

**TINJAUAN KRITIS-FILOSOFIS  
TERHADAP PARADIGMA POSITIVISME HUKUM**

**DISERTASI**

**WIDODO DWI PUTRO  
NPM : 0606037632**



**UNIVERSITAS INDONESIA  
FAKULTAS HUKUM  
PROGRAM PASCASARJANA  
2011**

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI  
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Widodo Dwi Putro  
NPM : 0606037632  
Program Studi : Ilmu Hukum  
Departemen : Hukum  
Fakultas : Hukum  
Jenis karya : Disertasi

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty-Free Right*)** atas karya ilmiah saya yang berjudul :

Tinjauan Kritis-Filosofis Terhadap Positivisme Hukum

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta

Pada tanggal : 18 Juli 2011

Yang menyatakan

  
(Widodo Dwi Putro)

## HALAMAN PENGESAHAN

Disertasi ini diajukan oleh :

Nama : Widodo Dwi Putro

NPM : 0606037632

Program Studi : Ilmu Hukum

Judul Disertasi : Tinjauan Kritis-Filosofis Terhadap Positivisme Hukum

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Doktor pada Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

### DEWAN PENGUJI

Promotor : Prof. Valerine J.L. Kriekhoff, S.H., M.A.



Kopromotor : Prof. B. Arief Sidharta S.H.

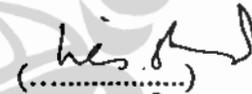


: Dr. Jufrina Rizal, SH., M.A (.....)

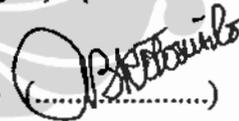
Tim Penguji : Prof. Rosa Agustina, S.H, M.H. (Ketua)



: Prof. Lily Rasjidi, SH., S.Sos., LL.M (Anggota)



: Dr. Agus Brotosusilo, SH., M.A. (Anggota)



: Dr. Harifin A. Tumpa, SH., M.H. (Anggota)



Ditetapkan di :

Tanggal : 18 Juli 2011

## HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Disertasi ini adalah hasil karya saya sendiri,  
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk  
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Widodo Dwi Putro

NPM : 0606037632

Tanda Tangan :

Tanggal : 18 Juli 2011

## KATA PENGANTAR

Disertasi ini merupakan “pemberontakan” terhadap kemapanan paradigma dominan: Positivisme Hukum. Sangkalan atas kebenaran adalah masalah biasa dalam ranah akademis, karena disadari ilmu pengetahuan sendiri tidak pernah mampu meraih kebenaran final.

Penelitian disertasi ini menunjukkan kebenaran dalam hukum bukan total subyektif maupun total obyektif, melainkan intersubyektif. Menempatkan hukum pada kebenaran intersubyektif membawa pada pemahaman yang berbeda-beda karena intersubyektivitas menekankan perbincangan diskursus dan persetujuan yang cukup sebagai sesuatu yang sangat penting dalam memutuskan sesuatu. Setiap yuris yang berupaya untuk menemukan suatu jawaban terhadap masalah yuridis akan mencari jawaban lewat penafsiran berdasarkan argumen-argumen yang tepat, relevan, dan paling dapat diterima.

Hukum bukan suatu yang “kedap air” (esoterik). Teks adalah produk pikiran (subyektif) yang diobyektifikasi. Ketika dihadapkan dengan teks, hakim harus memahami, menafsirkan, bercakap-cakap atau berdialog dengan teks hukum. Ketepatan dan relevansi argumentasi selalu berhubungan dengan konteks, atau bersifat kontekstual, sehingga ia selalu dinamis.

Cara pandang melihat hukum sebagai kebenaran intersubyektif juga mempunyai implikasi teoritis dalam memahami kepastian hukum dan keadilan. Hukum tidak identik dengan keadilan, meski mungkin saja keadilan bisa “didekati” dari apa yang legal. Jika hukum diasumsikan identik dengan keadilan, maka mengandung konsekuensi pencarian keadilan di luar hukum akan dihentikan karena pencarian keadilan hanya bersumber pada hukum, bahkan lebih sempit lagi: undang-undang. Untuk memperjelas duduk persoalan, perlu juga dibedakan antara peraturan, kaidah, dan keadilan.

Hukum dan keadilan tidak bisa diperbandingkan (apalagi diperselisihkan) karena hukum adalah alat, sarana, atau media untuk mendekati keadilan. Sarana dan tujuan adalah tidak sederajat, lalu bagaimana mungkin bisa memperselisihkan antara sarana dan tujuan? Hukum tidak mungkin melampaui keadilan, karena begitu diandaikan, maka alat telah mengkoloni tujuannya.

Dalam kesempatan ini, saya mengucapkan terima kasih yang mendalam kepada:

1. Prof. Valerine J.L. Kriekhoff, S.H., M.A sebagai Promotor yang tulus memberikan masukan dan perbaikan selama bimbingan.
2. Prof. B. Arief Sidharta S.H. sebagai Ko-Promotor yang tulus melayani saya berkonsultasi setiap pagi, membuka ruang perbedaan pendapat, dan mengajak bertamasya ke ranah ilmu.
3. Dr. Jufrina Rizal, SH., M.A sebagai Ko-Promotor yang tulus memberikan masukan dan perbaikan selama bimbingan.
4. Prof. Rosa Agustina, S.H, M.H. sebagai Ketua Pascasarjana dan Penguji yang memberikan buku-buku sebagai sumber inspirasi disertasi ini.
5. Prof. Lily Rasjidi, SH., S.Sos., LL.M sebagai penguji, meski dalam keadaan sakit masih bersedia datang dari Bandung ke Jakarta.
6. Dr. Agus Brotosusilo, SH., M.A. sebagai penguji dan juga sebagai “sekoci-intelektual” penyelamat disertasi ini.

7. Dr. Harifin A. Tumpa, SH., M.H. yang di tengah kesibukannya sebagai Ketua MA masih meluangkan waktu menguji disertasi ini.
8. Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Prof. Safri Nugraha SH., LL.M, Ph.D., sebagai Ketua Sidang Promosi.

Kepada Ayahanda, Karsono... Ketika saya memberi tahu bahwa saya diterima menjadi peserta S3, betapa gembiranya ayah. Ayah yang hanya lulusan SD dan pernah menjadi buruh perkebunan selama 35 tahun, tidak pernah membayangkan anaknya bisa melanjutkan pendidikan tinggi. Tetapi sewaktu saya berterus-terang tentang biaya S3, ayah menangis. Untungnya, ayah tidak mencegah saya untuk meneruskan sekolah.... Hampir lima tahun kemudian, saya memberitahu ayah lulus ujian tertutup dan tinggal selangkah lagi menempuh ujian promosi, ayah bersujud bahagia. Tetapi ketika saya bisikkan biaya promosi, ayah kembali menangis.

Teriring do'a kepada almarhumah Ibunda tercinta, Choezaenah, yang semasa hidupnya pernah meminta saya berhenti bertinju dan terus 'memaksa' melanjutkan kuliah S1 dulu. Terima kasih Ibu dan Ayah.

Di tengah hiruk-pikuknya komoditisasi, ternyata masih ada orang-orang yang berhati malaikat membantu biaya studi. Terima kasih yang mendalam kepada Prof. Erman Rajagukguk yang membantu menyelamatkan saya pada saat genting dan Prof. Adnan Buyung Nasution yang membantu ketika saya bingung harus ke mana lagi.

Dr. Adriaan Bedner, Prof. Jan Michiel Otto (dosen FH Univ. Leiden), Jan van Olden, Ward (Van Vollenhoven Institute) yang membantu dengan memberi pekerjaan-pekerjaan riset selama saya studi; Prof. Mark Cammack (dosen Southwestern Law School) yang membantu dengan cara memberi pekerjaan penerjemahan; Prof. Sulistyowati (dosen FH UI) yang membantu meringankan kaki saya untuk riset ke Belanda; Kolonel Sudirman yang tulus berkali-kali membantu; bang Rusdi yang membantu dengan memberi pekerjaan; dan Mas Shidarta (dosen FH Untar) teman diskusi, memberi tumpangan mobil, bahkan berbagi kamar ketika saya sibuk konsultasi di Bandung.

Terima kasih kepada para hakim yang mempersilakan saya untuk wawancara mendalam. Terima kasih kepada Wildan "buku berjalan", bung Arsil "data berjalan", pak Hotibul "pasal berjalan", Gusti "ide berjalan", dan Prof. Soetandyo Wigjosoebroto yang menjadi guru inspirasi saya

Terima kasih buat kawan-kawan yang menyemangati studi saya: bung Anton, bu Roro, mas Hayyanul, pak Sabardi, mas Hardi, mas Rahadi, mbak Naning, pak Huda, pak Yusuf, cak Syafiq, mas Rahmat, Angga, bung Rival, bung Steni, bung Barid, cak Yakub, mas Handoko, pak Suryani, bu Beni, cak Dony, bu Mariana, pak Pal, bu Tri, mbak Hesti, mas Dian, pak Judi, pak Win, mas Ronald, mbak Diah, mas Ali, mbak Inge, bung Gayeb, Burhan, pak Sahnun, bung Foky, mas Agus Surono, bung Luluk, bung Yance, Ita, Imi, Bumi, mbak Myrna, dan cak Yani yang sering menasihati saya.

