesadaran hukum masyarakat. Dia berpendapat bahwa semua hukum berasal dari adat istiadat dan kepercayaan dan bukan berasal dari pembentuk undang-

³⁵⁸ Achmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 272, dalam Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 108.

³⁵⁹ *Ibid.*

undang, waktu itu dia menentang kodifikasi hukum Jerman. Keputusan-keputusan badan legislatif dapat membahayakan masyarakat, oleh karena tidak selalu sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat.

Hukum dibangun secara tradisional, diwariskan dari generasi ke generasi berikutnya secara tidak disadari. Secara sosiologis, gagasan suatu kerangka hukum timbul spontan dari masyarakat dan tidak terorganisasi yang dalam perkembangannya, negara tidak berdaya menghadapinya dan harus mengakuinya. Persengketaan antara peraturan perundang-undangan dan adat hanya bersumber dari prosedur pengakuan formal yang ditetapkan untuk mengatasi permasalahan sosial. Kenyataan menunjukkan bahwa spontanitas hukum masyarakat atau *volksrecht* yang tidak terorganisasi dapat diwujudkan dalam pembaharuan maupun dalam tradisi, dan yang penting diperhatikan adalah kerangka-kerangka hukum otonom dari kelompok khusus di samping adat dan kebiasaan.

Freidrich Karl von Savigny selanjutnya mengemukakan betapa pentingnya untuk meneliti hubungan antara hukum dengan struktur masyarakat beserta sistem nilai-nilainya. Pendapat tersebut pada dewasa ini hampir selalu menjadi pegangan bagi para sosiolog, dalam arti bahwa suatu sistem hukum sebenarnya merupakan bagian yang lebih luas dari sistem sosial dan bahwa antara sistem hukum dengan aspek-aspek sistem sosial lainnya, terdapat hubungan timbal balik yang saling mempengaruhi. Salah satu pokok yang lain dari ajaran Freidrich Karl von Savigny adalah penekanannya pada aspek dinamis hukum yang didasarkan pada sejarah hukum tersebut.

Teori Freidrich Karl von Savigny kelemahannya terletak pada konsepnya mengenai kesadaran hukum yang sangat abstrak. Apakah suatu kesadaran hukum benar-benar ada, dan apabila benar-benar ada, sampai seberapa jauhkah pentingnya dalam membentuk hukum. Kemudian timbul pula pertanyaan apakah hukum hanya merupakan pencerminan dari kesadaran yang berlaku umum, atau apakah justru hukumlah yang membentuk

kesadaran tersebut? Walaupun mengandung beberapa kelemahan, namun teori Friedrich Karl von Savigny dapat dianggap sebagai langkah utama ke arah pengembangan konsep-konsep sosial mengenai sistem hukum.

Nampaknya telah jelas bahwa betapa pentingnya hasil pikiran tokoh aliran sejarah dan kebudayaan tersebut di atas bagi perkembangan sosiologi hukum. Hal demikian diakui oleh tokoh-tokoh teori sosiologi, misalnya Emile Durkheim dan Max Weber yang menyadari akan pentingnya aspek sejarah dan kebudayaan untuk memahami gejala hukum dalam masyarakat.³⁶⁰

12.5. Aliran *Sociological Jurisprudence*

12.5.1. Max Weber 1864 – 1920.

Max Weber sebagai bapak sosiologi modern yang memandang hukum sebagai kumpulan norma atau aturan yang dikelompokkan dan dikombinasikan dengan konsensus, menggunakan alat kekerasan sebagai daya paksaan. Max Weber menganggap hukum adalah kesepakatan yang valid dalam suatu kelompok tertentu (*consensually valid in a group*) dan merupakan jaminan (*guaranteed*) melalui suatu paksaan (*coercive apparatus*). Menurut Max Weber, 2 (dua) hal tersebut adalah unsur mutlak yang harus ada di dalam hukum. Apabila disimpulkan, rumusan hukum adalah kombinasi:

1. Beberapa langkah dari adanya kesepakatan warga masyarakat.
2. Suatu persetujuan yang dipertahankan secara mendalam tentang prosedur-prosedur dan proses-proses.
3. Pelaksanaan organisasi melalui kekuasaan negara.

Max Weber menggarap hukum secara komprehensif dengan metode sosiologis. Hukum merupakan segi yang sangat penting dalam studinya mengenai *herrschaft* (dominasi) dalam masyarakat. Usaha Max Weber untuk menyingkap ciri yang menonjol dari masyarakat Barat, membawanya kepada rasionalitas sebagai kuncinya. Hal ini menjadi landasan Max Weber untuk menyusun tipologi mengenai hukum. Tipologinya disusun melalui sumbu formal-substantif dan sumbu irrasional-rasional.

³⁶⁰ Soerjono Soekanto 2, *Op.cit.*, hlm. 43.

Pertama, menyangkut perbedaan bagaimana suatu sistem hukum itu disusun, sehingga merupakan suatu sistem yang mampu menentukan sendiri peraturan dan prosedur yang dipakai untuk mengambilsuatu keputusan. Sistem yang formal melakukannya atas dasar ketentuan-ketentuan yang dibuat sendiri oleh sistemnya, sehingga bersifat internal.

Ke dua, substantif bersifat eksternal dan merujuk kepada ukuran di luarnya, terutama pada nilai-nilai agama, etika serta politik.³⁶¹

Max Weber berpendapat bahwa hukum memiliki rasionalitasnya yang substantif ketika substansi hukum itu memang terdiri dari aturan-aturan umum *in abstracto*, yang siap dideduksikan guna menangani berbagai kasus konkrit.³⁶² Sebaliknya, hukum dapat dikatakan tidak memiliki rasionalitasnya yang substantif, ketika dalam tatanannya, setiap perkara diselesaikan atas dasar kebijaksanaan-kebijaksanaan politik dan etika yang unik, bahkan juga emosional, tanpa dapat merujuk sedikitpun pada aturan-aturan umum yang ada. Hukum dikatakan memiliki rasionalitas yang formal, apabila aturan-aturannya disistematisasikan dan prosedur pendayagunaannya telah dipolakan sedemikian rupa, demi terciptanya kepastian hukum dalam penggunaannya. Hukum yang memiliki rasionalitas formal akan memungkinkan optimalisasi penggunaan dan kontrolnya oleh para praktisi.

Tipe peradilan Max Weber

Ada 3 (tiga) tipe dalam penyelenggaraan peradilan:

1. Peradilan kadi atau peradilan dengan fungsi perdamaian atas dasar kearifan dan kebijaksanaan sang pengadil, adalah peradilan yang sangat arbiter dan karenanya dinilai sebagai peradilan yang sangat tidak rasional. Keputusan peradilan ini dipercayakan sepenuhnya kepada sang pengadil, tanpa diperlukan adanya kontrol oleh sistem lainnya.
2. Peradilan empiris, adalah peradilan yang lebih rasional sekalipun belum sepenuhnya. Hakim memutuskan perkara-perkara sepenuhnya dengan cara beranalogi. Hakim mencoba untuk merujuk kepada keputusan terdahulu untuk dicoba ditafsirkan dalam perkara yang sedang ditangani tersebut. Dalam peradilan ini menggunakan cara berpikir formalitas dari satu kasus ke kasus konkrit. Biasanya peradilan ini sering dilakukan oleh mereka yang bernaung di bawah filsafat positivisme.

³⁶¹ Satjipto Rahardjo 3, *Op. cit.*, hlm. 262.

³⁶² Soetandyo Wignjosoebroto, *Op., cit.*, hlm. 33.

3. Peradilan rasional adalah peradilan yang bekerja atas asas-asas yang telah dirumuskan dalam sebuah birokrasi yang hasilnya memiliki daya universal dalam penerapannya.³⁶³

12.5.2. Emile Durkheim 1858 – 1917

Emile Durkheim adalah sosiolog yang sejak semula mempunyai perhatian sangat tinggi terhadap hukum. Emile Durkheim amat terikat pada penggunaan metodologi empiris. Pusat perhatian Emile Durkheim adalah pertanyaan besar tentang apa sebabnya masyarakat itu terbentuk, bukanlah masing-masing orang itu mempunyai kepentingan dan keinginan sendiri-sendiri? Sekalipun demikian, mengapa mereka hidup dalam ikatan masyarakat? Dan apa yang menyebabkan masyarakat itu terikat dalam kesatuan kehidupan?³⁶⁴

Emile Durkheim mengembangkan pemahamannya mengenai sosiologi hukum sistematis yang menelaah hubungan antara tipe hukum dan masyarakat secara keseluruhan. Kedua lapangan kajian yaitu sosiologi dan hukum, membahas kekerabatan di masyarakat *archais* atau tradisional, sebagai kata/istilah kunci untuk menerangkan seluruh proses evolusi sosial yang menghasilkan kesimpulan dasar tentang kajian sosiologi hukum genetik.

Dalam mengungkapkan idenya tentang hukum, Emile Durkheim bertolak dari penemuan yang terjadi di dalam masyarakat. Hubungan antara bentuk kemasyarakatan dengan jenis hukum nampak dalam konsep solidaritas. Solidaritas sosial yang nampak nyata dalam masyarakat dinyatakan sebagai hukum. Keyakinan ini mempertemukan semua keragaman bentuk hakiki dari solidaritas sosial yang tecermin dalam hukum. Sebaliknya klasifikasi obyektif dari jenis hukum merupakan klasifikasi yang dilakukan dalam kajian sosiologis, dan yang hanya dapat dilaksanakan melalui klasifikasi dari bentuk solidaritas sosial. Dengan metode empirisnya Emile Durkheim melihat jenis-jenis hukum dengan tipe solidaritas dalam masyarakat. Dalam konsep Emile Durkheim, hukum sebagai moral sosial, pada hakekatnya adalah suatu ekspresi solidaritas sosial yang berkembang di dalam suatu masyarakat. Hukum menurut Emile Durkheim adalah cerminan solidaritas. Tidak ada masyarakat yang dapat tegak dan eksis tanpa adanya solidaritas.³⁶⁵

³⁶³ Satjipto Rahardjo 3, *Op.cit.*, hlm. 263.

³⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 257.

³⁶⁵ Soetandyo Wignjosoebroto, *Op., cit.*, hlm. 29.

Menurut Emile Durkheim, hukum dirumuskan sebagai suatu norma yang bersanksi. Berat ringannya suatu sanksi bergantung pada suatu pelanggaran dan anggapan masyarakat sendiri tentang sanksi tersebut. Hukum menindak, seperti yang dikatakan oleh Emile Durkheim, dapat disamakan dengan hukum pidana sekarang. Dasar dari solidaritas ini adalah solidaritas sosial, yang disebutnya dengan sebutan solidaritas mekanik. Solidaritas semacam ini dapat timbul dari kesamaan yang mengaitkan antara individu dengan masyarakat. Dalam masyarakat yang demikian terdapat kesamaan para anggotanya akan kebutuhan-kebutuhan, perlakuan serta sikapnya. Perasaan ini tidak saja menarik para anggota masyarakat menjadi satu, melainkan juga melandaskan masyarakat menjadi berdiri. Dengan demikian, serangan masyarakat akan dihadapi pula dengan kesadaran bersama.

Tentang tipe solidaritas ini, Emile Durkheim mengajukan tipologi yang membedakan secara dikotomis 2 (dua) tipe solidaritas menjadi mekanis dan organis. Masyarakat berkembang dari tipe mekanis ke tipe organis. Perkembangan ini sejalan dengan semakin terdiferensiasinya pembagian kerja dalam masyarakat, dari yang segmental ke yang fungsional.

Hukum dan solidaritas mekanis.

Dikatakan oleh Emile Durkheim, ketika masyarakat masih berada pada tahap diferensiasi segmental, masyarakat tampak sebagai himpunan sekian banyak satuan pilihan yang masing-masing berformat kecil dan di antara yang satu dengan yang lain bersifat seragam. Solidaritas yang dominan dalam masyarakat yang terdiferensiasi secara segmental ini, dikategorikan sebagai tipe solidaritas mekanis dengan hukum yang represif. Dalam masyarakat yang segmental ini, satuan pilihan yang satu dapat dilepas dari hubungan dengan yang lain, tanpa mengganggu fungsi keseluruhan sistem. Hal tersebut berubah tatkala masyarakat beralih ke tahap berikutnya, yaitu tahap diferensiasi fungsional. Dalam tahap ini sistem masyarakat sudah tumbuh menjadi suatu kesatuan sistem yang tunggal dan koheren. Bentuknya lebih besar dan keadaannya lebih kompleks, dengan satuan-satuan komponen yang lebih heterogen, masing-masing dengan fungsinya sendiri yang lebih spesifik. Dalam solidaritas ini seorang warga masyarakat secara langsung terikat kepada masyarakat. Hal ini dapat terjadi dengan indikasi cita-cita bersama dari masyarakat yang bersangkutan secara kolektif lebih kuat seta lebih intensif daripada cita-cita masing-masing warga secara individual.

Hukum dan solidaritas organis.

Hukum yang menindak mencerminkan masyarakat yang bersifat kolektif, sedangkan hukum yang mengganti merupakan cerminan masyarakat yang telah terdiferensiasi dan terspesialisasi ke dalam fungsi-fungsi. Keadaan ini mencerminkan perbedaan-perbedaan dalam pengalaman dan pandangan. Dalam dinamikanya, diferensiasi ini menimbulkan kebutuhan akan kerjasama antar anggota masyarakat. Tipe inilah yang dinamakan oleh Emile Durkheim dengan tipe solidaritas organis. Hukum dibutuhkan tidak untuk menindak tetapi memberikan penggantian, sehingga keadaannya menjadi pulih kembali seperti semula. Emile Durkheim mengatakan bahwa yang membedakan sanksi adalah; ia tidak bersifat mengenakan denda namun semata-mata hanya untuk memulihkan keadaan semula. Terhadap seseorang yang melakukan perkosaan, hukum tidak dikenakan padanya sesuai dengan perbuatannya yang salah itu. Orang tersebut hanya dihukum untuk menyesuaikan tindakannya kepada hukum.

Dalam masyarakat yang berkembang secara modern, heterogen dan penuh dengan diferensiasi, solidaritas organis dapat mengatasi solidaritas mekanis. Hukum represif tidak lagi berfungsi secara dominan. Hukum represif akan digantikan oleh hukum restitutif, yang lebih menekankan arti pentingnya restitusi atau pemulihan serta kompensasi untuk menjaga keuletarian masyarakat. Dapatlah disimpulkan, yang menjadi inti pemikiran Emile Durkheim adalah terbangunnya tipe solidaritas organis. Tipe ini berfungsi sebagai fasilitas untuk melicinkan jalan bagi berkembangnya koherensi dan kohesi antara berbagai bagian sektor kehidupan yang mulai tumbuh dalam masyarakat. Tipe solidaritas tersebut dapat digambarkan bahwa dalam masyarakat sederhana (pedesaan) tipe solidaritasnya adalah tipe mekanis yang mempunyai corak hukum represif. Hukum ini konkritnya adalah tampak dalam hukum pidana, yang menurut Emile Durkheim berfungsi untuk menanggulangi apa yang disebut dengan nurani kolektif, sedang pada masyarakat yang kompleks, dapat ditemukan hukum yang restitutif, dengan tipe solidaritas organis.

Dalam bukunya mengenai *suicide* dan *division* Emile Durkheim menegaskan bahwa kuatnya kedudukan negara diakibatkan oleh berkembangnya solidaritas organis, dan lebih-lebih terlepasnya hubungan sosial, dan disintegrasi yang menimbulkan penguasaan sepihak. Jarak hubungan sosial politik antara negara dalam pemerintahan sentralistik dengan rakyat (warga negara) yang tidak memiliki korporasi perantaraan (perwakilan) dianggap sebagai salah satu faktor yang menambah jumlah peristiwa bunuh diri.

Masyarakat sebagai kesatuan atau *horde* merupakan protoplasma sosial yang menciptakan tipe-tipe dasar masyarakat bersifat menyeluruh yang dapat melahirkan masyarakat baru dan cara-cara bagaimana masyarakat baru itu bergabung. Untuk itu Emile Durkheim membedakan *horde* ke dalam ke dalam beberapa tipe:

1. Tipe masyarakat sederhana yang terbentuk melalui *clan* atau suku/marga seperti yang terjadi di antara bangsa Australia.
2. Tipe masyarakat yang tersusun secara sederhana sebagai peleburan dari suku-suku.
3. Tipe masyarakat yang tersusun secara rangkap, misalnya kota, suku-suku yang berbeda dengan tipe masyarakat yang terorganisasi.

Dalam masyarakat tersebut individu terintegrasi ke dalam kelompok-kelompok bukan berdasarkan hubungan keturunan, namun oleh sifat kegiatan sosialnya. Tipe masyarakat tersebut memiliki struktur keagamaan, hukum dan ekonomisendiri. Misalnya Totemisme menguasai tipe pertama. Agama, kesukuan, menguasai tipe ke dua. Agama nasional menguasai tipe ke tiga, sebagian untuk tipe ke empat, kemudian berkembang menjadi masyarakat yang lebih bersifat umum.