Terima kasih kepada Dr. Zainal Asikin S.H. S.U. (mantan dekan FH Unram) dan Prof. Galang Asmara SH M.H. (dekan FH Unram) yang sejak awal mendorong saya melanjutkan

kuliah; serta Dr. Yanis Maladi SH M.H. ketua Bidang Studi Hukum dan Masyarakat FH Unram yang berkali-kali menyemangati saya.

Buat istriku Estidrajat Hadiarti, anakku Militan Raushan Fikr dan Genta Juang, maafkan saya karena banyak menghabiskan waktu, biaya, dan tenaga sehingga saya kurang memberi perhatian.

Terakhir, puji syukur saya panjatkan ke hadirat Allah, hanya karena dengan “tangan-tangan tak kelihatan” itu saya bisa menyelesaikan sekolah. Sengaja puji syukur saya letakkan pada paragraf terakhir, sebab di balik kebahagiaan ada suatu perasaan dosa yang sudah lama menggajal. Perasaan berdosa itu muncul ketika *ngobrol* dengan seorang penjual ketoprak tiga tahun lalu. Penjual ketoprak itu menyindir, “Nasibmu beruntung, karena termasuk 0,0000000....sekian persen yang dapat menikmati pendidikan S-3.” Jika demikian, bermoralkah bila saya bersyukur ke hadirat Allah, sementara masih banyak rakyat yang tidak mampu menikmati pendidikan tinggi karena biaya pendidikan di negara kapitalis sangat mahal?



## DAFTAR ISI

### BAB I.

A. Latar Belakang dan Perumusan Masalah .....	1
B. Tujuan dan Kegunaan Penelitian .....	12
C. Kerangka Teori dan Konsep .....	13
D. Metodologi Penelitian .....	31
E. Sistematika .....	37

### BAB II. Fondasi Positivisme .....

1. Dari Positivisme ke Positivisme Logis.....	39
1.1. Implikasi Verifikasi pada Bahasa Hukum.....	48
1.2. Kritik terhadap Prinsip Verifikasi .....	52
2. Pemikiran Positivisme Hukum .....	52
3. Positivisme dan Positivisme Hukum .....	80
4. Refleksi: Perselisihan Permanen antara Hukum Normatif dan Hukum Empiris .....	95

### BAB III . Perselisihan Epistemologi.....

1. Epistemologi .....	108
2. Perselisihan Paradigma-paradigma Hukum .....	111
2.1. Hukum Kodrat dan Positivisme Hukum .....	113
2.2. Mazhab Sejarah dan Positivisme Hukum .....	118
2.3. Realisme Hukum dan Positivisme Hukum .....	121
2.4. Marxist Theory of Law dan Positivisme Hukum .....	125
2.5. Hukum Progresif dan Positivisme Hukum .....	128
2.6. Critical Legal Studies dan Positivisme Hukum .....	132
2.7. Feminisme dan Positivisme Hukum.....	135
3. Perdebatan Epistemologi: Apakah <i>Jurisprudence</i> Itu Ilmu atau Bukan?...	140
4. Ilmu Sosial dan Ilmu Hukum: Benarkah sama sekali Terpisah ?.. .....	153
5. Refleksi: Meragukan Esensialisme dan Kebenaran Tunggal.....	156

### BAB IV. Hakim dan Pengadilan .....

1. Dari Objektivisme ke Intersubjektif .....	160
--	-----

1.1. Objektivisme .....	159
1.2. Hermeneutika: Ikhtiar Melampaui Objektivisme.....	163
1.2.1. Penafsiran: Perjumpaan Hakim dengan Teks Hukum.....	171
1.2.2. Arsitektur Pengadilan: Netral atau Relasi Kuasa ?.....	190
- Kasus Kasus Pencurian Tiga Kakao .....	194
- Kasus Pencurian Sisa Panen Randu .....	214
- Pencurian Sandal Bolong .....	227
- Kasus Riba .... ..	236
- Kasus Pohon Mangga .....	241
- Kasus Perkosaan I.....	246
- Kasus Perkosaan II .....	250
- Kasus Pergantian Kelamin .....	253
- Kasus Kawin Lari .....	260
- Refleksi: Perselisihan antara Kepastian dan Keadilan .....	269
<b>BAB V. KEBENARAN DALAM PERSPEKTIF ILMU HUKUM.....</b>	<b>274</b>
a. Teori Koherensi.....	275
b. Teori Korespondensi .....	277
c. Teori Kebenaran Pragmatis .....	278
d. Teori Kebenaran Intersubyektif .....	279
- Kebenaran Dalam Ranah Ilmu Hukum .....	281
- Implikasi Teoritik : Cara Pandang tentang Hukum dan Keadilan.....	285
<b>BAB VI. PENUTUP: Kesimpulan dan Saran .....</b>	<b>296</b>

## BAB I PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Dalam paradigma Positivisme Hukum, undang-undang atau keseluruhan peraturan-perundang-undangan dipikirkan sebagai sesuatu yang memuat hukum secara lengkap sehingga tugas hakim tinggal menerapkan ketentuan undang-undang secara mekanis dan linear untuk menyelesaikan permasalahan masyarakat, sesuai bunyi undang-undang.<sup>1</sup> Namun, paradigma Positivisme Hukum klasik yang menempatkan hakim sebagai tawanan undang-undang, tidak memberikan kesempatan pada pengadilan untuk menjadi suatu institusi yang dapat mendorong perkembangan masyarakat. Pada era reformasi pun, kita belum bisa mengatakan bahwa putusan-putusan hakim berkontribusi besar bagi perubahan masyarakat Indonesia. Bahkan, para hakim masih berkiprah menggunakan metode berpikir positivistik yang lazim dipakai menangani masalah hukum dalam masyarakat yang keadaannya stabil.

Berangkat dari uraian tersebut, paling tidak ada lima alasan yang menjadikan penelitian ini perlu untuk dilaksanakan; *Pertama*, di Indonesia, penelitian terhadap paradigma (mazhab, aliran)<sup>2</sup> hukum secara filosofis belum dilakukan secara sungguh-sungguh, bahkan boleh dikatakan belum dimulai sama sekali.<sup>3</sup> Padahal suatu

---

<sup>1</sup> Pemikiran ini diilhami oleh ajaran Montesquieu yang sangat mendewakan eksistensi undang-undang. Awalnya, ajaran hakim adalah corong undang-undang (*bouches des lois*) ditujukan untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan oleh hakim. Cara berpikir ini kemudian dianut dan dikembangkan oleh ajaran Positivisme Hukum yang mengaplikasikan norma positif ke dalam struktur kasus-kasus konkret, membuat putusan hakim lebih memberikan jaminan kepastian hukum, serta prediktabilitas dan stabilitas hukum. Ajaran bahwa hakim hanyalah corong undang-undang dan dilarang menciptakan hukum, dilihat dari tradisi hukum yang berkembang di dunia umumnya dianut negara-negara yang menganut tradisi kontinental pada abad ke 19. Lihat, M.D.A. Freeman, *Llyods's, Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell, 2001, hal. 1384 -1386. Lihat, Neil MacCormick, *Rhetoric and Rule of Law Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, hal. 256.

<sup>2</sup> Paradigma secara sederhana dapat diartikan sebagai "cara pandang". Namun pengertian yang lebih akademis, paradigma diartikan sebagai satu kerangka referensi atau pandangan yang menjadi satu dasar keyakinan atau pijakan suatu teori. Paradigma merupakan tempat berpijak dalam melihat suatu realitas; bagaimana cara kita melihat sesuatu, apa yang kita anggap masalah, serta apa metode untuk memecahkan. Dengan demikian, paradigma mempengaruhi pandangan hakim tentang apa yang "adil dan tidak adil". Penjelasan lebih lanjut tentang paradigma dapat dibaca, Thomas Kuhn, *The Structures of Scientific Revolution*, Chicago : The University of Chicago Press, 1970.

<sup>3</sup> Tidak banyak ilmuwan hukum Indonesia yang tertarik meneliti tentang paradigma hukum. Baru ada beberapa ilmuwan hukum Indonesia yang meneliti dan menulis mengenai paradigma hukum, misalnya Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan*, Bandung : CV Utomo, 2006; Dimiyati, Khudzaifah, *Teorisi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945 - 1990*, Muhammadiyah University Press, 2004.

paradigma yang dianut seorang hakim sangat berpengaruh terhadap putusan yang akan dijatuhkan.