Emile Durkheim menyederhanakan mikro sosiologi hukum dan tipologi masyarakat menurut hukum sebagai ilmu yang didasarkan pertimbangan genetis. Permasalahan mengenai bentuk kemasyarakatan dan jenis hukum menghalangi pencapaian hasil-hasil yang ditetapkan, karena klasifikasi tentang bentuk hubungan sosial terlalu sederhana, hubungan yang tercipta antara hukum dan pemaksaan yang terorganisasi diragukan kebenarannya. Hukum bukan simbul dari segala bentuk hubungan sosial, namun hukum sebagai simbul dari beberapa hubungan sosial tertentu yang bersesuaian dengan kondisi yang tepat, karena bentuk hubungan sosial dapat bersifat steril dari pandangan hukum.

Berbagai bentuk ikatan sosial dapat dikembangkan oleh hukum, apabila aktif menunjukkan tugas yang dilaksanakan bersama. Ikatan sosial antara sahabat, kekasih, penganut suatu paham, antar orang-orang yang menggunakan bahasa yang sama, tidak mewujudkan peraturan hukum maupun organisasi hukum. Pembentukan jenis hukum melalui ikatan sosial tanpa mengabaikan yang lain, harus dilakukan dengan mengambil bentuk yang mungkin dapat dilambangkan oleh hukum.³⁶⁶

12.5.3. Eugen Ehlich (1826 – 1922)

³⁶⁶ Soemanto, *Op.cit.*, hlm. 96.

Eugen Ehrlich yuris Austria sebagai pelopor aliran *sociological jurisprudence* di Eropa telah menempatkan dirinya sebagai orang yang pertama menulis buku sosiologi hukum yang berjudul *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Berdasarkan hasil karyanya bersama dengan Kantorowicz, Eugen Ehrlich merintis perjuangan untuk pendekatan sosiologi terhadap hukum di Jerman. Usaha ini dialamatkan sebagai suatu serangan yang hebat kepada praktek hukum secara analitis, yang pada masa itu menguasai dunia pemikiran hukum. Eugen Ehrlich kemudian menjadi sangat terkenal dengan konsep mengenai *the living law* atau hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai lawan dari hukum perundang-undangan.

Eugen Ehrlich dalam konsepnya mengatakan bahwa pada dasarnya pusat perkembangan hukum bukanlah dijumpai dalam badan-badan legislatif atau peraturan perundang-undangan, keputusan-keputusan badan yudikatif (keputusan hukum) ataupun ilmu hukum, dimana tata tertib dalam masyarakat didasarkan pada peraturan-peraturan yang dipaksakan oleh negara, namun justru hukum itu ditemukan di dalam masyarakat itu sendiri. Eugen Ehrlich berpendapat bahwa hukum itu merupakan variabel tidak mandiri.³⁶⁷

Dihubungkan dengan fungsi hukum sebagai sarana kontrol sosial, hukum tidak akan dapat melaksanakan tugasnya apabila landasan tertib sosial yang lebih luas tidak mendukungnya. Bekerjanya tertib dalam masyarakat ini berakar pada penerimaan sosial dan bukannya paksaan dari negara.³⁶⁸ Ajarannya berpokok pada perbedaan antara hukum positif dengan hukum yang hidup atau *living law* dengan perkataan lain suatu perbedaan antara norma-norma hukum dengan norma-norma sosial lainnya. Eugen Ehrlich menyatakan bahwa hukum positif hanya akan efektif apabila selaras dengan *living law* yang ada dalam masyarakat, atau dengan apa yang disebut oleh para antropolog sebagai pola-pola kebudayaan atau *culture patters*.³⁶⁹

12.5.4. Roscoe Pound (1870 – 1964).

Roscoe Pound seorang yuris Amerika Serikat, membentuk aliran hukum sosiologis yang disebut *sociological jurisprudence* yang lebih diarahkan kepada penelitian ilmu hukum serta hubungannya dengan cara-cara menyesuaikan hubungan tertib perilaku dengan kehidupan kelompok yang berkembang sejak tahun 1930-an.³⁷⁰ Aliran ini disebut

³⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 45.

³⁶⁸ Yesmil Anwar dan Adang, 2008, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Gramedia, Jakarta, hlm. 124

³⁶⁹ Soerjono Soekanto 2, *Op.cit.*, hlm. 44.

³⁷⁰ Yesmil Anwar dan Adang, *Op.cit.*

sociological karena dikembangkan dari pemikiran dasar Oliver Wendell Holmes seorang hakim, sebagai perintis pemikiran dalam ilmu hukum yang mengatakan bahwa; sekalipun hukum itu memang benar merupakan suatu yang dihasilkan lewat proses-proses yang dapat dipertanggungjawabkan menurut imperatif-imperatif logika, namun *the live of law has not been logic, it is experience*. Soetandyo Wignjosebroto menandaskan bahwa *sociological jurisprudence* bukanlah *sociological of law*. Alasannya adalah ilmu hukum pada awal mulanya bagian dari ajaran filsafat moral atau *proderntial*, yang pada dasarnya hendak mengkaji soal nilai kebaikan dan keadilan. Tidak salah jika dikatakan bahwa ilmu hukum pada awalnya adalah ilmu tentang etika terapan. Akan tetapi menurut aliran positivisme, ilmu hukum ini menolak perbincangan soal keadilan dan etika dalam pengambilan keputusan.³⁷¹

Apa yang disebut dengan *positive jurisprudence* ini pada suatu ketika dikritik oleh Oliver Wendell Holmes, Cardozo dan para pengikutnya yang dikenal sebagai kaum *legal realis*. Roscoe Pound dan para pengikutnya juga mengkritik *positive jurisprudence* ini. Dia mengajarkan tentang pentingnya memperhatikan dan mempertimbangkan faktor-faktor yang tidak selamanya murni yuridis. *Sociological jurisprudence* yang dikembangkan sebagai *alternative* tetaplah harus dikategorikan sebagai *jurisprudence* dan bukan sosiologi. Bagi aliran *sociological jurisprudence* hukum adalah sesuatu yang berproses secara sosial dan kultural dan karenanya steril. Ajaran sosiologi ini kemudian muncul untuk mengkritik dan mengkoreksi aliran *sociological jurisprudence* dan sekaligus mendorong kepada kajian hukum untuk mengkaji variabel-variabel sosio-kultral.

Roscoe Pound berpendapat bahwa hukum merupakan suatu proses yang mendapatkan bentuknya dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dan keputusan hakim atau pengadilan. Roscoe Pound mengedepankan idenya tentang hukum sebagai sarana untuk menngarahkan dan membina masyarakat. Untuk memenuhi fungsinya tersebut, sorotan yang terlalu besar pada aspek statis dari hukum harus ditinggalkan. Selain Roscoe Pound, Benyamin Nathan Cardoso berpendapat bahwa hukum bukanlah penerapan murni dari peraturan perundang-undangan. Pada hukum berpengaruh kepentingan-kepentingan sosial yang hidup di dalam masyarakat.³⁷²

Roscoe Pound sebagai pelopor dan populer atas ajaran *sociological jurisprudence*, berpendapat bahwa hukum harus dipandang sebagai suatu lembaga kemasyarakatan yang

³⁷¹ *Ibid.* hlm. 125.

³⁷² *Ibid.* hlm. 127.

berfungsi untuk memaksimalkan pemuasan kebutuhan dan kepentingan sosial, dan bertugas untuk mengembangkan suatu kerangka dengan mana kebutuhan-kebutuhan sosial dapat terpenuhi secara optimal. Roscoe Pound lebih cenderung melihat kepentingan (dan bukan etika atau moral) dalam kehidupan hukum. Lebih jauh Roscoe Pound mengatakan bahwa hukum itu diperlukan karena adanya berbagai kepentingan dalam setiap bidang kehidupan.

Pahamnya tadi dapat terbukti dari pendapatnya tentang sejarah hukum sebagai: *the record of a continually wider recognizing and satisfying of human wants or claims or desires through social control; a more embracing and more effective security of social interest; a continually more complete and effective elimination of waste and precluding of friction in human enjoyment of the goods of existence - in short a continually more efficacious social engineering.*

Selanjutnya Roscoe Pound menganjurkan untuk mempelajari *law in action* atau hukum sebagai suatu proses yang dibedakannya dengan *law in the books* atau hukum yang tertulis. Perbedaan dapat diterapkan pada seluruh bidang hukum, baik hukum substantif maupun hukum ajektif. Ajaran Roscoe Pound menonjolkan masalah apakah hukum yang ditetapkan sesuai dengan pola-pola perilaku. Ajaran tersebut dapat diperluas lagi sehingga mencakup masalah keputusan-keputusan pengadilan serta pelaksanaannya, dan juga antara isi suatu peraturan dengan efeknya yang nyata.³⁷³

Betapa tekanan pada kenyataan hukum merupakan suatu obyek yang sangat penting bagi para sosiolog yang menaruh perhatian pada gejala-gejala hukum sebagai gejala sosial. Dalam hal ini baik sosiologi hukum maupun aliran *sociological jurisprudence* mempunyai pokok perhatian yang sama. Roscoe Pound mengakui bahwa hukum hanyalah merupakan salah satu alat *social control*, dan bahkan hukum selalu menghadapi tantangan dari pertentangan kepentingan-kepentingan. Kecuali itu, Roscoe Pound berusaha untuk menyusun suatu kerangka dari nilai-nilai dalam masyarakat yang harus dipertahankan oleh hukum dalam menghadapi pertentangan kepentingan-kepentingan.³⁷⁴

Dalam buku Alvin S. Johnson, *Sociology of Law*, dituliskan bahwa yang menjadi pokok pikiran dari Roscoe Pound adalah sebagai berikut:

³⁷³ Soerjono Soekanto 2, *Op.cit.*, hlm. 45.

³⁷⁴ *Ibid.* hlm. 46.

1. Roscoe Pound lebih menelaah akibat-akibat sosial yang aktual dari adanya lembaga-lembaga hukum dan doktrin-doktrin hukum (lebih pada fungsi hukum daripada isi abstraknya).
2. Mengacu pada studi sosiologis untuk mempersiapkan perundang-undangan dan menggarap hukum sebagai suatu lembaga sosial yang dapat diperbaiki oleh usaha-usaha yang bijaksana dalam menemukan cara-cara terbaik untuk melanjutkan dan membimbing usaha-usaha yang seperti itu.
3. Untuk menertibkan efektivitas cara dalam membuat peraturan perundang-undangan dan memberi tekanan kepada hukum untuk mencapai tujuan-tujuan sosial.

Dengan demikian Roscoe Pound lebih memandang hukum sebagai proses rekayasa sosial. Hukum adalah sarana untuk dapat mengontrol masyarakat.³⁷⁵

Roscoe Pound juga menekankan betapa pentingnya penelitian dan perlunya dipakai alat pembuktian yang berasal dari ilmu-ilmu sosial di dalam proses pengadilan. Aliran *sociological jurisprudence* telah meninggalkan pengaruh yang mendalam terutama pada pemikiran hukum di Amerika Serikat, walaupun aliran tersebut belum sepenuhnya dapat dinamakan sosiologi hukum oleh karena usaha-usahanya untuk menetapkan kerangka normatif tertentu bagi ketertiban hukum belum tercapai, akan tetapi aliran tersebut memperkenalkan teori-teori dan metode-metode sosiologi pada ilmu hukum.

Roscoe Pound menambahkan bahwa sangat mungkin kemajuan penting jurisprudensi modern dipengaruhi oleh perubahan pandangan dari yang bersifat analitis ke yang bersifat fungsional; dimana sikap fungsionalisme menurut para hakim, yuris dan advokat untuk selalu ingat akan hubungan antara hukum dan kenyataan sosial yang hidup dengan memperhatikan dinamikanya.

12.6. Aliran Realisme Hukum (*Pragmatic Legal Realisme*).

Sebagai aliran realisme hukum atau studi hukum kritis. Aliran hukum neo-realis berkembang pesat sebagai perlawanan sengit terhadap orientasi studi sosiologi yurispruden yang bersifat teologis-moralis. Para pendukungnya adalah Thurman Arnold, Walter W. Cook, H.E. Yntema, L. Green, Underhill Moore, H. Olipant, Max Radin, **Jerome Frank**, E.W. Robinson dan Charles E. Clark. Mereka berusaha menghapuskan pertimbangan-pertimbangan teleologis dan penilaian baik buruk, bukan saja dari sosiologi hukum namun

³⁷⁵ Yesmil Anwar dan Adang, *Op.cit.*, hlm. 143

juga ilmu hukum sendiri, penilaian positif dari teleologi sosiologis dan hukum dari kelompok realis cukup beragam. Interpretasi terhadap definisi hukum dari Oliver Wendell Holmes, negatif karena sangat sempit, yaitu hukum sebagai ramalan tentang apa yang akan dilakukan oleh pengadilan. Sikap dan tanggapannya terhadap peraturan, asas, pedoman, nilai, pendapat para hakim dan hukum yang dipaksakan dalam pengadilan baik langsung maupun tidak langsung sangat tegas dan menolak, karena hukum direduksi menjadi putusan hakim atau merupakan tindakan-tindakan hakim saja. Lebih lanjut para realis hukum menyatakan bahwa semua yang tidak dapat dilihat dan diraba dalam hukum, misalnya peraturan, asas, pedoman, nilai, pendapat, kepercayaan dan sebagainya hanya merupakan khayalan filsafati. Aliran realis hukum ingin mengembangkan ilmu hukum menjadi satu ilmu yang murni berdasarkan kaidah keilmuan semata-mata.

Para yuris yang beraliran realis pada umumnya berpendapat bahwa ilmu hukum yang sesungguhnya adalah dibangun dari suatu studi tentang hukum dalam pelaksanaannya atau *the law in action*. Bagi realisme yuridis, *law is as law does*. Karakteristik yang digunakan baginya terhadap masalah-masalah hukum adalah.³⁷⁶

1. Suatu investigasi ke dalam unsur-unsur khas yang terdapat dalam kasus-kasus hukum.
2. Suatu kesadaran yang terdapat dalam faktor-faktor irrasional dan tidak logis di dalam proses lahirnya putusan pengadilan.
3. Suatu penilaian terhadap aturan-aturan hukum melalui evaluasi terhadap konsekuensi-konsekuensi penerapan aturan hukum itu.
4. Memperlihatkan aturan hukum dalam kaitannya dengan politik, ekonomi, dan faktor lain non hukum.

Aliran realisme hukum dibedakan menjadi 2 (dua) kelompok yaitu realisme Amerika dan realisme Skandinavia. Menurut Friedman, persamaan keduanya adalah semata-mata verbal. Realisme Amerika mendasarkan sumber hukum utamanya pada putusan hakim. Semua yang dimaksud hukum adalah putusan hakim. Hakim lebih sebagai penemu hukum daripada pembuat hukum yang mengandalkan peraturan perundang-undangan. Tokoh utama realisme Amerika adalah Charles Sanders Peirce (1839-1914) yang kemungkinan bagi manusia untuk mendapat suatu pengetahuan teoritis secara benar. John Chipman Gray (1839-1915) yang menyatakan bahwa di samping logika juga terdapat faktor-faktor lain

³⁷⁶ Ahmad Ali, *Op.cit.*, hlm. 295, dalam Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 116.

dalam pembentukan hukum, misalnya unsur kepribadian, prasangka, dan faktor-faktor lain yang tidak logis memiliki pengaruh yang sangat besar. Oliver Wendell Holmes (1841-1935) yang berpendapat bahwa hukum adalah pikiran-pikiran tentang apa yang akan diputuskan oleh pengadilan itulah yang dimaksud dengan hukum. John Dewey (1859- 1952) yang menyatakan bahwa logika bukan berasal dari kepastian-kepastian dari prinsip-prinsip teoritis, melainkan dari studi tentang kemungkinan-kemungkinan. Jerome Frank (1889-1957) yang menyatakan bahwa hukum tidak dapat disamakan dengan suatu aturan tetap.³⁷⁷

12.6.1. Oliver Wendell Holmes (1841-1935).

Seorang hakim Amerika dan yuris mengatakan bahwa perkembangan kehidupan hukum tidak selalu menurut logika, tetapi merupakan pengalaman kehidupan masyarakat yang tidak dapat diabaikan oleh proses pengadilan yang dikenal dengan revolusi sosiologi dalam ilmu hukum. Oliver Wendell Holmes menolak dengan tegas mazhab analitis maupun mazhab historis, dan menekankan perlunya bagi yuris untuk memberikan telaah-telaah obyektif dan empiris dari kenyataan sosial yang aktual. Sebagaimana yang telah dilakukan oleh ilmu-ilmu sosial, khususnya sosiologi dalam kajiannya mengenai hukum, maka jalan menuju ke antropologi telah diratakan, juga jalan menuju politik ekonomi, teori perundang-undangan dan etika. Adalah tepat untuk menggarap dan membahas hukum semata-mata sebagai suatu dokumen antropologis yang sangat besar.