Paradigma positivistik, menekankan kepada hakim pada uniformitas, khususnya dalam hal penafsiran “monolitik” terhadap makna norma-norma itu sendiri. Biasanya hakim lebih mengandalkan penafsiran gramatikal, bahkan cenderung tekstual secara leksikal. Penafsiran tersebut sebenarnya hanyalah salah satu metode penemuan hukum (*rechtsvinding*) saja. Meskipun di luar dikenal metode-metode lain seperti konstruksi atau argumentasi, namun para hakim umumnya sering bermain di “wilayah aman” yaitu metode penafsiran konvensional. Jarang hakim yang menyeberang ke metode konstruksi. Hakim pidana bahkan mengharamkan penggunaan *argumentum per analogiam* karena dianggap bertentangan dengan asas legalitas. Larangan ini tidak sekedar doktrin, melainkan sudah diformulasikan secara tegas dalam asas legalitas (*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*) yang diatur dalam pasal 1 ayat (1) KUHP..<sup>4</sup>

Sebagai contoh, di Indonesia penerapan analogi dalam kasus pidana belum diterima. Mantan Hakim Bismar Siregar pernah melakukan penafsiran analogi dalam kasus seorang laki-laki yang menggauli perempuan dengan bujukan hendak menikahinya tetapi kemudian mengingkari janjinya kepada perempuan tersebut. Saksi korban telah mengizinkan terdakwa bersenggama dengannya dengan harapan untuk dikawininya.

Menurut hakim Bismar, memang benar dari segi hukum perdata perikatan hukum yang demikian batal demi hukum karena bertentangan dengan undang-undang sehingga walaupun ada cedera janji (*wanprestasi*) yang dilakukan oleh terdakwa, hal tersebut tidak dapat digugat ganti rugi oleh saksi korban, tetapi Bismar berpendapat di bidang pidana, perbuatan cedera janji dapat dipertanggungjawabkan kepada terdakwa. Bismar menganalogikan sesuatu yang melekat bersatu dalam diri seseorang seperti “alat kelamin” sebagai “barang” dengan menafsirkan istilah “barang” dalam bahasa daerah terdakwa dan saksi (Tapanuli) dikenal sebagai “*bonda*” yang dapat diartikan sebagai “alat kelamin”. Saksi korban menyerahkan kehormatannya kepada terdakwa karena bujuk-rayu hendak dinikahi sama dengan menyerahkan *bonda* (barang) karena tipu muslihat. Hakim Bismar kemudian memutus menghukum laki-laki tersebut

---

<sup>4</sup> Shidarta, *Posmodernisme dan Ilmu Hukum*, (Makalah disampaikan pada Seminar tentang Posmodernisme dan Dampaknya terhadap Ilmu Pengetahuan), 17 Februari 2005.

berdasarkan Pasal 378 KUHP (Penipuan). Tetapi putusan tersebut kemudian dibatalkan oleh Mahkamah Agung karena dianggap melakukan analogi.<sup>5</sup>

Dalam lapangan hukum perdata pun, kendati para hakim di wilayah non pidana dimungkinkan memiliki koridor penafsiran hukum yang lebih luas, tetap saja jarang ditemukan putusan yang bernilai *landmark decision*. Paradigma hukum di Indonesia nyaris tidak ada perdebatan teoritis di antara para pengemban hukum, apalagi munculnya “school” baru. Paradigma hukum mengalami stagnasi di mana Positivisme Hukum sebagai suatu paradigma tidak pernah mengalami apa yang disebut Kuhn sebagai “anomali”.<sup>6</sup> Artinya, paradigma Positivisme Hukum terus bertahan dalam kemapanan (normal science) dari generasi ke generasi dalam praktik hukum.

Fokus ilmu hukum direduksi menjadi sekedar praktik rutin; bagaimana menjadi ‘*legal craftsmanship*’ dan ‘*legal mechanic*’ yang ahli menerapkan suatu peraturan terhadap kasus tertentu, namun tidak dapat mengembangkan dan memperbaiki sistem hukum.<sup>7</sup> Stagnasi ilmu dan praktik hukum di Indonesia seharusnya mendorong orang untuk melakukan refleksi dari mendesaknya kebutuhan terhadap suatu teori hukum yang mampu membebaskan hukum dari kesan esoterik dan lebih dari itu mampu menggambarkan hukum secara holistik.

**Kedua**, ajaran Positivisme Hukum menempatkan hakim hanya sebagai corong undang-undang, tidak memberi ruang kepada hakim sebagai subyek yang kreatif. Pikiran Positivisme Hukum biasanya tepat dan mampu bertahan dalam keadaan masyarakat yang stabil. Namun pada masa krisis, di mana hukum yang disiapkan menata proses interaksi dalam masyarakat gagal menjalankan fungsinya, asumsi-asumsi Positivisme Hukum tentang kepastian dan prediktabilitas mulai dipertanyakan. Sepanjang pengamatan, sejak permulaan krisis hingga sekarang, pendekatan hukum yang dilakukan para hakim masih menggunakan cara konvensional, padahal keadaan dan kualitas masyarakat sudah berubah. Para hakim masih saja berkiprah menggunakan metode berpikir yang lazim dipakai menangani masalah hukum dalam keadaan normal. Bahkan untuk menghadapi masalah yang luar biasa seperti korupsi, pelanggaran HAM, dan sebagainya, para hakim masih saja santai menggunakan

---

<sup>5</sup> Lihat, Putusan Pengadilan Tinggi Medan No. 144/PID/1983/PT Mdn

<sup>6</sup> Reaksi dan kekecewaan masyarakat terhadap berbagai putusan hukum sesungguhnya bisa dibaca sebagai “anomali”, namun tidak terlihat oleh pengemban hukum baik praktisi maupun sebagian teoritis hukum.

<sup>7</sup> R.A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001, hal 1-2.

doktrin, asas, dan logika di bawah ajaran Positivisme Hukum. Akibatnya, penegakan hukum mengalami kesulitan untuk melakukan terobosan hukum, terkerangkeng pada dogmatika, prosedur dan formalisme. Pada saat krisis hukum sekarang ini kita membutuhkan keberanian hakim untuk melakukan lompatan progresif keluar dari tawanan asas–asas, logika-logika, dan doktrin–doktrin konvensional. Hanya dengan itu, pengadilan dapat bertindak kreatif dan tidak submisif.<sup>8</sup>

*Ketiga*, hukum, oleh ajaran Positivisme Hukum, digambarkan sebagai wilayah yang steril, terpisah dari moral. Doktrin Kelsenian, bahkan menampik keberadaan ilmu hukum yang terkontaminasi anasir-anasir sosiologis, politis, ekonomis, historis, dan sebagainya. Ilmu hukum dimurnikan (sebenarnya lebih tepat disebut “direduksi”) menjadi ilmu yang mempelajari “*command of lawgivers*”. Dalam ajaran ini, maka hakim tidak perlu secara kreatif memikirkan tentang hukum yang ideal (*das sollen*), melainkan hanya menerapkan norma hukum positif (*ius constitutum*).

Doktrin berpikir hakim seperti itu, tidak lepas dari “kerangka” disiplin ilmu hukum. Dalam disiplin ilmu hukum, sekurang-kurangnya ada tiga tataran disiplin ilmu, yakni (i) Dogmatika Hukum, (ii) Teori Hukum, dan; (iii) Filsafat Hukum.<sup>9</sup> Ketiga disiplin ilmu hukum ini (dogmatika hukum, teori hukum, dan filsafat hukum) mempunyai aksentuasi yang berbeda. Dogmatika Hukum (*rechtsdogmatiek*) juga sering disebut sebagai Ilmu Hukum dalam arti sempit, berada dalam tataran paling konkrit. Sifat konkrit ini makin berkurang pada tataran Teori Hukum, dan makin mengarah ke tingkat yang lebih abstrak pada Filsafat Hukum.

Dogmatika Hukum yang berada dalam wilayah konkrit dan praktis dengan sendirinya mempunyai kedekatan acuan dengan sistem hukum positif. Kedekatan dengan hukum positif mulai berkurang pada tataran Teori Hukum, dan selanjutnya semakin kecil frekwensi pertemuannya dengan Filsafat Hukum. Hal ini yang melatari mengapa Dogmatika Hukum bersifat monodisipliner (preskriptif), sementara Teori

<sup>8</sup> Satjipto Rahardjo, *Berantas Korupsi, Berpikirlah Luar Biasa*, Kompas, 14/04/2005. Namun demikian, tawaran ide hakim harus progresif, kreatif, dan tidak terkerangkeng pada undang-undang harus disikapi dengan agak hati-hati. Ide mendorong kreativitas hakim pada posisi dilematis: Disatu sisi pada saat krisis hukum sekarang ini kita membutuhkan keberanian hakim untuk melakukan lompatan progresif keluar dari tawanan asas–asas, logika-logika, dan doktrin–doktrin konvensional Tetapi, sisi lain integritas sebagian hakim relatif masih diragukan sehingga apabila diberikan keleluasaan dikhawatirkan akan menyalahgunakan kewenangannya. Artinya kedepan, disamping membutuhkan hakim yang progresif dan kreatif, integritas hakim tidak lagi bisa ditawar (“*as long as the dirty broom is not cleaned, any talk of justice will be empty talk*”).