Pikiran utama Oliver Wendell Holmes dalam sosiologi hukum adalah, bahwa setiap hakim bertanggung jawab memformulasi hukum lewat keputusan-keputusannya. Hakim harus selalu sadar dan yakin bahwa hukum itu adalah bukan suatu hal yang *omnipresent on the sky*, melainkan sesuatu yang senantiasa hadir dalam situasi-situasi konkret *to meet the social need*. Lebih lanjut Oliver Wendell Holmes menuliskan *the life of law is not logic; it has been experience*, bahwa kehidupan hukum tidak pernah berdasarkan logika, melainkan merupakan pengalaman yang isinya harus dilukiskan oleh sosiologi hukum. Dengan demikian Oliver Wendell Holmes sesungguhnya memandang hukum sebagai sejumlah keputusan. Pada hakekatnya keputusan tersebut merupakan cerminan kepentingan mereka yang dominan di dalam masyarakat. Menurut Oliver Wendell Holmes hukum bukan saja dilihat dari definisi yurisprudensi namun ramalan-ramalan yang akan diputuskan oleh pengadilan. Pendekatan yang digunakan oleh Oliver Wendell Holmes adalah pendekatan pragmatis, Oliver Wendell Holmes mengajak masuk ke dalam kehidupan sehari-hari. Hakim

³⁷⁷ *Ibid.* hlm. 117.

harus benar-benar memperhatikan pembuatan keputusan hukum, dan bagi Oliver Wendell Holmes hukum merupakan hal yang aktual bagi hakim.³⁷⁸

12.6.2. Karl Nickenson Llewellyn (1893 – 1962).

Karl Ninckerson Llewellyn dan Max Radin mengatakan bahwa ilmu hukum bukan sebagai seni namun sebagai ilmu murni, hal itu dapat dikembangkan secara lancar dan netral tanpa harus melalui suatu renungan filsafat. Namun betulkah hukum tidak terkait dengan tujuan tertentu, misalnya menegakkan keadilan dan kebenaran, atau ilmu kedokteran berusaha menyembuhkan orang sakit. Maka hukum sebagai seni dan sebagai ilmu yang murni, keduanya menjadi menarik untuk dicermati sebab berprinsip ilmu yang ilmiah dan ilmu yang amaliah. Lebih lanjut Karl Ninckerson Llewellyn menyatakan bahwa ilmu hukum yang murni atau landasan ilmiah dari ilmu hukum adalah sosiologi hukum. Hal ini sepenuhnya merupakan peranan dan peluang yang harus dilakukan sosiologi hukum dalam menjalankan proses keilmuannya tanpa mendapat gangguan atau hambatan (netral), sebelum ada kepastian hasil-hasil yang dicapai dapat digunakan bagi ilmu hukum (yurisprudensi). Oleh karena itu sejak awal sosiologi hukum menentukan garis pemisah yang tegas antara ilmu dan kesenian. Fakta menunjukkan bahwa hukum tidak menciptakan tata tertib dalam masyarakat, tata tertib adalah suatu bentuk kecenderungan, sebab masyarakat menunjukkan kecenderungan (bersifat dinamis). Hukum itu bukan keseluruhan juga bukan bagian terbesar dari keseluruhan (masyarakat). Maka sosiologi hukum menegaskan bahwa konsep masyarakat yang sedang bergerak, terus bergerak dan bahkan bergerak kauh lebih cepat daripada hukum, sehingga memungkinkan setiap bagian dari hukum memerlukan pemeriksaan kembali untuk menentukan apakah hukum masih sesuai dengan masyarakat atau tidak. Dengan perkataan lain dapat disebutkan bahwa kenyataannya masyarakat itu yang melahirkan hukum dan bukanlah sebaliknya. Karl Ninckerson Llewellyn menyatakan bahwa sosiologi hukum dan deskripsinya mengenai struktur sosial berhubungan dengan kenyataan sosial. Kompleksitas aspek yang saling bertentangan dengan kenyataan hukum dan pelapisan sosial yang terjadi disebutkan sebagai obyek kajian mikro sosiologi hukum sistematis. Tipologi kelompok tertentu dan berbagai masyarakat secara menyeluruh, serta definisi tentang hukum membutuhkan interpenetrasi (saling pengaruh) antara berbagai norma secara efektif yang menunjukkan karakteristik determinan dari regulasi berbagai aspek sesuai dengan definisi yang ditetapkan.

³⁷⁸ Yesmil Anwar dan Adang, *Op. cit.*, hlm. 142.

Bagaimana hubungan antara simpulan umum normatif dengan nilai rohani? Pada dasarnya diperlukan garis pemisah antara pola simbolisasi kebudayaan dan pola teknik hukum, dan tidak perlu ada pembedaan pola-pola simbol tersebut satu sama lain, dengan tidak membedakan nilai-nilai rohani yang dihayatinya.

Karl Ninckerson Llewellyn mengembangkan teori tentang hubungan antara aturan-aturan hukum dengan perubahan-perubahan sosial yang terjadi dalam masyarakat. Karl Llewellyn dalam teorinya terutama menekankan pada fungsi lembaga-lembaga hukum. Tugas pokok dari pengadilan adalah menetapkan fakta dan rekonstruksi dari kejadian-kejadian yang telah silam yang menyebabkan terjadinya perselisihan. Aliran realisme hukum dengan buah pikirannya mengembangkan pokok-pokok pikiran yang sangat berguna bagi penelitian-penelitian yang bersifat interdisipliner, terutama dalam penelitian yang memerlukan kerjasama antara ilmu hukum dengan ilmu-ilmu sosial.³⁷⁹

Karl Ninckerson Llewellyn kemudian berusaha menghilangkan terjadinya tuntutan nilai hukum tentang keadilan secara khusus dengan:

1. Menghubungkan sifat dan status keabsahan hukum secara otonom dan heteronom, dengan struktur regulasi yang bertentangan dengan struktur dalam agama, kesusilaan dan estetika.
2. Menembus lapisan-lapisan terdalam dari kenyataan sosial hukum yang mengatasi perbedaan pola yang ada, dan yang berhubungan dengan simbol, nilai-nilai kolektif dan kepercayaan-kepercayaan. Oleh karena itu konsep mengenai teknik hukum tidak menjadi bersifat relatif semata-mata karena struktur sosial, dan nilai-nilai yang ada di dalamnya.³⁸⁰

Thurman Arnold seorang realis hukum yang berpandangan sama dengan Karl Ninckerson Llewellyn menolak hukum yang sempit dan terus berusaha mengatasinya dengan mengembangkan konsep hukum realistik. Namun arah pengembangan konsepnya Thurman Arnold berbeda dengan Karl Ninckerson Llewellyn, dia meyakini kebenaran bahwa semua kehidupan sosial berhubungan dengan ilusi-ilusi, kepercayaan, serta cita-cita sosial. Bukunya *The Symbols of Government* (1935) dan *The Folklore of Capitalism* (1937) membuktikan bahwa lembaga-lembaga sosial membutuhkan kepercayaan dan cita-cita, kepercayaan irasional dan ilusionistis akan cita-cita dan asas-asas yang sekalipun tidak konsekuen namun efektivitas sosialnya tidak dapat diabaikan. Rasionalisasi dogmatis dan

³⁷⁹ Soerjono Soekanto 2, *Op.cit.*, hlm. 47.

³⁸⁰ Soemanto, *Op. cit.*, hlm. 107.

simbol menjadi hambatan dan menimbulkan penyakit perbudakan sebagai simbol, sebaliknya skeptisme terhadap simbol bersamaan dengan kesadaran akan peranan dasar dalam masyarakat bersifat membebaskan.

Hukum dipandang dari segi perasaan merupakan cadangan dan sumber utama dari simbol. Hukum sebagian besar terdiri dari simbol dan cita-cita yang saling bertentangan, karena semua simbol tidak konsekuen dan penjelasan hukum tidak dapat didefinisikan. Thurman Arnold mengusulkan yurisprudensi secara teknis hukum dianalisis bersama dengan simbol hukum tertinggi (tersuci) sebagai pernyataan dari kepentingan rasa untuk mempersatukan rasio dari hal-hal yang tidak selaras.

Fungsi sosial dari hukum, khususnya yang sedang berlangsung dalam proses pengadilan, dan dalam tilisan para yuris lebih bersifat ritual dan wujud kesetiaan terhadap perintah. Ilmu hukum lebih terselenggara sebagai ritual daripada proses pengamatan ilmiah. Dalam hal ini simbol-simbol sangat diperlukan (khusus pada jaman ini), karena belum pernah terjadi kemerosotan simbol-simbol dan menjadi panutan yang mencelakakan, serta menjadi rintangan yang menghalangi dinamika kehidupan masyarakat.

Arti simbol dalam kenyataan sosial khususnya kenyataan hukum, tidak akan dapat dibuat simpulan-simpulan yang dapat diterima apabila tidak ada simbol-simbol sosial, karena yang terjadi adalah proyeksi subyektif, khayalan, ilusi yang tidak berarti. Selanjutnya secara intelektual, semua yang tidak subyektif, khayalan, ilusi atau yang bersifat obyektif adalah bersifat rasional.

Hukum dan kebesaran hukum sesungguhnya berfungsi memelihara bentuk atau wujud dari suatu persatuan dan kesatuan dengan membiarkan serta melaksanakan cita-cita yang bergerak ke berbagai arah, dan hukum dapat berfungsi dengan baik apabila simbol-simbol yang beraneka ragam itu saling berhadapan dalam kenyataan hidup masyarakat.

Uraian pokok pikiran dan pandangan mengenai hukum dan masyarakat di atas telah memberi landasan kajian sosiologi hukum dan perkembangan obyek serta ruang lingkungannya. Sosiologi hukum perlu memperhatikan dan memperhitungkan ikatan-ikatan hidup komunitas (sebagai pergaulan hidup) yang berperan penting selaku struktur perantara bagi negara dan individu/rakyat. Semua komunitas yang dimaksud misalnya keluarga, profesi, organisasi keagamaan, ekonomi dan olah raga, politik, seni dan sebagainya itu,

memiliki, mengenal aturan-aturan, tata tertib, dan kemampuan menciptakan peraturan sendiri.³⁸¹

12.6.3. Benjamin Nathan Cardozo (1870 – 1938), dari yesmil anwar hlm. 142.

Benjamin Nathan Cardozo seorang hakim Amerika menyatakan bahwa sumber ketidakadilan adalah kekuasaan sewenang-wenang, juga dari pembatasan logika dalam proses pengadilan yang terjadi karena pertimbangan faktor sosiologis. Benjamin Nathan Cardozo perhatian utamanya ditujukan pada aktivitas-aktivitas dalam pengadilan, dengan bertolak dari perenungan tentang perlunya memperbaiki teknik hukum yang aktual. Hal tersebut harus dilakukan dengan cara menutup jurang antara teknik hukum dengan kenyataan hidup dalam masyarakat. Menurut Cardozo, dalam setiap praktek keadilan terdapat suatu ketidakpastian yang semakin besar yang diakibatkan oleh keputusan pengadilan. Adalah suatu manifestasi yang tidak dapat dicegah dari kenyataan bahwa proses peradilan bukanlah penemuan hukum, melainkan penciptaan hukum. Ide pemikiran Cardozo ini dapat ditemukan dalam bukunya *the Nature of Judicial Process*.

Situasi dalam pengadilan terdiri atas kenyataan bahwa setiap tendensi, orang harus mencari tendensi lawan, dan bagi setiap peraturan harus dicarikan lawannya pula. Dengan demikian hukum adalah kegiatan hakim-hakim di pengadilan yang terikat pada kepentingan.

Pemikiran Benjamin Nathan Cardozo adalah sebagai berikut:

1. Hakim memiliki kebebasan untuk memutuskan suatu perkara, namun batasannya tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum.
2. Berbagai kehidupan sosial seperti logika, rakyat, sejarah dan standar moralitas yang disepakati bersama-sama dalam kehidupan, merupakan instrumen ke arah terciptanya hukum.
3. Hukum harus tetap sejalan dengan kebutuhan-kebutuhan sosial.³⁸²

12.6.4. Realisme Skandinavia (*Legal Realism*).

Para yuris modern Skandinavia secara khas mengembangkan cara berpikir tentang hukum yang tidak ada persamaannya di negara lain.³⁸³ Dasar filsafatnya adalah memberikan kritik terhadap dasar-dasar metafisika hukum (*Schandinavian realism is*

³⁸¹ *Ibid.*, hlm. 108.

³⁸² Yesmil Anwar dan Adang, *Op. cit.*, hlm. 143.

³⁸³ Sutiksno, *Op.cit.*, hlm. 84.

essentially a philosophical critique of the metaphysical foundation of law), dan mengecam cara pendekatan golongan realis Amerika Serikat. Realis Skandinavia mempunyai ciri-ciri yang mirip dengan filsafat hukum Eropa, terutama dalam cara mengkritik dan mengupas prinsip-prinsip yang seringkali sangat abstrak. Menolak ajaran filsafat hukum kodrat: menolak pengertian mutlak tentang keadilan yang mengausai dan memberi pedoman pada sistem hukum positif. Mengenai nilai-nilai hukum, berpendirian seperti filsafat relativisme, menolak pendirian yang mengatakan bahwa ketentuan-ketentuan tentang tindakan hukum dapat disalurkan secara memaksa dari prinsip keadilan yang tidak dapat diubah. Realis Skandinavia karena dipengaruhi oleh agama Katolik tidak mengakui hukum kodrat. Atas pengaruh besar Ross dan Axel Hagestrom, para yuris Skandinavia memiliki persamaan dalam cara pendekatannya terhadap hukum dengan tokoh-tokohnya Olivercrona dan Wilhelm Lundstedt. Ciri khas yang berharga dari Axel Hagestrom serta penganutnya adalah penelitian mereka mengenai berlakunya (*validity*) pengertian sebagai hak-hak (*rights*), kewajiban-kewajiban (*duties*), kedaulatan (*sovereignty*), perintah-perintah (*commands*) dan lain-lain pengertian dasar hukum yang merupakan “soko guru” dari ilmu hukum analitis sebagaimana nampak dalam ajaran John Austin dan penganut-penganutnya di Inggris.³⁸⁴

Menurut Olivercrona tiap-tiap teori kekuatan mengikat hukum baik dalam hukum kodrat maupun hukum positif adalah bentuk yang didasarkan pada sesuatu di luar pengalaman (*transcendentalism*); hak-hak positif (*positive rights*) adalah tidak lebih nyata (*real*) daripada hak-hak alami (*natural rights*), kecuali hak-hak positif tersebut berakibat secara pasti dalam hal jaminan yang nyata (*actual security*), dan dalam hal kekuasaan (*actual power*) berhubung dengan jalannya sarana hukum secara teratur. Sebagai gantinya Olivercrona menggunakan istilah *independent imperatives* (perintah yang berdiri sendiri), namun tidak sama dengan perintah (*command*). Pembuat aturan-aturan hukum tidak dikenalnya oleh orang-orang yang dikenai oleh aturan-aturan tersebut, sebab mereka langsung berhadapan dengan pernyataan-pernyataan yang bersifat memerintah, terpisah dari pembuat peraturan hukum (bahkan berselang ratusan tahun), perintah tersebut ditujukan pada orang-orang tertentu (*these commands are addressed to specific person*). *Law is a fact, a body of rules about the use of organized force, without which community life is unthinkable.*

Menurut Friedman sumbangannya yang berharga adalah penjelasannya tentang penggunaan pengertian kehendak kolektif, suatu kehendak umum atau kehendak negara (*a*

³⁸⁴ *Ibid.* hlm. 85.

collective or general will or of a will of the state) oleh ilmu hukum analitis. Menurut Hagerstrom dan golongannya pengertian tersebut di atas adalah semacam pengertian gaib yang digunakan yang untuk memberi dasar hukum pada kelompok yang memegang kekuasaan negara; dan cara mereka membuktikan legitimitas (dasar hukum) kekuasaan negara tersebut pada dasarnya sama dengan cara-cara yang digunakan filsafat hukum kodrat.³⁸⁵

Wilhelm Lundsedt secara singkat berpendapat bahwa segala tindakan di bidang hukum, baik yang berupa pembuatan peraturan maupun yang mengenai soal-soal administrasi dan soal pengadilan ditentukan tanpa didasarkan pada suatu ideologi, namun dengan mengadakan perimbangan sebaik mungkin antara berbagai tuntutan, tindakan dan keinginan yang timbul pada masyarakat.³⁸⁶ Sesungguhnya pendirian ini bukan pendirian yang asli, sebab serupa dengan filsafat *social engineering* Roscoe Pound. Adapun sumbangan realis Skandinavia selain kritik terhadap ajaran filsafat hukum kodrat adalah kecaman terhadap ideologi yang menjadi latar belakang dari pengertian-pengertian sebagai *command* (perintah), *sovereignty* (kedaulatan) *rights and duties*. Setiap ketertiban hukum – akhirnya- harus didasarkan pada suatu skala nilai-nilai tertentu yang dirumuskan dengan memperhatikan kepentingan masyarakat yang senantiasa berubah mengikuti perubahan jaman, keadaan dan keyakinan bangsa. *Whether law to discribed as a fact as a machinery in action or any other manner, it is directed to certain ands.*³⁸⁷

12.7. Aliran Hukum Bebas (*Freirechtslehre*).

Aliran *Freirechtslehre* merupakan penentang paling keras terhadap Positivisme Hukum, sebab berpendapat bahwa hakim mempunyai tugas menciptakan hukum. Tokoh-tokoh aliran ini antara lain, Herman Isay, Stampe, dan Fuch. Muncul di Jerman merupakan sintesis dari proses dialektika antara ilmu hukum analisis dan sosiologis.³⁸⁸ Aliran ini sejalan dengan kaum realis di Amerika yang dalam menentukan hukum bersumber pada putusan hakim. Reaksi yang tajam terhadap *legisme* baru muncul sekitar tahun 1900 di Jerman, yang dimulai oleh Kantorowicz (1877-1940) yang dengan nama samaran Gnaeus Flavius tahun 1906, menulis *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Aliran baru ini disebutnya

³⁸⁵ *Ibid.*, hlm. 86.

³⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 90.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Dardji Darmodihardjo dan Sidharta, 1995, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 150, dalam Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 121.

Freirechtlich atau bebas, dan dari situlah timbul istilah *Freirechtbewegung* atau *Freirechtslehre*.³⁸⁹

Penemu hukum yang bebas tugasnya bukanlah menerapkan undang-undang namun menciptakan penyelesaian yang tepat untuk peristiwa konkrit, sehingga peristiwa-peristiwa berikutnya dapat dipecahkan oleh norma yang diciptakan oleh hakim.³⁹⁰ Penemuan hukum yang bebas bukanlah peradilan yang tidak terikat pada undang-undang. Pada penemuan hukum bebas undang-undang tidak merupakan peran utama. Undang-undang merupakan alat bantu untuk memperoleh pemecahan yang menurut hukum tepat dan tidak perlu harus sama dengan penyelesaian sesuai undang-undang.³⁹¹

Tidak mustahil penggunaan metode penemun hukum bebas akan menghasilkan pemecahan yang sama seperti metode-metode yang lain. ini adalah masalah titik tolak cara pendekatan problematik. Seorang yang menggunakan penemuan hukum bebas tidak akan berpendirian “saya harus memutuskan demikian karena bunyi undang-undang adalah demikian”. Ia harus mendasarkan berbagai argumen, antara lain undang-undang.

Tujuan *Freirechtslehre* adalah sebagai berikut:

1. Memberikan peradilan sebaik-baiknya dengan cara memberi kebebasan kepada hakim tanpa terikat undang-undang, tetapi menghayati tata kehidupan sehari-hari.
2. Membuktikan bahwa dalam undang-undang terdapat kekurangan, dan kekurangan itu harus dilengkapi.³⁹²

Para pengikutnya menentang pendapat bahwa kodifikasi itu lengkap dan bahwa hakim dalam proses penemuan hukum tidak mempunyai sumbangan kreatif. Tidakseluruh hukum terdapat dalam undang-undang, di samping undang-undang masih terdapat sumber-sumber lain yang dapat digunakan oleh hakim untuk menemukan hukumnya. Mereka menganggap titik tolak Montesquieu bahwa hakim tidak lebih dari corong undang-undang, secara tegas merupakan *fictie* atau khayalan/angan-angan. Setiap pemikiran yang melihat hakim sebagai *subsumtie automaat* (hakim di bawah undang-undang) dianggap sebagai

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Dardji Darmodihardjo dan Sidharta, *Op.cit.*, hlm. 149, dalam *Ibid.* hlm. 120.

³⁹¹ Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*, hlm. 183.

³⁹² Sukarno Aburaera, Muhadar, Maskun, 2013, *Filsafat Hukum, Teori dan Praktik*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 147

suatu yang tidak nyata. Menurut mereka (aliran hukum bebas) hakim tidak hanya mengabdikan pada fungsi kepastian hukum, tetapi mempunyai tugas sendiri dalam merelisasi keadilan.³⁹³

Freirechtbewegung mencoba mengarahkan perhatiannya pada sifat-sifat yang khusus pada peristiwa yang konkrit dan kepentingan yang berkaitan. Rasa hukum hakim harus dipusatkan pada hal-hal ini dan juga pada tujuan yang tersirat dalam peraturan. Apabila penyelesaian menurut undang-undang, maka hakim berwenang dan wajib untuk menyimpang dari penyelesaian menurut undang-undang. Tidak mengakui undang-undang sebagai satu-satunya sumber hukum mengarah pada subyektivasi putusan hakim, dengan demikian disadari bahwa putusan hakim mengandung karya yang bersifat menciptakan. Pelaksanaan hukum bergeser ke arah penemuan hukum atau pembentukan hukum.³⁹⁴

Ciri khas penemuan hukum bebas ialah bahwa hakim yang melakukan penemuan hukum, mengikuti jaman dan mengganti peraturan hukum lama atau usang dengan yang baru. Akan tetapi perlu dipertanyakan kapankah suatu peraturan itu sudah usang dan peraturan manakah yang harus menggantikannya. Pada dasarnya selama belum ada undang-undang baru, hakim tetap akan berpedoman pada undang-undang yang lama.³⁹⁵

12.8. Aliran Studi Hukum Kritis (*Critical Legal Studies/CLS*).

CLS merupakan aliran modern dalam pemikiran hukum. CLS adalah teori yang berisi penentangan terhadap norma-norma dan standar-standar di dalam teori dan praktek yang selama ini telah diterima. Penganutnya percaya bahwa logika-logika dan struktur hukum muncul dari adanya *power relationship* dalam masyarakat. CLS juga dipahami sebagai suatu penentangan terhadap norma yang dapat menekankan hukum kepada masyarakat.³⁹⁶

CLS menentang doktrin netralitas, kemurnian dan otonomi hukum dengan menyatakan bahwa istilah-istilah tersebut tidak lebih dari mitos belaka, karena dalam kenyatannya hukum tidak bekerja dalam ruang hampa, namun sangat ketat dipengaruhi oleh kepentingan-kepentingan politik yang subyektif. CLS menawarkan solusi agar pengkajian hukum dapat dilakukan tanpa harus terjebak oleh pikiran positivisme hukum, yaitu dengan menghilangkan pemisahan antara doktrin hukum dengan teori sosial empiris. CLS percaya bahwa doktrin-doktrin hukum yang terus mengharapakan pemisahan antara

³⁹³ *Ibid.* hlm. 122.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.* 123.

³⁹⁶ Adji Samekto, 2008, *Justice Not for All; Kritik terhadap Hukum Modern*, Genta Press, Yogyakarta, hlm. 87, dalam *Ibid.*

pemikiran hukum dengan ideologi dan falsafah politik hanya berakhir menjadi himpunan apologi yang karut marut.³⁹⁷

Studi hukum kritis diperkenalkan tahun 1970-an di Amerika Serikat. Inisiatif untuk membentuk CLS tahun 1977 berawal dari para yuris, misalnya Horwitz, Duncan Kennedy, Trubek, Mark Tushnet dan Roberto Unger. CLS timbul sebagai kritik terhadap keadaan krisis hukum yang gagal berperan sebagai sarana perubahan dan sebagai sarana untuk mencapai keadilan yang sebenarnya. Krisis hukum bersumber dari gejolak sosial pada masa tahun 1960-an. Waktu itu praktek hukum menampilkan 2 (dua) wajah keadilan yang kontras. Di satu sisi beberapa pengadilan dan beberapa bagian dari profesi hukum telah menjadi juru bicara bagi kelompok masyarakat yang tidak beruntung. Tetapi di sisi yang lain pada waktu yang bersamaan, hukum menampilkan sosoknya yang dilengkapi dengan sepatu boot dan berlaku represif untuk membasmi setiap anggota masyarakat yang membangkang.³⁹⁸ Terdapat 2 (dua) tema yang dominan dalam kritik yang dilancarkan oleh CLS, yaitu:

1. Institusi-institusi sudah tercemar dari dalam, ikut menyebabkan ketiadaan ketertiban sosial secara keseluruhan, dan hukum bekerja terutama sebagai alat kekuasaan. Dalam tema ini keberpihakan hukum yang sangat jelas, menguntungkan golongan kaya, merugikan serta menipu golongan miskin, dikutip sebagai bukti yang tidak terbantahkan.
2. Kritik terhadap legalisme liberal (*liberal legalism*) itu sendiri, adalah mengenai gagasan bahwa tujuan keadilan dapat dicapai melalui sistem peraturan dan prosedur yang obyektif, otonom dan tidak memihak.

Esensi pemikiran CLS terletak pada kenyataan bahwa hukum adalah politik.³⁹⁹ Dari pemikiran *law is politics* itu, CLS berarti sudah langsung menolak dan menyerang keyakinan para positivis dalam ilmu hukum yang mengembangkan pemikiran hukum liberal. CLS mengkritik hukum yang berlaku, yang nyatanya memihak ke politik dan sama sekali tidak netral.⁴⁰⁰ CLS berusaha untuk membuktikan bahwa di balik hukum dan tatanan sosial yang muncul ke permukaan sebagai sesuatu yang netral, sebenarnya di dalamnya penuh dengan muatan kepentingan tertentu yang bias kultur, ras, gender, bahkan kepentingan ekonomi.

³⁹⁷ Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, hlm. 169.

³⁹⁸ Philippe Nonet dan Philip Selznick, 2003, *Hukum Responsif: Pilihan di Masa Transisi (The Law in Society in Transition: Toward Responsive Law)* terjemahan Rafael E. Bosco, Huma, Jakarta, dalam Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 124.

³⁹⁹ Adji Samekto, 2012, *Ilmu Hukum dalam Perkembangan Pemikiran menuju Post-Modernisme*, Indep Publishing, Lampung, hlm. 85, dalam *Ibid*.

⁴⁰⁰ Soetandyo Wignjosoebroto, 2000, *Permasalahan Paradigma dalam Ilmu Hukum*, Jurnal Wacana edisi 6, tahun 2000, hlm. 2, dalam *Ibid*, hlm. 125.

Menurut pandangan CLS, doktrin hukum yang selama ini terbentuk, sebenarnya lebih berpihak kepada mereka yang mempunyai kekuatan (*power*) baik itu kekuatan ekonomi, politik maupun militer. Oleh karena itulah, maka dalam memahami masalah hukum juga harus selalu dilihat dari *power-relations context*.⁴⁰¹ Sebagai salah satu contoh dari hal tersebut, dapat dilihat dari praktek hubungan antar negara, bahwa kekuatan sering digunakan oleh negara maju terhadap negara berkembang, untuk:

1. Terlibat dalam kebijakan dalam negeri di negara berkembang.
2. Menekan negara berkembang agar melakukan tindakannya sesuai dengan kebijakan negara maju.

Proses intervensi dan penekanan oleh negara maju itulah yang kemudian dibungkus dengan suatu bentuk perjanjian internasional agar tampak lebih manusiawi. Dalam keadaan yang demikian itu maka tepatlah jika Karl Marx menganggap bahwa fungsi utamahukum adalah untuk menyelubungi hubungan antar kekuasaan yang timpang. Dalam memandang masalah hukum, CLS menolak perbedaan antara teori dan praktek, dan perbedaan antara fakta dan nilai yang merupakan karakteristik dari liberalisme. Oleh karena itu maka CLS menolak adanya teori murni (*pure theory*) serta lebih menekankan pada teori yang memiliki daya pengaruh terhadap transformasi sosial yang praktis. Sejalan dengan hal itu namun dalam kalimat yang berbeda. Gary Minda dengan mengutip pendapat James Boyle mengatakan bahwa: *CLS offered not merely a theory of law, but a hopeful self-conception of a politically active, socially responsible (vision) of a noble calling*.⁴⁰²

Peter Fitzpatrick menyatakan bahwa CLS mempunyai komitmen besar terhadap emansipasi kemanusiaan, maka tidak mengherankan apabila pada perkembangannya, CLS melahirkan pula *Feminist Legal Theory* dan *Critical Race Theory*.⁴⁰³ Ada berbagai macam varian dalam arus CLS, karena dilatarbelakangi berbagai ragam sumber intelektual dan orientasi politik dari para ilmuwan yang ada di dalamnya. Walaupun memang berisiko,

⁴⁰¹ Abdulkadir Jailani, 2005, *Hukum Internasional Pasca Perang Irak: Legalisasi Politik Internasional dan Politisasi Hukum Internasional*, Jurnal Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 336, dalam *Ibid*.

⁴⁰² Gary Minda, 1997, *Post-Modern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, hlm. 107, dalam *Ibid*. hlm. 126.

⁴⁰³ Mukthie Fadjar, 2013, *Teori-teori Hukum Kontemporer*, Setara Press, Malang, hlm. 40.

mengakibatkan terjadinya penyederhanaan dalam memandang CLS, namun setidaknya tidaknya dapat disebutkan 3 (tiga) varian utama dalam pemikiran CLS:⁴⁰⁴

1. Arus pemikiran yang diwakili oleh Roberto Mangabera Unger yang mencoba mengintegrasikan 2 (dua) paradigma yang saling bersaing, yaitu paradigma konflik dan paradigma konsensus.
2. Arus pemikiran yang diwakili oleh David Kairys yang mewakili tradisi pemikiran hukum Marxis atau tepatnya mewarisi kritik Marxis terhadap hukum liberal yang dianggap hanya melayani sistem kapitalis. Arus pemikiran ini berkecenderungan pada sosialisme humanistik sebagai komitmen politiknya.
3. Arus pemikiran yang diwakili oleh Kennedy yang menggunakan metode *eclectic* (memilih yang baik dari berbagai sumber) yang membaaur sekaligus perspektif Strukturalis, Fenomenologis dan Neo-Marxis.

CLS walaupun ada berbagai ragam arus pemikiran, namun tetap bersatu dalam pokok pemikirannya yang tidak puas dan melancarkan kritik terhadap paradigma hukum liberal. Para aktivis CLS tetap sepakat pada 1 (satu) prinsip bahwa *law is politics*. Pada perkembangannya CLS melahirkan beberapa aliran, misalnya *Feminist Legal Theory* dan *Critical Race Theory*. Menurut Milovanovic, berkaitan dengan seputar kelahiran CLS menulis: *Critical Legal Studies was an outgrowth the critical development of Realism* (studi hukum kritik berakar pada *Legal Realism* sebagai salah satu aliran yang muncul dalam teori hukum). Antara CLS dan *legal realism* terdapat sinergitas yang mendorong dilakukannya perhatian yang lebih besar untuk memandang hukum dalam konteks sosial. Oleh karena itu dasar pijakan analisis dalam ajaran *legal realism* atau CLS tetap pada norma atau hukum - positif- yang berlaku, tetapi harus dikembangkan dengan menyertakan faktor ekstra legal berupa fakta sosial atau pengalaman hidup, sebagai masukan dalam upaya berpikir yang lebih realistis untuk memfungsikan hukum tersebut. Hukum tidak dipandang sebagai sarana kontrol sosial namun juga sebagai sarana rekayasa masyarakat atau *law as a tool of social engineering*. Dalam pandangan CLS, hukum pada waktu pembuatan sampai penerapannya selalu memihak, sekalipun dalam *liberal legal order* dibentuk keyakinan akan kenetralan, obyektivitas, dan prediktabilitas dalam hukum.⁴⁰⁵

Pengaruh CLS di Indonesia.

⁴⁰⁴ Ifdal Kasim, 2000, *mempertimbangkan "Critical Legal Studies" dalam Kajian Hukum di Indonesia*, artikel dalam Jurnal Wacana, Edisi 6, Tahun II, Jakarta, hlm 24, dalam Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 126.

⁴⁰⁵ *Ibid.* hlm. 127.