<sup>9</sup> Lihat, Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *What is Rechtsteorie ?*, (Diterjemahkan oleh Arief Sidharta, *Apakah Teori Hukum Itu ?*), Penerbitan tidak Berkala No. 3, Bandung: Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2001, hal 47.

Hukum lebih mengarah ke multidisipliner, dan semakin memuncak pada Filsafat Hukum dengan ditambahkan cara pandang yang reflektif, kritis, dan holistik.

Pengaruh obsesi Positivisme Hukum memurnikan anasir-anasir non hukum, mempersempit batas-batas ilmu hukum setidaknya menjadi dua, yakni Dogmatika Hukum dan Teori Hukum. Filsafat Hukum disingkirkan karena ia (Filsafat Hukum) adalah filsafat yang mempelajari hukum, sebagaimana Sosiologi Hukum dan Antropologi Hukum, Psikologi Hukum, dan sebagainya. Filsafat Hukum dianggap bukan merupakan ilmu hukum yang murni dan otentik sebagai ilmu hukum yang berbicara tentang teks-teks aturan hukum. Bahkan, Teori Hukum di bawah bayang-bayang Positivisme Hukum akan dipersempit lagi menjadi ilmiah positif (dan tidak interdisipliner) yang menonjolkan penyelidikan tentang struktur dasar, asas-asas dasar, dan pengertian-pengertian dasar yang dapat ditemukan kembali dalam setiap sistem hukum positif. Sesungguhnya ilmu hukum positivistik tinggal Dogmatika Hukum. Penalaran hakim berada di wilayah Dogmatika Hukum di mana objek telaah hakim adalah norma-norma positif dalam sistem hukum positif, yang lebih khusus lagi adalah sistem perundang-undangan.

Pemurnian oleh Positivisme Hukum inilah yang sampai sekarang sebenarnya mengundang perdebatan epistemologis pada kalangan akademisi dan praktisi hukum di Indonesia. Para pengikut setianya berasumsi kajian hukum yang tidak memusatkan pada hukum positif, tidak dapat dikaji secara hukum (baik praktis maupun akademis). Pendekatan Sosiologi Hukum, Filsafat Hukum, Antropologi Hukum, Sejarah Hukum dan seterusnya dianggap bukan "murni" ilmu hukum, bahkan ditolak sebagai kajian ilmu hukum.

Ilmu hukum kemudian memaksakan untuk bekerja sendiri, menutup ruang bekerja sama dengan disiplin ilmu lain, menyebabkan semakin menyempitnya ruang kajian ilmu hukum, bahkan stagnasi (tidak berkembangnya) ilmu hukum itu sendiri. Artinya, para penganut Positivisme Hukum benar-benar menganggap "kebenaran" ilmu dan praktik hukum telah final pada titik garis Positivisme Hukum, sehingga merasa tidak akan ada perkembangan baru di waktu mendatang. Sebuah monumen yang menjadi tanda usainya dialektika dalam ilmu dan praktik hukum adalah kodifikasi.

Positivisme Hukum yang ingin memurnikan ilmu hukum dengan membersihkannya dari anasir-anasir non hukum membawa ilmu hukum cenderung mereduksi masalah hukum yang kompleks menjadi sesuatu yang sederhana, linier,

mekanis, deterministik, sehingga melemahkan daya antisipasi hukum terhadap perkembangan masyarakat.

Reduksionisme ini mengandung bahaya karena hukum yang multi aspek dan mempunyai kaitan dengan ekonomi, sosial, budaya direduksi menjadi bagian-bagian kecil, maka penyempitan hukum itu menghasilkan pemahaman hukum yang tidak utuh. Disadari atau tidak, cara pandang yang linier dan mekanis ini memiskinkan 'daya nalar' sarjana-sarjana hukum di Indonesia. Salah satu contoh adalah stagnasi dalam praktik hukum, seperti sedikitnya putusan-putusan hakim yang dapat dikategorikan sebagai *landmark decision* (putusan yang menjangkau sehingga menjadi tonggak sejarah) guna memperkaya perbendaharaan yurisprudensi.

Oleh karena itu, memasungkan paradigma hakim kepada satu pendekatan aliran pemikiran tertentu, tidak sejalan dengan sifat hukum sebagai ilmu praktis, normologis, otoritatif. Dominasi paradigma Positivisme Hukum seperti asas-asas dan logika-logika yang dipraktikkan selama ini sudah selayaknya ditinjau kembali dan membuka dialog dengan pendekatan lain, seperti Sosiologi Hukum yang membuka pandangan para hakim tentang dimensi hukum yang hidup (*living law*), sehingga nilai-nilai kemanfaatan menjadi penting untuk diakomodasi ke dalam pengembangan hukum. Demikian pula, Sejarah Hukum dan Antropologi Hukum juga memberi kontribusi antara lain menambah referensi hakim pada sumber-sumber alternatif di luar undang-undang.

**Keempat**, dalam tradisi hukum civil law, peran pemerintah dan parlemen dominan dalam pembuatan hukum yang berupa peraturan-peraturan tertulis.<sup>10</sup> Sementara, hakim hanyalah corong undang-undang dan dilarang untuk menciptakan hukum. Para hakim dari tradisi kontinental, pada dasarnya berada pada arus besar (mainstream) pemikiran bahwa "*law as it is written in the book*". Artinya, hakim dalam menyelesaikan perkara harus terlebih dulu melihat kepada undang-undang daripada sumber hukum lainnya.<sup>11</sup> Tempat pengadilan dalam sistem hukum yang lebih cenderung ke tradisi kontinental serta dominasi paradigma Positivisme Hukum, tidak memberi ruang yang cukup pada pengadilan untuk menjadi suatu institusi yang

---

<sup>10</sup> Lihat, Arthur T. Vanderbilt, *The Reconciliation of The Civil Law and Common Law, The Code Napoleon and The Common-Law World*, New York University Press, 1956.

<sup>11</sup> Lihat dan bandingkan dalam substansi Undang-Undang No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung; Undang-Undang No 5 tahun 2004 Tentang Perubahan Atas UU No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung; dan Undang-Undang No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

mampu menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dalam sejarah hukum Indonesia, melalui asas konkordansi, sistem kontinental ini oleh kolonial Belanda kemudian ditanamkan ke dalam konstelasi hukum di Hindia Belanda (Indonesia) untuk menggantikan secara berangsur sistem hukum terdahulu yang berdasarkan tradisi-tradisi lokal.<sup>12</sup> Pengaruh sistem hukum Belanda yang berlangsung dalam kurun waktu yang cukup lama, membuat lapisan atas bangsa Indonesia terbiasa dengan sistem hukum tertulis dan terkodifikasi. Corak tradisi hukum kontinental ini lalu tumbuh berkembang di bawah pengaruh ajaran Positivisme Hukum. Bahkan Positivisme Hukum akhirnya menjadi ”pohon utama” yang menaungi sistem hukum Indonesia sampai sekarang.

Bukti kuatnya pengaruh Positivisme Hukum dalam sistem hukum Indonesia, antara lain ditandai oleh keinginan melakukan unifikasi (*eenheidsbeginsel*) dan kodifikasi hukum. Namun dalam masyarakat Indonesia yang majemuk, penyeragaman hukum demi kepastian hukum untuk seluruh wilayah nusantara, justru dapat menimbulkan resistensi. Dalam tataran tertentu, masyarakat yang majemuk ini mengurangi dominasi Positivisme Hukum, terutama dalam bidang-bidang hukum yang bersentuhan sangat dekat dengan kebudayaan (misalnya, hukum perkawinan dan pewarisan).<sup>13</sup> Karena itu secara ontologis, dalam masyarakat yang majemuk, pemaknaan hukum dalam arti norma-norma positif meski menjadi sumber utama, tetapi jelas bukan satu-satunya. Itu berarti, dalam masyarakat yang majemuk untuk memberikan rasa keadilan, hakim tidak cukup menjadi corong undang-undang, melainkan harus membuka matanya lebar-lebar dan memasang telinganya untuk mendengar denyut jantung masyarakat sebelum menjatuhkan putusannya.