CLS juga mempengaruhi pemikiran para yuris Indonesia, hal ini karena keadaan hukum di Indonesia mirip dengan keadaan hukum di Amerika Serikat waktu CLS lahir. Penggunaan metode yang ditawarkan oleh CLS sangat membantu dalam memberikan pemahaman terhadap keadaan hukum di Indonesia.⁴⁰⁶ Ifdal Kasim berpendapat bahwa kajian-kajian hukum CLS sangat relevan digunakan dalam menganalisis proses-proses hukum di Indonesia. Menganalisis proses-proses pembentukan hukum dan penerapan hukum maupun untuk menganalisis suatu doktrin hukum dan bagaimana hukum telah berfungsi mengabsahkan suatu sistem sosial atau kebijakan tertentu. Di Indonesia memang diperlukan suatu analisis yang dapat mengungkap *hidden political intention* di belakang berbagai konsep, doktrin dan proses-proses hukum.⁴⁰⁷ Selain hal tersebut perlu pula diperhatikan bahwa waktu menggunakan metode CLS dalam menganalisis keadaan hukum di Indonesia tetaplah memperhatikan faktor-faktor yang khas, dan mungkin hanya ada di Indonesia, misalnya faktor nilai budaya, faktor agama, bahkan untuk faktor agama sangat mungkin menjadi hambatan untuk dilakukannya kajian yang kritis terhadap hukum.⁴⁰⁸ Misalnya melakukan kajian kritis terhadap kemungkinan dibentuknya peraturan yang melegalkan perkawinan sesama jenis. Hambatan demikian terletak pada keyakinan bahwa homoseks dilarang (tidak boleh) oleh agama. Jadi dalam menggunakan metode CLS tetap pada kontekstualisasinya diperlukan.⁴⁰⁹

12.9. Aliran Hukum Feminis (*Feminist Jurisprudence*).

Aliran hukum feminis adalah suatu aliran hukum yang didasarkan pada emansiasi (usaha kesetaraan) gender di bidang politik, ekonomi dan sosial. *Feminist Legal Theory* didasarkan pada pandangan gerakan feminis bahwa menurut sejarah, hukum merupakan instrumen untuk melanggengkan posisi wanita di bawah sub-ordinasi kaum laki-laki.⁴¹⁰ Sejarah yang ditulis kaum laki-laki telah menciptakan bias dalam konsep kodrat manusia, potensi dan kemampuan gender, serta dalam pengaturan masyarakat. Dengan mengatakan bahwa kelaki-lakian sebagai norma, maka kewanitaan adalah deviasi dari norma dan hal ini merupakan hegemoni dalam konsep dan penguatan hukum dan kekuasaan patriakal. Budaya patriarki tersebut memunculkan apa yang disebut dengan diskriminasi terhadap

⁴⁰⁶ Khudzaifah Dimiyati, 2010, *Teorisasi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 30, dalam *Ibid*.

⁴⁰⁷ Ifdal Kasim, *Op.cit.*, hlm. 30 dalam *Ibid*.

⁴⁰⁸ Anom Surya Putra, 2003, *Teori Hukum Kritis: Struktur Ilmu dan Riset Teks*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 18, dalam *Ibid*. hlm. 128.

⁴⁰⁹ Ifdal Kasim, *Op.cit.*, hlm. 31, dalam *Ibid*.

⁴¹⁰ Sulistyowati Irianto, 2008, *Perempuan dan Hukum*, Yayasan Obor, Jakarta, hlm. 53, dalam *Ibid*.

gender, di mana kedudukan wanita dalam hukum dan masyarakat dianggap setingkat - bahkan beberapa tingkat- lebih rendah daripada laki-laki. Padahal telah disebutkan dalam adagium *equality before the law*, yaitu kedudukan setiap orang adalah sama di hadapan hukum tanpa membedakan gender, ras, status sosial dan lain sebagainya. Untuk itu *feminist jurisprudence* atau *feminist legal theory* muncul sebagai bentuk kritis terhadap aliran atau paham mengenai hukum yang telah ada. Aliran hukum feminis bermula pada payung *critical legal studies*, namun kemudian aliran ini muncul dan berkembang justru sebagai respon kritis terhadap aliran *critical legal studies*. Para yuris feminis dengan sangat kritis mencoba memandang bahwa hukum pada dasarnya memiliki sejumlah keterbatasan untuk merealisasikan nilai-nilai sosial, hukum (baik pembentukan aturan, maupun substansinya) sangat bersifat *phallogentris* yaitu lebih memihak kepada kepentingan laki-laki, sehingga hukum diterapkan untuk kepentingan laki-laki.⁴¹¹

Feminisme dalam hukum juga menolak bagaimana posisi wanita senantiasa dimarginalkan dalam perjanjian, pekerjaan, berbagai kehidupan sosial, kaum feminis melihat bahwa sekalipun para wanita telah berusaha untuk memperbaiki masa depannya namun tetap saja hukum selalu dibayang-bayangi oleh ideologi yang lebih maskulin. Kaum feminis menentang dan membongkar kepercayaan atau mitos bahwa laki-laki dan wanita begitu berbeda, sehingga perilaku tertentu dapat dibedakan atas perbedaan gender. Gender menurut kaum feminis dibentuk atau diciptakan secara sosial bukan secara biologis. Gender menentukan penampilan fisik, kapasitas reproduksi, tetapi tidak menentukan ciri-ciri psikhis, moral atau sosial. Dengan perkataan lain, *feminist jurisprudence* mencoba untuk mempelajari hukum dari sudut pandang wanita dan berdasarkan pada teori-teori feminis.

Dalam perjalanannya *feminist jurisprudence* membongkar dan menjelaskan bagaimana hukum memainkan peran untuk melegalkan status wanita dalam posisi subordinasi laki-laki, dengan perkataan lain, hukum menjadi sarana untuk melestarikan *status quo* yaitu dominasi kaum laki-laki atas kaum wanita. Selain itu *feminist jurisprudence* juga berusaha untuk melakukan perubahan/transformasi status kaum wanita dengan mengubah hukum, pendekatan dan pandangannya terhadap perkara gender menjadi lebih adil dan berimbang. Ini adalah proyek emansipatoris kaum wanita di bidang hukum. Sehingga pada akhirnya *feminist jurisprudence* mempengaruhi pemikiran hukum dalam setiap bidang hukum, di antaranya hubungan rumah tangga (*domestic relations*) misalnya perkawinan, perceraian dan keluarga, kekerasan dalam rumah tangga, pekerjaan, pelecehan seksual,

⁴¹¹ *Ibid.*, hlm. 54, dalam *Ibid.* hlm. 129.

hak-hak sipil, perpajakan, hak asasi manusia dan hak-hak reproduksi.⁴¹² Meskipun menyuarakan seputar hukum dan gender, dalam perkembangannya aliran hukum feminis juga terfragmentasi dalam berbagai *genre* atau aliran, yaitu gerakan aliran hukum feminis.⁴¹³

12.9.1. Feminisme liberal

Tokoh aliran feminisme liberal adalah Naomi Wolf, solusinya adalah sebagai Feminisme Kekuatan. Wanita apabila telah mempunyai kekuatan dari segi pendidikan dan pendapatan, dan perempuan harus terus menuntut persamaan haknya dan kini saatnya wanita bebas berkehendak tanpa bergantung pada laki-laki.

Feminisme liberal ialah pandangan yang menempatkan wanita untuk memiliki kebebasan secara penuh dan individual. Kebebasan dan kesamaan berakar pada rasionalitas dan memisahkan antara keperluan privat dan keperluan publik. Setiap orang mempunyai kapasitas untuk berpikir dan bertindak secara rasional, begitu pula pada wanita. Akar ketertindasan dan keterbelakangan pada wanita karena kesalahannya sendiri. Wanita harus mempersiapkan diri agar dapat bersaing dengan laki-laki dalam persaingan bebas dan mempunyai kedudukan yang setara dengan laki-laki. Mereka memandang bahwa negara sebagai penguasa tidak memihak pada wanita, negara didominasi oleh laki-laki yang terefleksikan menjadi kepentingan yang bersifat maskulin, namun mereka juga menganggap bahwa negara adalah cerminan dari kelompok kepentingan yang memiliki kendali atas negara tersebut.⁴¹⁴

Bagi kaum liberal feminis, wanita cenderung berada di dalam negara hanya sebatas warga negara bukan sebagai pembuat kebijakan. Sehingga ada ketidaksetaraan wanita dalam politik atau bernegara. Dalam perkembangan berikutnya, memandang bahwa kesetaraan berpengaruh tersendiri untuk melakukan kegiatan politik, misalnya membuat kebijakan di suatu negara.⁴¹⁵ Feminisme liberal mengusahakan untuk menyadarkan wanita bahwa sebagai golongan tertindas. Pekerjaan yang dilakukan wanita di sektor domestik, dikampanyekan sebagai hal yang tidak produktif dan menampatkan wanita pada posisi sub ordinat. Budaya masyarakat Amerika yang materialistis, mengukur segala sesuatu dari

⁴¹² Lili Rasjidi dan Bernard Arief Sidharta, 1990, *Filsafat Hukum: Madzab dan Refleksi*, Remaja Karya, Bandung, hlm. 84, dalam *Ibid.* hlm. 130.

⁴¹³ Muhamad Erwin, 2011, *Filsafat Hukum Refleksi Kritis terhadap Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, dalam *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Muhammad Siddiq, 2008, *Perkembangan Teori Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm. 14, dalam *Ibid.* hlm. 131.

materi dan individualistis sangat mendukung keberhasilan feminisme. Wanita tergiring ke luar rumah, berkariir dengan bebas dan tidak bergantung kepada laki-laki. Oleh karena itu sejak abad XVIII sering muncul tuntutan agar wanita mendapat pendidikan yang sama, banyak upaya memperjuangkan kesempatan hak sipil dan ekonomi bagi wanita, dan abad XX organisasi-organisasi wanita mulai dibentuk untuk menentang diskriminasi seksual di bidang politik, sosial, ekonomi maupun personal. Dalam konteks Indonesia reformasi hukum yang berprespektif keadilan lewat desakan 30% kuota bagi wanita dalam parlemen adalah kontribusi dari pengalaman feminis liberal.

12.9.2. Feminisme Radikal.

Genre feminisme radikal muncul tahun 1970-an, ketika kelompok feminis radikal menawarkan ideologi perjuangan separatisme wanita, yang muncul sebagai reaksi atas kultur seksisme atau dominasi sosial berdasarkan gender di Barat sekitar tahun 1960 terutama melawan kekerasan seksual dan industri pornografi. Pemahaman penindasan laki-laki terhadap wanita adalah fakta dalam sistem masyarakat, dan gerakan ini sesuai dengan namanya yang radikal. Feminisme radikal bertumpu pada pandangan bahwa penindasan terhadap wanita terjadi akibat sistem patriarki. Tubuh wanita merupakan obyek utama penindasan oleh kekuasaan laki-laki, sehingga antara lain mempermasalahkan tubuh serta hak-hak reproduksi, seksualitas (termasuk lesbianisme), seksisme, relasi kuasa wanita dan laki-laki, dan dikotomi privat-publik. *The personal is political* menjadi gagasan segar yang mampu menjangkau permasalahan wanita sampai pada ranah privat, masalah yang dianggap paling tabu untuk diangkat ke permukaan. Informasi atau pandangan buruk (*black propaganda*) banyak ditujukan kepada feminis radikal. Karena pengalamannya membongkar persoalan privat, sehingga Indonesia memiliki Undang-Undang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga.

12.9.3. Feminism Post-Modern.

Ide post-modern menuntut kaum feminis ialah ide yang anti absolut dan anti otoritas, gagalnya modernitas dan pemilahan secara berbeda-beda setiap fenomena sosial karena penentangannya pada penguniversalan pengetahuan ilmiah dan sejarah. Meraka berpendapat bahwa gender tidak bermakna identitas atau struktur sosial.

12.9.4. Feminisme Anarkhis.

Aliran ini lebih bersifat sebagai suatu paham politik yang mencita-citakan masyarakat sosialis dan menganggap negara dan sistem patriarkhi-dominasi laki-laki adalah sumber permasalahan yang sesegera mungkin harus dihancurkan.

12.9.5. Feminisme Marxis.

Aliran Feminis Marxis memandang masalah wanita dalam kerangka kritik kapitalisme. Berasumsi bahwa sumber penindasan wanita berasal dari eksploitasi kelas dan cara produksi. Teori Friedrich Engels dikembangkan menjadi landasan alirannya, status wanita menjadi jatuh karena adanya konsep kekayaan pribadi (*private property*). Kegiatan produksi yang semula bertujuan untuk memenuhi kebutuhan sendiri berubah menjadi keperluan pertukaran (*exchange*). Laki-laki mengontrol produksi untuk *exchange* dan sebagai konsekuensinya mereka mendominasi hubungan sosial. Sedangkan wanita direduksi menjadi bagian dari *property*. Sistem produksi yang berorientasi pada keuntungan mengakibatkan terbentuknya kelas dalam masyarakat borjuis dan proletar. Apabila kapitalisme tumbang maka struktur masyarakat dapat diperbaiki dan penindasan terhadap wanita dihapus.

Kaum Feminis Marxis menganggap bahwa negara bersifat kapitalis, bukan sekedar institusi tetapi juga perwujudan dari interaksi atau hubungan sosial. Negara memiliki kemampuan untuk memelihara kesejahteraan, namun di sisi lain negara bersifat kapitalisme yang menggunakan sistem perbudakan kaum wanita sebagai pekerja.⁴¹⁶

12.9.6. Feminisme Sosialis.

Feminisme sosialis mengacu pada paham yang berpendapat bahwa: Tidak ada sosialisme tanpa pembebasan wanita. Tidak ada pembebasan wanita tanpa sosialisme. Feminisme sosialis berjuang untuk menghapuskan sistem kepemilikan. Lembaga perkawinan yang melegalisasi pemilikan laki-laki atas harta dan pemilikan suami atas istri dihapuskan seperti ide Karl Marx yang menghendaki suatu masyarakat tanpa kelas, tanpa perbedaan gender. Feminisme sosialis muncul sebagai kritik terhadap feminisme Marxis, aliran ini berpendapat bahwa patriarkhi telah muncul sebelum kapitalisme dan tetap tidak berubah apabila kapitalisme runtuh. Kritik kapitalisme harus disertai dengan kritik dominasi atas wanita. Feminisme sosialis menganalisis kelas dan gender untuk memahami penindasan wanita. Feminisme sosialis sepaham dengan feminisme Marxis bahwa

⁴¹⁶ *Ibid.* hlm. 133.

kapitalisme merupakan sumber penindasan wanita, juga setuju dengan feminisme radikal yang menganggap patriarki ialah sumber dari segala penindasan. Sehingga keduanya adalah saling mendukung dalam segala macam penindasan. Nancy Fraser mencontohkan bahwa di Amerika Serikat keluarga inti dikepalai oleh laki-laki dan ekonomi, resmi dikepalai oleh negara. Karena peran warga negara dan pekerja adalah peran maskulin, sedangkan peran sebagai konsumen dan pengasuhan anak adalah peran feminin. Agenda perjuangan untuk memerangnya adalah menghapuskan kapitalisme dan sistem patriarki. Dalam konteks Indonesia, analisis ini bermanfaat untuk melihat problem-problem kemiskinan yang menjadi beban wanita.

12.9.7. Feminisme Post-Kolonial.

Feminisme post-kolonial pandangannya berakar pada penolakan universalitas pengalaman wanita. Wanita yang hidup di dunia ke 3 (tiga) atau koloni/bekas koloni, pengalamannya berbeda dengan wanita yang hidup di dunia pertama. Wanita di dunia ke 3 (tiga) menanggung beban penindasan lebih berat, karena selain penindasan berbasis gender mereka juga mengalami penindasan antar bangsa, suku, ras dan agama. Dimensi kolonialisme menjadi fokus utama feminisme post-kolonial yang pada intinya menggugat penjajahan. Penjajahan itu berupa fisik, pengetahuan, nilai-nilai, cara pandang maupun mentalitas masyarakat. Beverley Lindsay dalam bukunya *The Impact of Race, Sex, and Class*, menyatakan bahwa hubungan ketergantungan yang didasarkan atas ras, jenis kelamin dan kelas, sedang dikekalkan oleh institusi-institusi ekonomi, sosial, dan pendidikan.⁴¹⁷

12.9.8. Feminisme Nordic.

Kaum Feminis Nordic dalam menganalisis suatu negara sangat berbeda dengan pandangan Feminis Marxis maupun Feminis Radikal. Kaum Feminis Nordic yang lebih menganalisis feminisme bernegara atau politik dari praktek-praktek yang bersifat mikro. Menganggap bahwa kaum wanita harus berteman dengan negara, karena kekuatan atau hak politik dan sosial wanita terjadi lewat negara yang didukung oleh kebijakan sosial negara.

12.10. Aliran-aliran Pemikiran Hukum Indonesia .

⁴¹⁷ *Ibid.* hlm. 134.