---

<sup>12</sup> Sebagaimana dikatakan Soetandyo Wigjosoebroto, hukum adat sebenarnya hanya akan menemukan kelestariannya kalau diperlakukan sebagai *common law* daripada Positivisme Hukum yang identik dengan model penalaran dari keluarga sistem *civil law*. Baca, Soetandyo Wigjosoebroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika Sosial dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hal. 134 – 135, 201-202. Bandingkan Sandra F. Joireman, *Colonization and The Rule of Law: Comparing the Effectiveness of Common Law and Civil Law Countries*, Kluwer Academic Publisher, Netherland, 2005. Pendapat penulis agak berbeda dengan asumsi Soetandyo Wigjosoebroto bahwa Positivisme Hukum juga bisa tumbuh dan dominan di negara-negara yang menganut *common law/anglo saxon*, terutama yang menganut asas *the binding force of precedent* (*stare decisis*). Menurut asas *stare decisis*, hakim terikat pada putusan hakim yang terdahulu mengenai perkara yang sama jenisnya, seakan-akan memeriksa dan memutus perkara meyakini dengan hakim yang terdahulu.

<sup>13</sup> Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan*, Bandung : CV Utomo, 2006, hal. 526.

*Kelima*, ajaran Positivisme Hukum memberi pemahaman kepada hakim bahwa hukum semata-mata hanya berurusan dengan norma-norma.<sup>14</sup> Demikian pula, ajaran Positivisme Hukum tidak mempermasalahkan apakah substansinya adil atau tidak, dan juga tidak mempersoalkan bagaimana implikasi sosio-yuridisnya. Cara pandang yang demikian, membuat Positivisme Hukum melihat persoalan secara "hitam-putih" sebagaimana yang ada dalam teks undang-undang, padahal masalah dalam masyarakat terlalu besar untuk dimasukkan dalam pasal-pasal peraturan perundang-undangan. Contoh: Tukirin (62 tahun) petani Nganjuk ini didakwa Jaksa Penuntut Umum "mencuri" hak paten benih jagung PT BISI, anak perusahaan Charoen Pokphand yang bergerak di bidang produksi benih jagung, cabe, semangka, dan sayur-mayur.<sup>15</sup> Petani itu dituduh mencuri benih induk, namun karena telah dijelaskan secara meyakinkan bahwa benih dibeli dari toko, maka pertanyaan mengarah ke cara menanam jagung. Pada pemeriksaan di pengadilan, hakim menyatakan bahwa meniru cara menanam adalah tidak diperbolehkan secara hukum. Pada bulan Februari 2005, Tukirin yang tidak didampingi seorang pengacara dianggap bersalah dan dijatuhi hukuman percobaan 1 tahun tidak boleh menanam jagung dan dikenai denda Rp. 200 ribu. Jika dalam waktu tersebut melakukan pelanggaran maka dapat dikenai penjara selama 6 bulan.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Jika hukum hanya berurusan dengan norma, maka untuk apa bersusah payah memikirkan tentang putusan yang adil karena sudah ada aturan undang-undang yang siap pakai dan tinggal dipraktekkan.

<sup>15</sup> Dalam UU No. 29 tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman yang disebut-sebut sebagai turunan langsung TRIP's (Trade Related Intellectual Property Rights) dalam penjelasan umumnya bertujuan memberikan suatu jenis insentif dan hak-hak khusus lainnya kepada penemu atau pemulia tanaman yang berhasil menemukan suatu varietas unggul guna peningkatan produksi. Sekilas tujuan UU PVT ini tidak bermasalah karena wajar seseorang yang menemukan sesuatu yang bermanfaat bagi kehidupan manusia akan mendapat insentif. Namun apabila insentif itu mengarah pada monopoli, tentu akan merugikan elemen masyarakat yang paling lemah. Dalam UU PVT terlihat bahwa hak dari pemegang PVT sangat luas dan khususnya berkaitan dengan komersialisasi varietas yang telah didaftarkan. Sesuai dengan pasal 6 (3) hak pemegang hak PVT adalah untuk; (a) memproduksi atau memperbanyak benih; (b) menyiapkan untuk tujuan propagasi; (c) mengiklankan; (d) menawarkan; (e) menjual atau memperdagangkan; (f) mengekspor; (g) mengimpor; (e) mencadangkan untuk keperluan sebagaimana dimaksud dalam butir a, b, c, d, e, f, dan g. Pelanggaran terhadap hak PVT ini diatur lebih lanjut dalam Pasal 71 disebutkan, "Barangsiapa dengan sengaja melakukan salah satu kegiatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (3) tanpa persetujuan pemegang hak PVT, dipidana dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun dan denda paling banyak Rp 2.500.000.000,00 (dua miliar lima ratus juta rupiah)." Implikasi sosio-yuridisnya, petani kecil yang umumnya awam akan menjadi sasaran empuk gugatan maupun penuntutan hukum tanpa mampu melakukan perlawanan. Petani kita yang sudah miskin akan semakin miskin karena harus menghadapi gugatan perdata perusahaan transnasional. Atau, lebih buruk lagi terancam dipidana sebagaimana nasib Pak Tukirin yang tidak pernah tahu akibat hukumnya.

<sup>16</sup> Lihat, P. Raja Siregar, *Tersandung Benih Dipatenkan*, Walhi, 2006, hal. 110 – 131. Peneliti dua kali mendatangi Pengadilan Negeri Nganjuk untuk mendapatkan putusan dalam kasus Tukirin, tetapi putusan tersebut tidak bisa diperoleh karena alasan hilang.

Ajaran Positivisme Hukum ini menempatkan hakim hanya sekadar sebagai instrumen undang-undang. Ajaran ini dikritik karena pada dasarnya undang-undang yang telah ditetapkan cenderung bersifat kaku dan sulit sekali berubah sementara basis sosial tempat berpijaknya selalu berkembang, dan perkembangan tersebut membawa persoalan-persoalan hukum yang baru. Ketika undang-undang itu dibuat mungkin dirasakan adil, namun setelah sekian lama undang-undang itu diterapkan bisa saja menjadi terasa tidak adil, karena masyarakatnya telah berubah. Oleh karena itu, hakim tidak statis dan bebas nilai, tetapi membutuhkan dialog dan evaluasi terus-menerus dari kenyataan-kenyataan tempat berpijaknya hukum itu.<sup>17</sup>

Sebagai perbandingan dengan penelitian terdahulu, pertama penelitian yang dilakukan oleh Shidarta tentang “Misnomer Dalam Nomenklatur Positivisme Hukum” yang mengungkap kelemahan-kelemahan Positivisme Hukum<sup>18</sup>. Kelemahan-kelemahan Positivisme Hukum adalah sebagai berikut; *pertama*, asumsi tentang kepastian hukum. Ilmu hukum dogmatis yang berpegang teguh pada sistem hukum positif memerlukan kepastian agar suatu aturan dapat ditegakkan segera setelah norma hukum tersebut dinyatakan berlaku. Alasan “ketidaktahuan” tidak mungkin digunakan karena hanya akan menggerogoti tujuan kepastian hukum tersebut. Karena itu, diciptakanlah Teori Fiksi: semua orang dianggap tahu hukum setelah suatu peraturan perundang-undangan dipublikasikan secara formal dalam lembaran negara/daerah. Teori Fiksi ini justru menghindari “kebenaran-kebenaran” yang secara empiris dapat dibuktikan “kebenarannya”.

Kelemahan *kedua*, adalah asumsi mengenai realitas obyektif. Subyek harus terpisah dari obyek. Distansi ini diperlukan agar penafsiran subjektif dapat diminimalisasi (padahal dalam ilmu hukum dogmatis, penalaran adalah kegiatan berpikir dari subjek hukum yang terikat pada lingkaran kebudayaan tertentu). Realitas obyektif seperti ini pada akhirnya mudah sekali terjebak ke dalam realitas subjektif pemegang kekuasaan politik.

Kelemahan *ketiga* dari positivisme adalah asumsi tentang reduksionisme. Reduksi terhadap objek telaah ilmu hukum dogmatis adalah norma-norma positif

---

<sup>17</sup> Sebagai perbandingan dinamika hakim Indonesia dan Belanda (sama-sama menganut tradisi Kontinental) bahwa hakim Belanda relatif lebih aktif mengikuti perkembangan hukum, mulai analisis kasus hingga perdebatan diskursus. Di Belanda ada jurnal hukum “Nederlands Juristenblad” yang menjadi ‘jembatan pertemuan pemikiran’ para hakim, pengacara, jaksa, dan akademisi. Wawancara dengan Adriaan Bedner dari Fakultas Hukum Universitas Leiden (5 Januari 2008).

<sup>18</sup> Shidarta, Misnomer Dalam Nomenklatur Positivisme Hukum, [www.dartahukum.com/wp-content/misnomerdalamnomenklatur](http://www.dartahukum.com/wp-content/misnomerdalamnomenklatur), 2003.

dalam sistem hukum positif, yang lebih khusus lagi adalah sistem perundang-undangan. Reduksi ini mengandung bahaya karena jika dibalik, maka pemahaman terhadap bagian-bagian kecil itu tidak serta merta menghasilkan pemahaman yang utuh tentang hukum.

Kelemahan *keempat* adalah asumsi mengenai deterministik, yaitu keteraturan dunia berdasarkan hubungan sebab-akibat yang bersifat linear. Ilmu hukum dogmatis justru tidak dapat menerima asumsi ini karena menyalahi karakter ilmu praktis normologis otoritatif yang diembannya. Prinsip yang lebih tepat adalah imputasi.<sup>19</sup> Prinsip ini memungkinkan seorang subjek hukum untuk terhindar dari konsekuensi-konsekuensi hukum tertentu, misalnya karena adanya gangguan jiwa (*non compos mentis*), belum dewasa, daya paksa (*overmacht*), pembelaan paksa karena darurat (*noodtoestand*), dan karena menjalankan tugas jabatan.

Kelemahan *kelima* adalah asumsi tentang bebas nilai. Nilai-nilai, menurut Positivisme Hukum, tidak ada kaitannya dengan objek karena nilai-nilai adalah urusan moralitas, sementara Positivisme hanya berkaitan dengan materi. Namun jika ditelaah lebih jauh, asumsi bebas nilai tidak sejalan dengan ilmu hukum dogmatis sebagai bagian dari ilmu-ilmu praktis. Ilmu-ilmu praktis membutuhkan evaluasi terus-menerus dari kenyataan-kenyataan sosial. Realitas sosial ini adalah realitas yang kaya dengan nilai-nilai. Justru evaluasi ini adalah penilaian itu sendiri, sehingga menghindarkan ilmu hukum dari nilai-nilai adalah “menghianati” posisi ilmu praktis yang diembannya.

Persamaan penelitian ini dengan penelitian Shidarta sama-sama melakukan kritik-reflektif terhadap pemurnian hukum yang dipengaruhi oleh mainstream Positivisme Hukum. Perbedaan dengan penelitian yang dilakukan Shidarta, penelitian ini hendak menjelaskan mengapa Positivisme Hukum bertahan sebagai “normal science” dengan meneliti basis epistemologi Positivisme Hukum hingga pada praktiknya dengan meneliti putusan-putusan hakim. Penelitian ini juga hendak melacak “justifikasi” pemurnian-pemurnian ilmu pengetahuan dari kepentingan-kepentingan manusiawi dalam sejarah filsafat serta pengaruhnya terhadap “justifikasi” pemurnian-pemurnian ilmu hukum dari anasir-anasir non hukum. Dengan

---

<sup>19</sup> Imputasi adalah asas yang mengaitkan akibat tertentu kepada seseorang karena perbuatan orang. Orang yang menerima akibat dan melakukan perbuatan tertentu itu bisa sama juga bisa tidak, contoh jika saya mengendarai mobil dan menyerempet mobil orang lain maka saya berkewajiban membayar ganti rugi kepada pemilik mobil yang ditabrak itu, Tapi jika yang menyerempet adalah sopir maka yang harus mengganti rugi adalah bukan sopir tetapi majikannya.

menyingkap selubung-selubung kepentingan ideologis dibalik pemurnian hukum dari anasir-anasir non hukum, kritik-reflektif dapat ditujukan tidak hanya kelemahannya melainkan lebih kepada “titik terkuat” Positivisme Hukum, yaitu epistemologinya.

Penelitian terdahulu kedua, adalah penelitian Sebastian van Hoeij Schilthouwer Pompe tentang “*The Indonesian Supreme Court, Fifty Years of Judicial Development*”.<sup>20</sup> Penelitian Pompe mengkaji perkembangan Mahkamah Agung pada masa Demokrasi Terpimpin dan Orde Baru. Dalam penelitiannya Pompe melihat, baik pada masa Demokrasi Terpimpin maupun Orde Baru, kooptasi politik pemerintah terhadap Mahkamah Agung memperlemah independensi peradilan. Masalah serius peradilan hari ini, menurut hasil temuan Pompe, kualitas dan profesionalitas para hakim yang semakin menurun menyebabkan melemahnya kredibilitas dan legitimasi pengadilan.

Persamaan penelitian ini dengan penelitian Pompe sama-sama hendak meneliti pengadilan. Namun yang membedakan, penelitian Pompe lebih melihat persoalan Mahkamah Agung dari perspektif politik hukum, sedangkan penelitian ini lebih melihat paradigma hakim dalam putusannya.

Berdasarkan latar belakang itulah, maka penulis tertarik untuk melakukan penelitian dalam rangka penyusunan disertasi dengan topik: “Tinjauan Kritis-Filosofis Terhadap Positivisme Hukum”.

## **B. Perumusan Masalah**

Mazhab Positivisme Hukum tumbuh subur terutama pada masa kejayaan Ilmu-ilmu Alam, para ilmuwan hukum menginginkan ilmu hukum mempunyai karakter sebagaimana Ilmu Alam yang dapat diprediksi dan dipastikan. Mengutamakan kepastian mengandung konsekuensi bahwa Positivisme Hukum cenderung mengindentikkan hukum hanya dengan hukum positif. Akibatnya, pencarian keadilan di luar hukum positif cenderung dihentikan. Cara pandang Positivisme Hukum yang formalistik menghilangkan kemungkinan untuk mempertanyakan apakah norma yang diundangkan (hukum positif) itu adil atau tidak. Betapapun buruknya, asal norma itu sudah menjadi hukum positif, hakim dan masyarakat terikat kepadanya.

---

<sup>20</sup> S. Van Hoeij Schilthouwer Pompe, *The Indonesian Supreme Court: Fifty Years of Judicial Development* (Disertasi), 1996.

Berangkat dari identifikasi permasalahan tersebut, maka perumusan masalah adalah sebagai berikut;

1. Mengapa Positivisme Hukum hendak memurnikan hukum dari anasir-anasir non hukum ?
  - Bagaimana basis epistemologi Positivisme Hukum dalam ilmu hukum?
  - Bagaimana hubungan Positivisme Hukum dengan Positivisme?
  - Bagaimana pengaruh Positivisme dalam perselisihan Normativisme dan Empirisisme?
  - Bagaimana kritik-refleksi terhadap ‘titik terkuat’ Positivisme Hukum?
2. Mengapa paradigma Positivisme Hukum (di Indonesia) nyaris tidak pernah mengalami ”anomali”? Bagaimana perselisihan paradigma Positivisme dengan paradigma hukum yang lain? Apakah *Jurisprudence* itu Ilmu atau Bukan?
3. Apakah hakim dalam memeriksa dan memutus perkara bisa obyektif dan steril dari kepentingan subyektif sebagaimana diandaikan oleh kaum positivis ?
4. Bagaimana ”kebenaran” menurut perspektif Ilmu Hukum ?

### **C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian**

Penelitian ini bertujuan untuk memahami landasan epistemologi Positivisme Hukum yang diasumsikan sebagai arus utama (*mainstream*) pengembangan hukum di Indonesia. Studi aspek epistemologi Positivisme Hukum lebih difokuskan kepada pelacakan epistemologi Positivisme Hukum, perselisihan paradigma hukum, dan penalaran hakim dalam putusan - putusnya untuk memahami bagaimana suatu hukum dipikirkan dan disistematisasikan sebagai suatu yang steril dan obyektif sebagai cara berpikir positivistik. Penelitian ini tidak hanya memahami Positivisme Hukum sebagai “normal science”, melainkan tujuan berikutnya, secara dialektik mendorong lahirnya ide-ide perubahan paradigma dalam ranah ilmu hukum dengan

melakukan kritik-refleksi pada “titik terkuat” paradigma dominan. Muara perdebatan itu akhirnya mempertanyakan apakah kebenaran menurut Ilmu Hukum.

Hasil penelitian diharapkan mempunyai kegunaan secara teoritis maupun praktis. Kegunaan teoritis mengandung arti bahwa penelitian ini bermanfaat bagi pengembangan hukum teoritis, terutama menambah kontribusi pemikiran di ranah metailmu yang masih kurang diminati di Indonesia. Bagi para akademisi hukum, kritik terhadap epistemologi Positivisme Hukum dapat mendorong dilakukannya reorientasi pengajaran hukum di Indonesia dan lahirnya “school” baru.

Sedangkan kegunaan praktis mencakup kemanfaatan dalam pengembangan hukum praktis yang diharapkan dapat memberi perspektif “kebenaran lain” diluar “rutinitas kebenaran”. Kajian ini diharapkan juga dapat memberi sumbangan pada pengembangan hukum praktis untuk tidak sekedar berfungsi sebagai *legal craftsmanship* dan *legal mechanic* tetapi mempunyai perspektif progresif untuk mengubah keadaan.