Indonesia sejak merdeka hingga sekarang, ditinjau dari sisi perkembangan sistem hukumnya, ada 3 (tiga) teori hukum yang berkarakter asli, adalah: Teori hukum pembangunan, teori hukum progresif dan teori hukum integratif.⁴¹⁸

12.10.1. Teori Hukum Pembangunan (Mochtar Kusumaatmadja).

Mochtar Kusumaatmadja -ketika sebagai Menteri Kehakiman- memperkenalkan teori hukum pembangun ketika sebagai pembicara dalam Seminar Hukum Nasional tahun 1973. Teori hukum pembangun telah dimasukkan sebagai materi hukum dalam Pelita tahun 1970-1975.⁴¹⁹ Mochtar Kusumaatmadja memandang tentang fungsi hukum dan peranan hukum dalam pembangunan nasional, kemudian dikenal sebagai teori hukum pembangunan, diletakkan di atas premis yang merupakan inti ajaran atau prinsip sebagai berikut.⁴²⁰

- a. Semua masyarakat yang sedang membangun selalu dicirikan oleh perubahan, dan hukum berfungsi agar dapat menjamin bahwa perubahan itu terjadi dengan cara yang teratur. Perubahan yang teratur dapat dibantu oleh perundang-undangan atau keputusan pengadilan atau kombinasi keduanya. Mochtar Kusumaatmadja menolak perubahan yang tidak teratur dengan menggunakan kekerasan semata.
- b. Baik perubahan maupun ketertiban atau keteraturan merupakan tujuan awal dari masyarakat yang sedang membangun, maka hukum menjadi suatu sarana yang tidak dapat diabaikan dalam proses pembangunan.
- c. Fungsi hukum dalam masyarakat adalah mempertahankan ketertiban melalui kepastian hukum dan juga hukum -sebagai norma sosial- harus dapat mengatur (membantu) proses perubahan dalam masyarakat.
- d. Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu.
- e. Implementasi fungsi hukum tersebut di atas hanya dapat diwujudkan jika hukum dijalankan oleh suatu kekuasaan, akan tetapi kekuasaan itu sendiri harus berjalan dalam batas rambu-rambu yang ditentukan di dalam hukum itu.

⁴¹⁸ Romli Atmasasmita, 2012, *Teori Hukum Integratif*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 59.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid.*

Kelima inti teori hukum pembangunan tersebut mencerminkan suatu pemikiran tentang hukum, sebagai berikut:

a. Hukum hidup dan berkembang sejalan dengan perkembangan masyarakat, berbeda dengan pemikiran Carel von Savigny bahwa hukum selalu tertinggal dari perkembangan masyarakat. Perkembangan hukum dimaksud sejalan dengan pandangan aliran *Sociological Jurisprudence*, yaitu satu-satunya cermin perkembangan masyarakat hanya terdapat dalam putusan pengadilan dengan asumsi bahwa putusan pengadilan selalu mengandung nilai-nilai kebenaran yang diakui masyarakat, di mana hukum itu hidup dan berkembang.

b. Mochtar Kusumaatmadja menambahkan, karena alasan historis sistem hukum Indonesia, bahwa perkembangan hukum yang sejalan dengan perkembangan masyarakat, juga dapat diciptakan melalui pembetulan perundang-undangan, tidak hanya putusan pengadilan. Masalah krusial dalam sistem hukum Indonesia yang mengutamakan perundang-undangan sebagai sumber hukum daripada yurisprudensi, adalah setiap undang-undang merupakan produk politik yang tidak terlepas dari kepentingan pengaruh kekuasaan. Atas dasar alasan tersebut maka John Rawls, menengahi perbedaan sisi pandang ini dengan menegaskan bahwa keadilan yang diciptakan oleh hukum itu harus dilandaskan pada nilai-nilai yang *fair*. Konsep keadilan (hukum) dari John Rawls dilatarbelakangi oleh paham liberalisme yang memandang bahwa hukum hanya dapat dipahami jika keadilan itu merupakan konsep politik. Keadilan sebagai konsep politik hanya dapat dibenarkan dengan nilai-nilai politik atau *political values* dan bukan dilihat dari doktrin moral, agama dan filosofi.

c. Mochtar Kusumaatmadja mengemukakan hukum sebagai sarana dalam pembangunan bukan alat atau *tools* agar pembangunan dapat dilaksanakan dengan tertib dan teratur, hukum sedemikian itu hanya dapat berfungsi jika hukum itu sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat dan merupakan pencerminan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Pandangan tersebut dalam kenyataan tidak selalu demikian karena berbagai kepentingan partai politik di DPR RI masih sangat kuat dibandingkan aspirasi dan kepentingan masyarakat luas. Atas dasar kenyataan itu, maka hukum dalam arti yurisprudensi yang dihasilkan oleh pengadilan menjadi sangat penting dan strategis dalam memfungsikan hukum sebagai sarana pembangunan (pembangunan masyarakat).

d. Kepastian hukum tidak boleh dipertentangkan dengan keadilan dan keadilan tidak boleh hanya ditetapkan sesuai dengan kehendak pemegang kekuasaan, melainkan harus sesuai dengan nilai-nilai (baik) yang berkembang dalam masyarakat. Teori hukum pembangunan

menurut Mochtar Kusumaatmadja tidak meninggalkan sepenuhnya pandangan/aliran *analytical jurisprudence* bahkan telah merangkul *analytical jurisprudence* aliran *sociological jurisprudence* dan aliran *pragmatic legal realism*. Bertolak dari ketiga aliran hukum tersebut, penerapan teori hukum pembangunan dalam paktek hanya dapat dilakukan melalui cara pembentukan undang-undang atau melalui keputusan pengadilan atau kedua-duanya.⁴²¹

12.10.2. Teori Hukum Progresif (Satjipto Rahardjo).

Gagasan hukum progresif muncul karena keprihatinan terhadap keadaan hukum di Indonesia.⁴²² Terbukti tidak kunjung mewujudkan suatu kehidupan hukum yang lebih baik. Masuk ke era Reformasi, sejak tumbanganya Orde Baru tahun 1998, bangsa Indonesia belum berhasil mengangkat hukum sampai kepada taraf mendekati keadaan ideal, tetapi semakin menimbulkan kekecewaan, khususnya berhubungan dengan pemberantasan korupsi. Inti dari kemunduran tersebut adalah kejujuran, empati dan dedikasi dalam menjalankan hukum menjadi suatu yang makin langka dan mahal. Dari perenungan terhadap hal dan kejadian tersebut, diajukanlah suatu gagasan untuk memilih cara yang lebih progresif. Hal tersebut dirumuskan ke dalam gagasan dan tipe hukum yang progresif atau hukum progresif. Melalui gagasan ini hendak dicari cara untuk mengatasi keterpurukan hukum di Indonesia secara lebih bermakna (*significant*), yang dimaksud bermakna dalam arti perubahan secara lebih cepat, melakukan pembalikan yang mendasar, melakukan pembebasan, terobosan dan lain sebagainya. Hendak melakukan penjelajahan terhadap gagasan hukum progresif, dimulai dari pikiran, filsafat serta pandangan (*outlook*) yang mendasarinya.

Asumsi dasar yang diajukan oleh hukum progresif adalah mengenai pandangan tentang hubungan antara hukum dan manusia, ingin ditegaskan prinsip “hukum adalah untuk manusia”, bukan sebaliknya “manusia untuk hukum” berkaitan dengan hal tersebut, maka hukum tidak ada yang untuk dirinya sendiri melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar. Maka setiap kali ada masalah dalam dan dengan hukum, hukumlah yang ditinjau dan diperbaiki, serta bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum.⁴²³

Pandangan Satjipto Rahardjo tentang teori hukum progresif merupakan suatu penjelajahan yang berintikan 9 (sembilan) pokok pikiran sebagai berikut:

⁴²¹ Lukman Santoso, *Op.cit.*, hlm. 137.

⁴²² Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 3, dalam *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.* hlm. 5, dalam *Ibid.* hlm. 138.

- a. Hukum menolak tradisi *analytical jurisprudence* atau *rechtdogmatiek* dan berbagai paham misalnya *legal realism*, *freirechtslehre*, *sociological jurisprudence*, *interressenjurisprudenz* di Jerman, teori hukum alam dan *critical legal studies*.
- b. Hukum menolak pendapat bahwa ketertiban (*order*) hanya bekerja melalui institusi-institusi kenegaraan.
- c. Hukum progresif ditujukan untuk melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum.
- d. Hukum menolak *status-quo* serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan sebagai institusi yang bermoral.
- e. Hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.
- f. Hukum progresif adalah hukum yang pro rakyat dan hukum yang pro keadilan.
- g. Asumsi dasar hukum progresif, hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya.
- h. Hukum bukan merupakan suatu institusi yang absolut dan final melainkan sangat bergantung pada bagaimana manusia memandang dan menggunakannya, manusia yang merupakan penentu.
- i. Hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi atau *law as a proces, law in the making*.

Menurut Satjipto Rahardjo, hukum progresif adalah hukum yang dapat mengikuti perkembangan jaman dan mampu menjawab perubahan jaman, dengan segala dasar-dasar yang ada di dalamnya. Perubahan tersebut berkaitan erat dengan basis habitat hukum itu sendiri. Misalnya abad XIX, negara modern muncul dan menjadi basis fisik-teritorial yang menentukan hukum. Konsep, prinsip dan doktrinpun harus ditinjau kembali dan diperbarui. Melihat kondisi yang selalu berubah, maka garis depan (*frontier*) ilmu hukum juga senantiasa berubah. Ilmu hukum menjadi berkualitas sebagai ilmu yang senantiasa mengalami pembentukan (*legal science is always in the making*). Sehingga manfaat kehadiran hukum dalam masyarakat lebih meningkat.⁴²⁴

⁴²⁴ Awaludin Marwan, Satjipto Rahardjo, 2013, *Sebuah Biografi Intelektual dan Pertarungan Tafsir terhadap Filsafat Hukum Progresif*, Thafa Media, Yogyakarta, dalam *Ibid.* hlm. 139.

Gagasan hukum progresif sejatinya menawarkan tahapan evolusi sistem hukum dalam kaitannya terhadap penertiban kondisi sosial bernegara. Dengan demikian pendekatan hukum progresif diharapkan dapat membantu memecahkan persoalan bangsa yang kini semakin kompleks. Satjipto Rahardjo juga mengemukakan bahwa hukum progresif merupakan suatu tahapan evolusi yang lebih baik. Selain itu hukum progresif juga melahirkan kompetensi kelembagaan yang besar dalam upaya mencapai keadilan. Namun tidak berarti mengklaim bahwa hukum progresif adalah pilihan terbaik dari sebuah sistem hukum, inovasi-inovasi dari yuris masih sangat diperlukan sebagai penyempurnaan terhadap sistem yang ada dan perbaikan atas kondisi hukum di Indonesia.

Agenda besar gagasan hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan mengenai hukum. Dengan kebijaksanaan hukum progresif mengajak untuk memperhatikan faktor perilaku manusia. Oleh karena itu hukum progresif menempatkan perpaduan antara faktor peraturan dan perilaku penegak hukum di dalam masyarakat. Di sinilah arti penting pemahaman gagasan hukum progresif, bahwa konsep “hukum terbaik” diletakkan dalam konteks keterpaduan yang bersifat utuh (*holistik*) dalam memahami problem kemanusiaan. Dengan demikian, gagasan hukum progresif tidak semata-mata hanya memahami sistem hukum pada sifat yang dogmatik, selain itu juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empiris. Sehingga diharapkan memandang problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantif.

Dalam konteks yang demikian itu, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya hal ini akan mempengaruhi pada cara ber hukum, yang tidak akan sekedar terjebak dalam ritme kepastian hukum, *status-quo* dan hukum sebagai skema yang final, melainkan suatu kehidupan hukum yang selalu mengalir dan dinamis, baik itu melalui perubahan undang-undang maupun pada kultur hukumnya. Waktu menerima hukum sebagai suatu skema yang final, maka hukum tidak lagi tampil sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, melainkan manusialah yang dipaksa untuk memenuhi kepentingan kepastian hukum.

12.10.3. Teori Hukum Integratif (Romli Atmasasmita).

Apabila menurut Mochtar Kusumaatmadja merupakan sistem norma (*system of norm*) dan menurut Satjipto Rahardjo hukum sistem perilaku (*system of behavior*), maka Romli Atmasasmita melengkapi bahwa hukum dapat diartikan dan seharusnya juga diartikan sebagai sistem nilai (*system of values*). Ketika hakekat hukum dalam konteks kehidupan

masyarakat Indonesia harus dipandang sebagai satu kesatuan pemikiran yang cocok dalam menghadapi dan mengantisipasi kemungkinan terburuk abad globalisasi sekarang dengan tidak melepaskan diri dari sifat tradisional masyarakat Indonesia yang masih mengutamakan nilai (*values*) moral dan sosial. Ketiga (kesatuan pemikiran, sifat tradisional, nilai moral dan sosial) hakekat hukum dalam 1 (satu) wadah pemikiran Romli Atmasasmita menyebutkan *tripartite character of the Indonesian Legal Theory of Social and Bureucratic Engeneering (SBE)*. Rekayasa birokrasi dan rekayasa masyarakat yang dilandaskan pada sistem norma, sistem perilaku dan sistem nilai yang bersumber pada Pancasila sebagai ideologi bangsa Indonesia, inilah yang dinamakan Teori Hukum Integratif.⁴²⁵ Inti pemikiran teori hukum integratif merupakan perpaduan pemikiran teori hukum pembangunan dan teori hukum progresif dalam konteks Indonesia yang terinspirasi oleh konsep hukum oleh Hart. Teori hukum integratif memberikan pencerahan mengenai relevansi dan arti penting hukum dalam kehidupan manusia Indonesia dan mencerminkan bahwa hukum sebagai sistem yang mengatur kehidupan masyarakat tidak dapat dipisahkan dari kultur dan karakter masyarakatnya serta letak geografis lingkungannya serta pandangan hidup masyarakat. Keyakinan teori hukum integratif adalah fungsi dan peranan hukum sebagai sarana pemersatu dan memperkuat solidaritas masyarakat dan birokrasi dalam menghadapi perkembangan dan dinamika kehidupan, baik di dalam lingkungan negara kesatuan Republik Indonesia maupun dalam lingkup perkembangan internasional.⁴²⁶

Pendidikan teori hukum integratif diharapkan dapat:

- a. Melahirkan generasi intelektual dan praktisi hukum Indonesia yang cerdas, cerdik dan memiliki integrasi yang kuat dan secara obyektif mampu melihat masalah hukum sebagai fenomena sosial.
- b. Melahirkan generasi intelektual dan praktisi hukum yang mampu menempatkan hukum sebagai sistem perilaku yang patut dihormati, diperkuat oleh sistem nilai yang berakar pada jiw bangsa sehingga dapat dijadikan suri teladan sekalipun terjadi peralihan satu generasi ke generasi berikutnya.
- c. Melahirkan generasi intelektual dan praktisi hukum yang mampu melihat perkembangan dinamika masyarakat nasional dan internasional secara obyektif dan tidak apriori apalagi

⁴²⁵ *Ibid.* hlm. 96, dalam *Ibid.* hlm. 140.

⁴²⁶ *Ibid.* hlm. 98, dalam *Ibid.* hlm. 141.

berprasangka buruk terhadap setiap produk hukum yang dihasilkan pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat.⁴²⁷

DAFTAR PUSTAKA

- Abdoel Djamali, 2010, *Pengantar Hukum Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Abdul Ghofur Ansori, 2008, *Hukum Islam, Dinamika dan Pelaksanannya di Indonesia*, Kreasi Total Media, Yogyakarta.
- Abdul Hakim Garuda Nusantara, 1985, *Politik Hukum Nasional*, YLBHI dan LBH Surabaya, Surabaya.
- Abdulkadir Jailani, 2005, *Hukum Internasional Pasca Perang Irak: Legalisasi Politik Internasional dan Politisasi Hukum Internasional*, Lembaga Pengkajian Hukum Internasional, Volume II, Nomor 2, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta.
- Abdulkadir Muhammad, 2000, *Hukum Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Abdurrahman, 1979, *Aneka Masalah Hukum dalam Pembangunan di Indonesia*, Alumni, Bandung.
- , 1984, *Perkembangan Hukum dan Kebijakan Pembinaan Hukum Nasional di Indonesia Sekarang dan di Masa yang Akan Datang*, Kursus Dasar Bantuan Hukum, PPBHI-LKUI, Jakarta.
- Abintoro Prakoso, 1995, *Ilmu, Perkembangan dan Kedudukan, Telaah Filosofis*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 1996, *Hukum Pidana*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 1997, *Hukum Acara Pidana*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2007, *Filsafat Ilmu dan Etika Akademik*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2008, *Ilmu Hukum sebagai Ilmu yang Sui Generis*, Fakultas Hukum Universitas Jember.

⁴²⁷ *Ibid.* hlm. 114, dalam *Ibid.* hlm. 141.