## **D. Kerangka Teori dan Konsep**

### **D.1. Kerangka Teori**

Sebagai kerangka teori peneliti menggunakan teori *Socio-Legal Positivism* dan Filsafat Hermeneutika. Disamping dua teori utama itu, sebagai proses dialektik, peneliti juga mendialogkan paradigma dominan (Positivisme Hukum) dengan berbagai paradigma-paradigma hukum seperti Hukum Kodrat, Mazhab Sejarah, Realisme Hukum, Marxist Theory of Law, Hukum Progresif, Critical Legal Studies,

#### **1.1. Teori *Socio-Legal Positivism***

Pertimbangan menggunakan teori *Socio-Legal Positivism* sebagai otokritik terhadap Positivisme Hukum dengan cara mengkritik konvensionalisme, esensialisme dan fungsionalisme yang selama ini menjadi fondasi Positivisme Hukum. Untuk mendudukan dirinya sebagai anti-esensialisme, *Socio-Legal Positivism* memulai dengan mengoreksi kekurangan “Teori Cermin” sebagai pengantar kritik terhadap cara pandang konvensional yang memahami hukum secara linier dan mekanis. Tidak hanya mengkritik, teori *Socio-Legal Positivism* berusaha mengoreksi kelemahan tesis “Pemisahan Hukum dan Moral” dan tesis “ Masyarakat sebagai Sumber Hukum ” sekaligus berusaha memodifikasi keduanya.

### a. Koreksi atas kelemahan Teori Cermin

Ada anggapan umum bahwa hukum merupakan cermin dari masyarakat dan berfungsi menjaga ketertiban sosial (*“law is mirror of society, which functions to maintain social order”*).<sup>21</sup> Teori cermin (mirror thesis) digunakan untuk menunjukkan bahwa hukum adalah cermin dari masyarakat. Hukum diandaikan cermin masyarakat karena berpijak pada basis sosialnya (masyarakat) dan bukan berasal dari alam lain, yang berfungsi menjaga tatanan sosial.

Teori cermin berangkat dari dua gagasan yang berbeda, namun saling berhubungan. Gagasan pertama bahwa hukum adalah pantulan atau pencerminan dari masyarakat. Beberapa pemikir yang menguatkan argumentasi tentang hukum sebagai cermin dari masyarakat adalah sebagai berikut; *“every legal system stands in a close relationship to the ideas, aims and purposes of society. Law **reflects** the intellectual, social, economic, and political climate of its time”*<sup>22</sup> (terjemahan bebas: setiap sistem hukum berada dalam suatu hubungan yang dekat dengan ide-ide, tujuan-tujuan dan kebutuhan masyarakat. Hukum mencerminkan iklim intelektual, sosial, ekonomi, dan politik pada masanya).

William Chambliss dan Robert Seidman juga menganalisis bahwa aliran-aliran hukum sebagai dasar pembenar (cermin/pantulan) ideologi, eksistensi kekuasaan politik, kepentingan ekonomi, dan sebagainya. Aliran-aliran Hukum Kodrat membenarkan eksistensi feodalisme dengan menyatakannya sebagai sesuatu yang lahir karena kehendak Illahiah, yang oleh karena itu, harus ditegakkan demi kepentingan seluruh umat. Sementara itu, Teori “Leviathan” Thomas Hobbes membenarkan eksistensi monarkhi dinasti Stuart; Positivisme Hukum John Austin membenarkan eksistensi pemerintahan Victoria; dan “mazhab Sejarah von Savigny memperkuat eksistensi aristokrasi Jerman.<sup>23</sup>

Mengenai hukum sebagai cermin dari masyarakat Ullmann secara retorik berkomentar *“Nowhere is the spirit of an age better **mirrored** than in the theory of law* (tidak ada di manapun semangat zaman yang lebih baik tercermin ketimbang dalam teori hukum). Secara abstrak HLA Hart menjelaskan, *“The law of every modern state shows at a thousand points the influence of both the accepted social morality and*

<sup>21</sup> Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence fo Law and Society*, Oxford: University Press, 2006, hal. 1

<sup>22</sup> S. Vago, *Law and Society*, Englewood Cliffs, NJ Prentice Hall, 2981, hal. 3.

<sup>23</sup> William Chambliss dan Robert Seidman, *Law, Order, and Power*, Addison-Wesley, 1971, hal. 20-55.

*wider moral ideas... The further ways in which law mirrors morality are myriad, and still insufficiently studied...*"<sup>24</sup> ( Hukum setiap negara modern menunjukkan pada ribuan titik pengaruh baik moralitas sosial yang diterima dan ide-ide moral yang lebih luas ... Cara-cara lebih lanjut di mana hukum mencerminkan moralitas banyak sekali, dan masih belum cukup dipelajari...)"

Lebih tajam, Lawrence Friedman menyatakan, " *Legal systems do not float in some cultural void, free of space and time and social context; necessarily, they reflect what is happening in their own societies. In the long run, they assume the shape of these societies, like a glove that molds itself to the shape of a person's hand.*"<sup>25</sup> (Sistem hukum tidak mengambang dalam kehampaan budaya, bebas ruang dan waktu dan konteks sosial, niscaya, mereka mencerminkan apa yang terjadi dalam masyarakat mereka sendiri. Dalam jangka panjang, mereka mengasumsikan bentuk dari masyarakat, seperti sarung tangan yang cetakkannya sendiri dengan bentuk tangan seseorang)

Senada dengan Lawrence Friedman, pemikir *legal realism* Oliver Wendell Holmes mengatakan, " *this abstraction called the law, wherein, as in a magic mirror, we see reflected, not only our own lives, but the lives of all men that have been.*"<sup>26</sup> (abstraksi ini disebut hukum, di mana, sebagaimana dalam sebuah cermin ajaib, kita melihat direfleksikan, tidak hanya hidup kita sendiri, tetapi kehidupan semua orang sebelumnya)

Gagasan *kedua*, hukum itu memelihara dan mempertahankan tatanan sosial dengan memaksakan hukum dalam interaksi sosial. Gagasan ini untuk menunjukkan fungsi hukum sebagai penjaga ketertiban dalam mengatur interaksi sosial dan menyelesaikan perselisihan. Karena itu, Hans Kelsen menyatakan, " *law is coercive order*" (hukum adalah tatanan yang bersifat memaksa). David Dudley secara retorik mengatakan, " *where there is no law there can be no order, since order is but another name for regularity, or conformity to rule.*" (bila tidak ada hukum maka tidak ada ketertiban, karena ketertiban adalah nama lain dari keteraturan, atau kepatuhan pada peraturan).

Sedangkan Edgar Bodenheimer mencoba meyakinkan:

<sup>24</sup> HLA Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961:199.

<sup>25</sup> Lawrence Friedman, *Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law*, *Stanford Journal of International Law* 32, 1996: 72

<sup>26</sup> Oliver Wendell Holmes, *The Occasional Speeches of Justice Oliver Wendell Holmes*, (Editor M. Howe, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, hal. 1962, hal 21.

“ *I would be difficult to deny the close relationship which exists between the institution of law and man’s perennial search for order, regularity and fixity in human relation. This intimate link between law and order becomes visible in many of the institutions and processes of collective living.*”<sup>27</sup>

(Saya akan sulit untuk menyangkal hubungan erat yang ada antara lembaga hukum dan pencarian abadi manusia untuk ketertiban, keteraturan dan keajegan dalam hubungan manusia. Hubungan intim antara hukum dan ketertiban akan terlihat dalam banyak lembaga-lembaga dan proses hidup kolektif)

Orang percaya bahwa hukum adalah penjaga ketertiban sudah tertanam lama, bahkan ribuan tahun silam. Hukum bahkan diidentikan dengan ketertiban, sebagaimana Aristoteles katakan, “*For law is order.*” (hukum adalah ketertiban).

Gagasan pertama, menurut Tamanaha, mengasumsikan hukum sebagai cermin masyarakat merupakan anggapan yang mengidentikan hukum dengan masyarakat, Sedangkan gagasan kedua yang melihat fungsi hukum sebagai sebagai penjaga ketertiban. Kedua gagasan ini mempunyai hubungan yang erat. Karena hukum diasumsikan adalah cermin dari masyarakat sehingga menjadikannya efektif dalam menjaga ketertiban sosial. Karena begitu ideal dan diyakini bersesuaian satu dengan lainnya, sehingga (subyek hukum) yang bersifat kekanak-kanakan percaya dan menerima begitu saja kedua anggapan itu. Dan bila tatanan sosial terancam, mereka otomatis akan menyatakan langsung, bahwa hukum secara heroik bisa menjadi penyelamat atau pelindung, sebagai berikut;

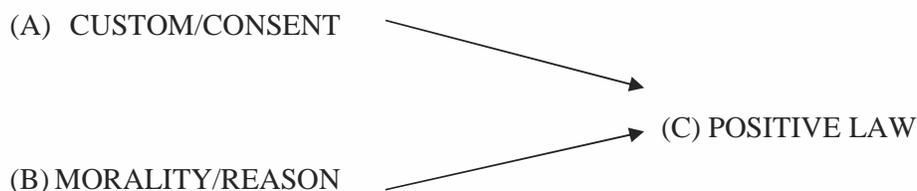
“*...the metaphor of the mirror make it our savior, our protector, a power to identify with, not fear.*”<sup>28</sup> (...metafor cermin membuat (hukum) sebagai penyelamat kita, pelindung kita, kekuatan untuk mengidentifikasi (diri dengan hukum) dengan tidak takut”)

Lalu, jika hukum sebagai cermin masyarakat, bagaimana hubungan hukum dan masyarakat diandaikan ? Tamanaha memetakan hubungan hukum dengan masyarakat dalam hubungan tripartit, yakni (a) adat/kesepakatan (*custom/consent*); (b) moral dan akal budi (*morality/reason*); dan (c) hukum positif (*positive law*), sebagaimana skema di bawah ini:<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Edgar Bodenheimer, *Law as Order and Justice*,” *Journal of Public Law* 6, 1957:194, dikutip Tamanaha, *Op.Cit.* 2006, hal. 3.