- , 2009, *Perkaitan Antara Filsafat Ilmu, Filsafat Hukum, Teori Hukum, Ilmu Hukum, Paradigma (Ilmu) Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2009, *Vage Normen, Sebagai Kajian Filsafat Hukum yang Belum Diterapkan*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2010, *Filsafat Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2011, *Filsafat Etika dan Kejahatan di Bidang Profesi*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2013, *Filsafat Ilmu*, Fakultas Hukum Universitas Jember.
- , 2013, *Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2013, *Kriminologi*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2014, *Psikologi Hukum*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2014, *Etika Profesi Hukum*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2015, *Filsafat Logika dan Argumentasi Hukum*, Laksbang, Yogyakarta.
- , 2015, *Penemuan Hukum*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2016, *Hukum Perlindungan Anak*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2016, *Sosiologi Hukum*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2017, *Sejarah Hukum*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2017, *Sistem Peradilan Indonesia*, LaksBang, Yogyakarta.
- , 2017, *Pengantar Hukum Indonesia*, LaksBang, Yogyakarta.
- Achmad Sanusi, 1984, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Hukum Indonesia*, Tarsito, Bandung.
- Achmad Ali, 2002, *Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan*, Kencana, Jakarta.
- Achmady dkk, 1994, *Kebijakan Publik dan Pembangunan*, Fakultas Ilmu Administrasi Universitas Brawijaya, Malang.
- Ackermann, Robert, 1970, *Philosophy of Science, An Introduction*, Pegasus, New York.
- Adiwinata, 1977, *Istilah Hukum Latin-Indonesia*, Intermedia, Jakarta.
- Adji Samekto, 2008, *Justice Not for All; Kritik terhadap Hukum Modern*, Genta Press, Yogyakarta.
- , 2012, *Ilmu Hukum dalam Perkembangan Pemikiran Menuju Post-Modernisme*, Indep Publishing, Lampung.

- Amsal Bakhtiar, 2003, *Filsafat Ilmu*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Andi Hamzah, 2008, *Penegakan Hukum Lingkungan*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Anwar Harijono, 1968, *Hukum Islam Keluasan dan Keadilannya*, Bulan Bintang, Jakarta.
- Artidjo Alkostar dan M. Sholeh Amin, 1986, *Pembangunan Hukum dalam Perspektif Hukum Nasional*, Rajawali, Jakarta.
- Asis Safioedin, 1981, *Daftar Kata Sederhana tentang Hukum*, Alumni, Bandung.
- Awaludin Marwan, 2013, *Sebuah Biografi Intelektual dan Pertarungan Tafsir terhadap Filsafat Hukum Progresif*, Thafa Media, Yogyakarta.
- Barda Nawawi Arief, 1994, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.
- , 1998, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.
- , 2003, *Beberapa Masalah Perbandingan Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- , 1996, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra AdityaBakti, Bandung
- , 1998, *Perbandingan Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- , 2001, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- , 2002, *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- , 2003, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti Bandung.
- Badan Pembinaan Hukum Nasional, 1982, *Seminar Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat yang Mengalami Modernisasi*, Bina Cipta, Bandung.
- , 1986, *Simposium Pembinaan Hukum Pidana Nasional*, Binacipta, Bandung.
- Bagir Manan, 1995, *Peranan Hukum Administrasi Negara dalam Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, Makalah pada Penataran Hukum Administrasi Negara, Fakultas Hukum Universitas Hasanudin, Ujung Pandang.
- , 1995, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, LPPM, UNISBA, Bandung.

- , 2004, *Hukum Positif Indonesia, Suatu Kajian Teoritik*, FH-Ull Press, Yogyakarta.
- , 2009, *Hukum Kewarganegaraan menurut Undang-Undang No. 12 tahun 2006*, FH-Ull Press, Yogyakarta.
- Bambang Sutiyoso, 2012, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Menemukan Hukum yang Pasti*, Ull Press, Yogyakarta.
- Basiq Djalil, 2006, *Pengadilan Agama di Indonesia*, Prenada Media Group, Jakarta.
- Bellefroid, J.H.P, *Inleiding tot de Rechtswetenschap in Nederland*, diterjemahkan Bagus Surjandono dan Sulistybudi, 1958, *Pengantar Hukum Indonesia*, Tri Tunggal, Kenekan, Jogjakarta.
- Beny Ahmad Saebani, 2011, *Filsafat Hukum Islam*, Pustaka Setia, Bandung.
- Bernard Arief Sidharta, 2000, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung.
- , 2009, *Meuwissen tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Refik Aditama, Bandung.
- Black's Law Dictionary*, 1999, Bryan A.Garner, West Group, St.Paul MN.
- Bryan A. Garner, 1999, *Black's Law Dictionary*, West Group, St.Paul MN.
- Budi Harsono, 1975, *Hukum Agraria Indonesia*, Djambatan, Jakarta.
- Burrow, Alvina Treut, dkk., 1966, *The Basic Dictionary of American English*, Rinehart and Winston Inc, New York,.
- Busrizalti, 2013, *Hukum Pemda, Otonomi Daerah dan Implikasinya*, Total Media, Yogyakarta.
- Chainur Arrasjid, 2008, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Chalmers, A.F. 1983, *Apa itu yang dinamakan Ilmu?* Hasta Mitra, Jakarta.
- Chidir Ali, 2005, *Badan Hukum*, Alumni, Bandung.
- Christine Alder and Ken Polk, 2001, *Child Victims of Homicide*, Cambridge University Press.
- Daniel S. Lev, 1976, *The Origins of the Indonesian Advocacy*, LP3S, Th. XIII. Indonesia.
- Dardji Darmodihardjo dan Sidharta, 1995, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.

- Darwan Prinst, 2002, *Hukum Acara Pidana dalam Praktik*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Djambatan, Jakarta.
- Dedi Ismatullah dan Beni Ahmad Saebani, 2009, *Hukum Tata Negara*, Pustaka Setia, Bandung.
- Dewi Astutty Mochtar dan Dyah Ochtorina Susanti, 2012, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bayu Media Publishing, Malang.
- Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi, 1982/1983, *Filsafat Ilmu*, Materi Dasar Pendidikan Program Akta Mengajar V, Jakarta.
- Djoko Prakoso, 1988, *Pemecahan Perkara Pidana (Splitsing)*, Liberty, Yogyakarta.
- , 1986, *Peranan Psikologi dalam Pemeriksaan Tersangka pada Tahap Penyidikan*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- , 1988, *Polri sebagai Penyidik dalam Penegakan Hukum*, Bina Aksara Jakarta.
- Djoko Soetono dan Achmad Sanusi, 1976, *Bahan-bahan Perkuliahan (Course Materials) Bagian Pengantar Ilmu Hukum*, FH-Unpad, Bandung.
- Donald Albert Rumokoy dan Frans Maramis, 2014, *Pengantar Ilmu Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Dudu Duswara Machmudin, 2010, *Pengantar Ilmu Hukum (Sebuah Sketsa)*, Refika Aditama, Bandung.
- Echols, John M. dan Hassan Shadily, 1981, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia, Jakarta.
- Gary Minda, 1995, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York.
- Girindro Pringgodigdo, 1994, *Kebijaksanaan Hierarkhi Perundang-undangan dalam Konteks Pengembangan Hukum Administrasi Negara di Indonesia*, FH-UI, Jakarta.
- Gorys Keraf, 1984, *Tata Bahasa Indonesia*, Nusa Indah, Ende-Flores.
- , 1993, *Komposisi, Sebuah Pengantar Kemahiran Bahasa*, Nusa Indah, Ende-Flores.
- Gouw Giok Siong, 1967, *Tafsir Undang-undang Pokok Agraria*, Kinta, Jakarta.
- Harolt J. Berman, 1983, *Law and Revolution*, Harvard University Press, Massachusetts, Cambridge.
- Hartono Hadisoeperto, 2001, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Liberty, Yogyakarta.

- Harun M. Husein, 1991, *Penyidikan dan Penuntutan dalam Proses Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Hasanuddin, dkk, 2004, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pustaka Al Husna Baru, Jakarta.
- Haula Adolf, *Aspek-aspek Negara dalam Hukum Internasional*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Helmut Coing, 1975, *The Original Unity of European Legal Science, Law and State*, vol. 11.
- Hendra Akhdiyati dan Rosleny Marliani, 2011, *Psikologi Hukum*, Pustaka Setia, Bandung.
- Hulsman disadur oleh Soedjono Dirdjosisworo, 1984, *Sistem Peradilan Pidana*, Rajawali Press, Jakarta.
- H. Th. Ch. Kal dan V.F.M. Hartog, 1955, *Pemandangan Ringkas tentang Hukum di Indonesia*, Noordhoff-Kolff, Jakarta.
- Ihromi, 1984, *Antropologi dan Hukum*, Bianglala Hukum, Bandung.
- Imam Sudiyat, 1981, *Asas-asas Hukum Adat, Bekal Pengantar*, Liberty, Yogyakarta.
- Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, 2007, *Dasar-dasar Politik Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Ismail Mohammad Syah, 1996, *Filsafat Hukum Islam*, Radar Jaya Offset, Jakarta.
- Jacobus La Bree, 1951, *De Rechtlijk Organisatie en Rechtbedeling te Batavia in de XVII de Eeuw*, Rotterdam.
- Jawahir Tantowi dan Pranoto Iskandar, 2006, *Hukum Internasional Kontemporer*, Refika Aditama, Bandung.
- Jerome Frank, 1963, *Law and the Modern Mind*, Anchorbooks, New York.
- Jonker, J.E, 1959, *Handboek van het Nederlands Indisch Strafrecht*, Badan Penerbit Gadjah Mada, Jogjakarta.
- Kansil, 1993, *Pengantar Hukum Indonesia*, Jilid II, Balai Pustaka, Jakarta.
- , 1999, *Pengantar Ilmu Hukum*, jilid I, Balai Pustaka, Jakarta.
- , dan Christine Kansil, 2008, *Pokok-pokok Pengetahuan Hukum Dagang Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Karjadi, 1973, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Politea, Bogor.
- , 1981, *Tindakan dan Penyidikan Pertama di Tempat Kejadian Perkara*, Politea, Bogor.
- Kartasapoetra dan Roekasih, 1982, *Pengantar Ilmu Hukum*, Armico, Bandung.

- Koesnadi Hardjosumantri, 1993, *Hukum Tata Lingkungan*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta.
- Ko Tjai Sing, 1970, *Hukum Tertulis atau Hukum Tidak Tertulis*, Seminar Hukum Nasional II, Binacipta, Jakarta.
- Kuntjoro Purbopranoto, 1985, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Alumni, Bandung.
- Kusumadi Pudjosewojo, 2008, *Pedoman Tata Hukum Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Lukman Santoso dan Yahyanto, 2016, *Pengantar Ilmu Hukum, Sejarah, Pengertian, Konsep Hukum, Aliran dan Penafsiran Hukum*, Setara Press, Malang.
- Marbun dan Moh Mahfud, 1987, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, Liberty, Yogyakarta.
- , 2014, *Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak*, FH-Ull Press, Yogyakarta.
- Marhainis Abdul Hay, 1982, *Dasar-dasar Ilmu Hukum dan Beberapa Kaitannya dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Pradnya Paramita, Jakarta.
- Maria Farida Indrati Soeprapto, 2017, *Ilmu Perundang-undangan, Proses dan Teknik Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta.
- Miriam Budiardjo, 2008, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.
- Moch. Hidjazie Kartawijaya, 1975, *Pengertian Hukum Adat, Hukum yang Hidup dalam Masyarakat (Living Law) dan Hukum Nasional*; dalam Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), Binacipta, Jakarta.
- Mochtar Kusumaatmadja, 1989, *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Bina Cipta, Jakarta.
- dan Bernard Arief Sidharta, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung.
- Moeljatno, 1976, *Hukum Pidana Delik-delik Penyertaan*, Universitas Gadjah Mada Press, Jogjakarta.
- , 1985, *Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia*, Bina Aksara, Jakarta.
- Mohammad Daud Ali, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Mohammad Taufik Makarao, 2006, *Aspek-aspek Hukum Lingkungan*, Indeks Kelompok Gramedia, Jakarta.

- Moh. Mahfud M D, 1996, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta.
- , 2003, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Muhammad Syafi'i Anwar, 1998, *Menggapai Kedaulatan untuk Rakyat 75 (Tujuh Puluh Lima) Tahun Miriam Budiardjo*, Majalah Berita Mingguan Umat, kerja sama dengan Mizan Pustaka, Kronik Indonesia Baru, Jakarta.
- Muladi, 1984, *Teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung.
- , 1995, *Kapita Sekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang.
- Munadjad Danuseputro, 1977, *Hukum Lingkungan*, Buku I, Umum, Binacipta, Bandung.
- Munir Fuady, 2010, *Perbandingan Ilmu Hukum*, Refika Aditama, Bandung.
- Ni'matul Huda, 2006, *Hukum Tata Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- , 2012, *Ilmu Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Notonagoro, 1959, *Pengantar Ilmu Hukum*, Gadjah Mada, Yogyakarta.
- , 1984, *Politik Hukum dan Pembangunan Agraria di Indonesia*, Bina Aksara, Jakarta.
- Otong Rosadi dan Andi Desmon, 2012, *Studi Politik Hukum, Suatu Optik Ilmu Hukum*, Thafa Media, Yogyakarta.
- Paulus Effendie Lotulung, 1994, *Yurisprudensi dalam Perspektif Pengembangan Hukum Administrasi Negara di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Pakuan, Bogor.
- Perpolisian Masyarakat, 2006, *Pelatihan Polmas untuk Anggota Polri*, Jakarta.
- Peter Mahmud Marzuki, 2012, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Philipus M. Hadjon, 2008, *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.
- Prajudi Admosudirdjo, 1972, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Purnadi Purbacaraka, 1980, *Disiplin Hukum*, Alumni, Bandung.
- , 1980, *Aneka Cara Pembedaan Hukum*, Alumni, Bandung.
- , 1982, *Renungan tentang Filsafat Hukum*, Rajawali, Jakarta.
- , 1982, *Filsafat Hukum Pidana dalam Tanya Jawab*, Rajawali, Jakarta.
- , 1982, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung.

- Putera Astomo, 2014, *Hukum Tata Negara, Teori dan Praktek*, Thafa Media, Yogyakarta.
- Rene David dan John C. Brierley, 1985, *Major Legal System in the World Today*, Steven & Sons, London.
- Retno Lukito, 2008, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler*, Pustaka Alfabet, Jakarta.
- Riawan Tjandra, 2008, *Hukum Administrasi Negara*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta.
- Richard A. Posner, 1990, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England.
- Ridwan, 2007, *Hukum Administrasi Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Robert Ackermann, 1970, *Philosophy of Science, An Introduction*, Pegasus, New York.
- Romli Atmasasmita, 1996, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, Bandung.
- , 2012, *Teori Hukum Integratif*, Genta Publishing, Yogyakarta.
- Ronny Lihawa, 2005, *Memahami Perpolisian Masyarakat*, Biro Binmas SDEOP POLRI, Jakarta.
- Rozali Abdullah, 2013, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Rudy T. Erwin, 1983, *Tanya Jawab Filsafat Hukum*, Aksara Baru, Jakarta.
- Sadjijono, 2008, *Hukum Administrasi*, LaksBang, Yogyakarta.
- Said Sampara, 2011, *Buku Ajar Pengantar Ilmu Hukum*, Total Media, Yogyakarta.
- Salim, 2002, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Samijo, 1985, *Pengantar Hukum Indonesia*, Armico, Bandung.
- Satjipto Rahardjo dan Ronny Hanintijo Soemitro, 1986, *Pengantar Ilmu Hukum*, Buku Materi Pokok Modul 1-5, Universitas Terbuka, Karunia, Jakarta.
- Satjipto Rahardjo, 2006, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- , 2006, *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Sauveplanne, 1975, *De Methoden van Privaatrechtelijke Rechtsvergelijking*, Kluwer, Deventer.
- Simorangkir, 1983, *Mula Hukum*, Binacipta, Jakarta.
- Siti Soetami, 2005, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Refika Aditama, Bandung.

- Sjachran Basah, 1992, *Perlindungan Hukum terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Alumni, Bandung.
- , 1997, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung.
- Slamet Mulyana, 1979, *Nagarakretagama dan Tafsir Sejarahnya*, Bhratara, Jakarta.
- Soebagio dan Slamet Supriatna, 1987, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*, Akademika Pressindo, Jakarta.
- Soediman Kartohadiprodjo, 1956, *Pengantar Tata Hukum di Indonesia*, Pembangunan, Jakarta.
- Soedjatmoko, 1968, *Introduction to Indonesian Historiography*, Cornell University Press, Ithaca-New York.
- Soedjono Dirdjosisworo, 1983, *Pengantar tentang Psikologi Hukum*, Alumni, Bandung.
- , 1984, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rajawali, Jakarta.
- , 1985, *Pengantar Epistemologi dan Logika*, Remaja Karya, Bandung.
- , 1981, *Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Alumni, Bandung.
- Soehino, 2008, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta.
- , 2005, *Hukum Tata Negara*, BPF, Yogyakarta.
- Soekanto, 1981, *Meninjau Hukum Adat Indonesia*, Rajawali, Jakarta.
- Soerjono Soekanto, 1982, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta.
- , 1983, *Penegakan Hukum*, Binacipta, Bandung.
- , 1986, *Pengantar Sejarah Hukum*, Alumni, Bandung.
- , 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia Press, Jakarta.
- , 2005, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- dan Sri Mamudji, 2012, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Soeroso, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta.

- Soetandyo Wignjosoebroto, 2001, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Suatu Kajian tentang Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum selama Satu Setengah Abad di Indonesia (1840-1990)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Soetiksno, 1988, *Filsafat Hukum*, Bagian I, Pradnya Paramita, Jakarta.
- Sri Sumantri, 1992, *Bunga Rampai Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung.
- Subekti, 1984, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rajawali, Jakarta.
- Subekti dan Tjitrosoedibio, 1999, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta.
- , 2003, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta.
- Sudarsono, 1999, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Sudikno Mertokusumo, 1998, *Hukum Acara Perdata*, Liberty, Yogyakarta.
- , 2006, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta.
- , 2008, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta.
- Sumanto, 2008, *Hukum dan Sosiologi Hukum, Pemikiran, Masalah dan Teori*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta.
- Sunarjati Hartono, 1986, *Perspektif Politik Hukum Nasional*, Rajawali, Jakarta.
- , 1991, *Politik Hukum menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung.
- , 1994, *Politik Pembaharuan Hukum dalam Pembangunan Hukum Indonesia*,
- Supomo, 1990, *Sistem Hukum di Indonesia*, Gita Karya, Jakarta.
- Suriansyah Murhaini, 2012, *Sejarah Hukum, Suatu Pengantar*, LaksBang Justitia, Surabaya.
- Surojo Wignjodipuro, 1982, *Pengantar Ilmu Hukum*, Gunung Agung, Jakarta.
- Surya Prakash Sinha, 1993, *Jurisprudence, Legal Philosophy in a Nutshell*, Minnesota: West Publishing, St. Paul.
- Thomas Khun, 1989, diterjemahkan oleh Tjun Surjaman, *Peran Paradigma dalam Revolusi Sains*, Remaja Karya, Bandung.
- Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa, 2001, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta.

- Tirtaamidjaja, 1953, *Kedudukan Hakim dan Jaksa dan Acara Pemeriksaan Perkara-perkara Pidana dan Perdata*, Fasco, Jakarta.
- , 1955, *Pokok-pokok Hukum Pidana*, Fasco, Jakarta.
- Titik Triwulan Tutik, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prestasi Pustakaraya, Jakarta.
- , 2010, *Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional*, Prenada Media Goup, Jakarta.
- Tukiran Taniredja, 2012, *Tiga Undang-Undang Dasar di Indonesia*, Alfabeta, Bandung.
- Umar Said, 2011, *Pengantar Hukum Indonesia*, Setara Press, Malang.
- Urip Santoso, 2006, *Hukum Agraria & Hak-hak Atas Tanah*, Prenada Media, Jakarta.
- Utrecht, 1983, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Ichtiar Baru, Jakarta.
- , 1988, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya.
- van Apeldoorn, 2001, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta.
- van Helsdingen, 1920, *Het Hooger Ondrwijs in Nederlandsch Indie: Beschouwingen Neergelegd in eene Minderheidsnota Gevougdt bij het Verslag van de Commissie tot Hervorning van de Inlandsche Rechtsschool*, De Verwachting, Batavia.
- van Kan dan J.H. Beekhuis, 1981, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pembangunan, Jakarta.
- von Schmid, 1980, *Ahli-ahli Pikir Besar tentang Negara dan Hukum*, Balai Pustaka, Jakarta.
- Wilken, 1926, *Opstellen over Adatrecht*, Djambatan, Jakarta.
- William Boyd, Edmund J. King, Adam, Charles Black, 1977, *The History of Western Education*, London.
- Wirjono Prodjodikoro, 1980, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Eresco, Bandung.
- , 2000, *Perbuatan Melanggar Hukum, Dipandang dari Sudut Hukum Perdata*, Mandar Maju, Bandung.
- , 2014, *Asas-asas Hukum Pidana*, Refika Aditama, Bandung.
- Wolfgang Friedman, 1953, *Legal Theory*, Stevens & Sons, London.
- Yesmil Anwar dan Adang, 2008, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Gramedia, Jakarta.
- Zainuddin Ali, 2011, *Filsafat Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta.

RIWAYAT HIDUP



Prof. Dr. Drs. Abintoro Prakoso, S.H., M.S. lahir di Banyuwangi 25 Juli 1949 meraih gelar Sarjana Muda di IKIP Negeri Surabaya (sekarang UNESA) Fakultas Keguruan Ilmu Sosial jurusan Civics Hukum tahun 1975, meraih gelar Sarjana Hukum di Universitas Jember Fakultas Hukum jurusan Hukum Pidana tahun 1977, meraih gelar Sarjana Pendidikan di IKIP Negeri Malang (sekarang UM) Fakultas Keguruan Ilmu Sosial Jurusan Civics Hukum tahun 1977, meraih gelar Magister di Universitas Airlangga Surabaya Fakultas Pasca Sarjana Program Studi Ilmu Hukum tahun 1985, meraih gelar Doktor di Universitas Brawijaya Malang Fakultas Hukum Program Doktor tahun 2010. Sejak tahun 1971 hingga 1980 sebagai guru STM Negeri Banyuwangi, 1980 sebagai dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Jember sampai sekarang, juga mengajar pada Fakultas Hukum di beberapa Perguruan Tinggi. Sejak 1 Januari 2012 diangkat sebagai Guru Besar dalam bidang ilmu Hukum Pidana Anak di Universitas Jember. Piagam–piagam sebagai tanda kehormatan; Tahun 1997 mendapat piagam tanda kehormatan Satyalancana Karya Satya 20 tahun dari Presiden Republik Indonesia, tahun 2002 mendapat piagam tanda kehormatan Satyalancana Karya Satya 30 tahun dari Presiden Republik Indonesia.

Karya Tulis

1. Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak
2. Kriminologi
3. Psikologi Hukum
4. Filsafat Logika
5. Etika Profesi Hukum
6. Penemuan Hukum
7. Logika Dan Argumentasi Hukum
8. Hukum Perlindungan Anak
9. Sosiologi Hukum
10. Sejarah Hukum
11. Sistem Peradilan Indonesia
12. Pengantar Hukum Indonesia

PENGANTAR ILMU HUKUM



Prof. Dr. Drs. Abintoro Prakoso, S.H., M.S.

KATA PENGANTAR

Pengantar Ilmu Hukum sebagai suatu langkah awal atau pengenalan pertama ruang lingkup berlakunya sendi-sendi atau dasar-dasar hukum secara sistematis dan garis besar kepada mereka yang berminat untuk mengetahui, memperdalam, dan memperluas tentang bidang studi hukum. Pengantar Ilmu Hukum dapat diumpamakan suatu peta dunia dalam skala kecil yang menggambarkan dunia dengan segala bagian serta unsur-unsurnya.

Karena Pengantar Ilmu Hukum mempunyai fungsi dan peran sangat penting dalam rangka mempelajari hukum. Mereka perlu memiliki bekal yang cukup mengenai dasar-dasar ilmu hukum, diharapkan bangunan ilmu pengetahuan yang hendak dicapai dan dibangun akan tangguh dan berdiri kokoh. Pengantar Ilmu Hukum merupakan salah satu basis *leervak* atau mata kuliah pokok di lingkungan Perguruan Tinggi yang mengembangkan bidang studi hukum atau referensi wajib bagi siapapun yang mengembangkan bidang studi serumpun dengan itu. Salah satu basis *leervak* yang menjadi dasar dan titik tolak bagi mahasiswa untuk mulai mempelajari hukum.

Karena itu Pengantar Ilmu Hukum berisi pengetahuan dasar tentang hukum dan ilmu hukum yang dipakai sebagai landasan untuk studi lebih lanjut dalam bidang hukum. Mengingat hukum adalah gejala masyarakat yang berdimensi dan berfasis majemuk, maka hukum merupakan perlengkapan masyarakat untuk menciptakan ketertiban dan keteraturan, karena hukum bekerja dengan cara memberikan petunjuk mengenai perilaku, sehingga merupakan norma. Sudah waktunya ada Pengantar Ilmu Hukum yang mengantarkan studi hukum yang merupakan dasar bagi pembaharuan hukum positif yang berlaku di Indonesia, sebab hukum senantiasa berubah dan berkembang untuk menjawab kebutuhan masyarakat dan tantangan jaman. Apabila dicermati secara saksama ternyata hukum tidak semudah yang diperkirakan semula, dan karenanya sangat menarik bagi yang berminat mengkajinya. Sebagaimana pengantar hukum, buku ini dimaksudkan untuk para pemula, pendapat para yuris yang bersifat filosofis disederhanakan dan disertakan contoh agar memudahkan para pemula pengkaji ilmu hukum.

Dengan kemampuan yang ada, saya berusaha menulis buku pengantar ini dengan menjajikan bahan-bahan hukum yang tumbuh dan hidup di Indonesia sehingga merupakan suatu rangkaian ilmu pengetahuan hukum yang dipandang sesuai dengan tuntutan pedoman silabus mata kuliah Pengantar Ilmu Hukum. Bahan-bahan hukum disajikan secara sederhana, praktis dan sistematis sebagai sarana pembantu agar mudah dipelajari, diserap

dan dihayati mahasiswa atau peminat pemula kajian hukum serta lebih mempercepat proses belajar hukum. Berpijak dari tulisan ini saya menyerukan tindakan nyata dan realisasi komitmen nasional demi terbentuknya dan berfungsinya sistem hukum nasional yang mantap bersumberkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Saya menyadari bahwa buku ini masih perlu disempurnakan, oleh karena itu sumbangan pikiran yang positif dari berbagai pihak sangat saya harapkan sehingga dapat dimanfaatkan bagi para peminat kajian Pengantar Hukum Indonesia, serta dapat menyebarkannya dan dapat mengantarkan generasi muda Indonesia setingkat lebih maju demi kepentingan ilmu pengetahuan dan kesejahteraan umat manusia.

Surabaya, Agustus 2017

Penulis

Abintoro Prakoso

DAFTAR ISI	
PENDAHULUAN	1
BAB I. Sejarah Hukum dan Perkembangannya	5
1.1. Sejarah Timbulnya Ilmu Hukum	5
1.2. Perkembangan Ilmu Hukum	9
1.3. <i>Receptie</i> (Penerimaan) Hukum Romawi	17
1.3.1. <i>Theoritische Receptie</i>	17
1.3.2. <i>Practische Receptie</i>	17
1.3.3. <i>Wetenschaptelijk Receptie</i>	17
1.3.4. <i>Positiefrechtelijk Receptie</i>	17
BAB II. BERBAGAI PENGERTIAN HUKUM	19
2.1. Hukum dalam Arti Norma	19

2.2. Hukum dalam Arti Petugas	22
2.3. Hukum dalam Arti Perilaku Ajeg atau Perilaku Teratur	23
2.4. Hukum dalam Arti Tata Hukum	23
2.5. Hukum dalam Arti Ilmu Hukum	23
2.6. Hukum dalam Arti Disiplin Ilmu Hukum	24
BAB III TUJUAN HUKUM	25
3.1. Teori Hukum Barat	25
3.1.1. Ajaran Konvensional	25
a. Ajaran Etis	26
aa. Hakekat Keadilan	26
bb. Isi Keadilan	27
b. Ajaran Utilitas	28
c. Ajaran Normatif-Dogmatik	29
3.1.2. Ajaran Modern	29
a. Ajaran Prioritas Baku	29
b. Ajaran Prioritas Kasuistis	30
aa. Menciptakan kedamaian	30
bb. Meningkatkan kepribadian	30
3.2. Teori Hukum Timur	30
3.3. Teori Hukum Islam	31
3.4. Ajaran Hukum Indonesia (Pengayoman)	32
3.5. Pendapat Beberapa Yuris	33
3.5.1. van Apeldoorn	33
3.5.2. van Kant	34
3.5.3. Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto	34
3.5.4. Mochtar Kusumaatmadja	34
3.5.5. Subekti	34
3.5.6. Wirjono Prodjodikoro	35
3.5.7. Asis Safioedin	35

BAB IV FUNGSI HUKUM	36
4.1. Sebagai Mempertahankan Pola	37
4.2. Sebagai Pengintegrasikan Kepentingan Masyarakat	37
4.3. Sebagai Pengatur Tata Tertib	39
4.4. Sebagai Sarana Pengendali Sosial	39
4.5. Sebagai Sarana Penggerak Pembangunan	40
4.6. Sebagai Sarana Mewujudkan Keadilan Sosial	41
4.7. Berfungsi Kritis	43
4.8. Syarat-syarat agar Hukum Berfungsi dengan Baik	41
BAB V ANEKA CARA PEMBEDAAN HUKUM	42
5.1. Dibedakan Menurut Bentuknya	45
5.2. <i>Jus Constitutum</i> dan <i>Jus Constituendum</i>	45
5.3. Dibedakan Menurut Tempat Berlakunya	45
5.4. <i>das Sollen</i> dan <i>das Sein</i>	45
5.5. Hukum Kodrat, Hukum Alam dan Hukum Positif	45
5.5.1. Hukum Kodrat	46
5.5.2. Hukum Alam	51
5.5.3. Hukum Positif	51
5.6. Hukum Imperatif dan Hukum Fakultatif	51
5.7. Dibedakan menurut Sumbernya	55
5.7.1. Peraturan Perundang-undangan	55
5.7.2. Hukum Kebiasaan	58
5.7.3. Yurisprudensi	59
5.7.4. Traktat	61
5.7.5. Doktrin	63
5.7.6. Putusan Desa	64
5.7.7. Perilaku Masyarakat	64
5.8. Hukum Subyektif dan Hukum Obyektif	66
5.9. Hukum Substantif dan Hukum Ajektif	67

5.10. Ajaran Hukum dan <i>Fictie</i> Hukum	68
BAB VI SISTEM HUKUM	72
6.1. Sistem Hukum	72
6.2. Ciri-ciri Sistem Hukum	75
6.3. Keluarga Hukum	77
6.3.1. Sistem Eropa <i>Continental</i>	78
6.3.2. Sistem <i>Anglo Saxon</i>	79
6.3.3. Sistem Hukum Lain	79
6.3.4. Sistem Hukum Islam	80
BAB VII HAK DAN KEWAJIBAN	86
7.1. Pengelompokan Hak	88
7.2. Pengelompokan Kewajiban	89
BAB VIII SUBYEK HUKUM DAN OBYEK HUKUM	90
8.1. Manusia atau Orang	90
8.2. Badan Hukum	91
8.3. Obyek Hukum	92
BAB IX HUKUM SEBAGAI INSTITUSI KEADILAN	94
BAB X ASAS-ASAS HUKUM	97
10.1. Pengertian Asas-asas Hukum	97
10.2. Fungsi Asas-asas Hukum	99
10.3. Beberapa Asas Hukum	99
BAB XI KENYATAAN HUKUM	104
11.1. Pendahuluan	104
11.2. Antropologi Hukum	106
11.3. Sosiologi Hukum	107
11.4. Psikologi Hukum	108
11.5. Sejarah Hukum	113
11.6. Perbandingan Hukum	118
BAB XII ALIRAN-ALIRAN HUKUM	151

12.1. Hukum Alam	153
12.1.1. Yunan dan Romawi	153
12.1.2. Irrasional dan Rasional	155
12.2. Aliran Positivisme	158
12.2.1. Hukum Positivis Analisis	160
12.2.2. Hukum Positivis Analisis Hans Kelsen	161
12.3. Utilitarianisme	165
12.4. Aliran Sejarah	166
12.5. Aliran <i>Sociological Jurisprudence</i>	168
12.5.1. Max Weber	172
12.5.2. Emile Durkheim	174
12.5.3. Eugen Erlich	177
12.5.4. Roscoe Pound	178
12.5.5. Realisme	181
12.6. Pragmatic Legal Realisme	181
12.6.1. Oliver Wendell Holmes	183
12.6.2. Carl Nickerson Llewellyn	184
12.6.3. Benjamin Nathan Cardoso	187
12.6.4. Realisme Skandinavian	187
12.7. Aliran Hukum Bebas	189
12.8. Aliran Hukum Kritis	191
12.9. Feminisme	194
12.9.1. Feminisme Liberal	194
12.9.2. Feminisme Radikal	195
12.9.3. Feminisme Post Modern	195
12.9.4. Feminisme Anarkhis	195
12.9.5. Feminisme Marxis	196
12.9.6. Feminisme Sosialis	196
12.9.7. Feminisme Post Kolonial	197

12.9.8. Feminisme Nordic	197
12.10. Aliran-aliran Pemikiran Hukum Nasional	198
12.10.1. Aliran Hukum Pembangunan (Mochtar Kusumaatmadja)	198
12.10.2. Aliran Hukum Progresif (Satjipto Rahardjo)	200
12.10.3. Aliran Hukum Integratif (Romli Atmasasmita)	202
DAFTAR PUSTAKA	205