<sup>28</sup> Tamanaha, *Op.Cit.* hal.3

<sup>29</sup> *Ibid.* hal. 4.



Tamanaha menggambarkan hukum positif sebagai berbagai peraturan yang diartikulasikan dan ditegakkan oleh lembaga yang berwenang. Hukum positif, oleh aliran Positivisme Hukum, dikarakteristikan sebagai teori ‘imperatif’ atau ‘kehendak’ dengan penekanan pada otoritas norma dan menggunakan mekanisme paksaan yang mewajibkan orang-orang untuk menyesuaikan.<sup>30</sup> Ia berhubungan dengan aktivitas para pejabat dan lembaga hukum. Sifat hukum positif yang tidak dimiliki oleh kebiasaan dan moral adalah kekuasaan dan otoritas (formal).

Sementara ‘*custom/consent*’ dilihat Tamanaha mempunyai hubungan dekat dengan hukum positif. Argumentasi yang menguatkan hubungan *custom/consent* dengan hukum positif adalah: (1) secara historis, hukum positif berkembang dari tatanan sosial dan sebagian besar dikontrol oleh *customs* (adat) dan *habits* (kebiasaan); (2) isi dari norma-norma hukum positif adalah produk yang diturunkan dari adat dan praktik sehari-hari; (3) hukum positif yang tidak sesuai dengan *customs*, *usages*, atau *habits* tidak akan efektif atau tidak mendapat legitimasi; (4) secara ekstrem, *customs*, *usages*, dan *habits* adalah hukum.

*Customs* (adat) juga diasosiasikan dengan *consent* (kesepakatan). Pandangan ini, menurut Tamanaha, sudah ada sejak zaman Romawi yang menganggap, “*customs* adalah kesepakatan masyarakat secara diam-diam (*the tacit consent of the people*) yang berakar dalam masyarakat melalui kebiasaan.

Sedangkan ‘*morality/reason*’ mempunyai hubungan erat dengan hukum positif. Alasannya antara lain: (1) sebelum negara modern hukum tak terpisahkan dan bercampur dengan *custom* dan moral; (2) perkembangan hukum positif adalah sebagai tanda perkembangan peradaban, berdasarkan akal dan moral yang mengatur

<sup>30</sup> Tamanaha terlalu menyederhanakan aliran Positivisme Hukum dengan mengkarakteristikan hukum dengan teori ‘imperatif’ atau ‘kehendak’. Aliran Positivisme Hukum yang mengkarakteristikan hukum sebagai ‘kehendak’ dapat ditemukan dalam pemikiran Jeremy Bentham dan John Austin. Tetapi, pemikir Positivisme Hukum lainnya, misalnya Hans Kelsen, tidak sepakat dengan pemikiran Austin yang mendefinisikan hukum sebagai kehendak dan perintah (*command*). Karena, jika hukum sebagai satu perintah atau kehendak, menurut Kelsen, maka sama saja dengan menyelundupkan unsur psikologis dalam teori hukum, anasir non hukum yang harus dihindari. (tentang Positivisme Hukum akan dijelaskan lebih terperinci pada Bab II).

masyarakat; (3) moral dan akal adalah sumber dari norma hukum positif; (4) tindakan yang sesuai dengan hukum positif adalah tindakan yang benar-benar mempertimbangkan moral yang baik; (5) hukum positif yang inkonsisten dengan moral dan akal adalah tidak mempunyai legitimasi, tidak sah, dan menurut Hukum Kodrat, tidak lagi sebagai hukum; (6) moral adalah aspek yang tak terpisahkan dari hukum positif; bahkan secara ekstrem dapat dikatakan; (7) prinsip-prinsip moral adalah hukum.<sup>31</sup>

Dalam perkembangannya terjadi pergeseran fundamental dalam hubungan hukum dan masyarakat. Tamanaha memperlihatkan pergeseran itu dapat dilihat dalam skema ini:



Ada beberapa faktor yang menyebabkan pergeseran dalam hubungan hukum dan masyarakat. Tamanaha mencatat, diantaranya; munculnya *enlightenment* dan revolusi ilmu pengetahuan menyebabkan moral tidak lagi menduduki tempat sepenting dulu (abad pertengahan) dan digantikan rasio, mengakibatkan pergeseran dari substansi moral menuju prosedur yang rasional (*away from substantive morality towards procedural rationality*);<sup>32</sup> sedangkan customs sebagai sumber hukum positif direduksi dan bergeser pada *procedural consent (reduction in custom as source of positive law, and shift to procedural consent)*, misalnya dalam mekanisme demokrasi.<sup>33</sup>

Anggapan bahwa hukum sebagai cermin dari masyarakat diragukan dengan adanya transplantasi hukum. Hukum Indonesia, misalnya, paska-kolonial masih mewarisi dan melanjutkan hukum kolonial (contoh, KUHP dan KUHPerdara).<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Ibid. hal. 5-6

<sup>32</sup> Ibid. hal. 78-79, 96-97.

<sup>33</sup> Ibid. hal. 89-96.

<sup>34</sup> Ibid. hal. 115

Artinya apa ? Apa yang disebut hukum positif belum tentu dibuat dari dan berdasarkan cermin masyarakatnya. Demikian pula kenyataan kontemporer, globalisasi membuat warga negara Indonesia tidak hanya tunduk pada hukum nasional. Tetapi juga pada berbagai aturan yang harus diratifikasi oleh pemerintah misalnya peraturan-peraturan yang disepakati dalam World Trade Organization (WTO). Memang secara formal yang membuat undang-undang DPR bersama pemerintah, tetapi sesungguhnya banyak peraturan yang lahir karena tekanan lembaga-lembaga keuangan internasional yang tidak dipilih rakyat.

Atas beberapa alasan ini, Teori Cermin akan menjadi salah apabila dimutlakan atau diabsolutkan. Teori *socio-legal positivism* mengoreksi asumsi “*law is always mirror of society*”, menjadi “*law is (not) always mirror of society*”.

#### **b. Kritik terhadap Konvensionalisme, Esensialisme, dan Fungsionalisme**

*Socio-legal positivism* mengkritik cara berpikir konvensionalisme. Positivisme Hukum disebut konvensionalisme karena *pertama*, menggunakan cara konvensional (*ordinary usage*) dalam mengidentifikasi dan memastikan sebuah norma sebagai hukum, yaitu mengidentifikasi apakah norma itu mempunyai kualitas mewajibkan dan melarang bagi setiap orang. *Kedua*, ia menekankan pejabat resmi yang mempunyai otoritas dalam mengidentifikasi dan menetapkan hukum. Itulah sebabnya mengapa Positivisme Hukum memberi perhatian berlebihan kepada hukum negara dan mengabaikan hukum adat, kebiasaan, dan hukum-hukum lain yang hidup di masyarakat.<sup>35</sup>

*Socio-legal positivism* mengkritik “esensialisme” dari teori Positivisme Hukum (termasuk *soft positivism*-nya Hart).<sup>36</sup> Untuk mengidentifikasi apakah sebuah norma itu hukum atau bukan, Positivisme Hukum berusaha memastikan “esensi” atau hakikat hukum. John Austin menetapkan esensi hukum, misalnya, dengan mendefinisikan hukum sebagai hukum positif jika di dalamnya mengandung perintah, kewajiban, sanksi dan berdaulat.<sup>37</sup> Contoh lain, Hart memastikan esensi hukum

<sup>35</sup> Ibid. hal. 135-136.

<sup>36</sup> Teori *Socio-Legal Positivism* mengkritik pemikiran ‘esensialisme’ H.L.A. Hart yang menurut Tamanaha bertahan selama empat puluh tahun relatif tanpa cidera meski mendapat kritik. Kalangan *socio-legal* biasanya langsung menolak seketika pemikiran Positivisme Hukum, bahkan terhadap Hart yang *soft positivism* sekalipun. Berbeda dengan sikap *Socio-Legal Positivism* yang berusaha mengkritisi dan memodifikasi dibanding menolak seketika.

<sup>37</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, hal. 1-22.

dengan mendefinisikan sistem hukum dengan membagi sistem norma yang terdiri atas kaidah primer (berisi hak dan kewajiban, yakni tentang apa yang dilarang dan boleh dilakukan oleh individu-individu) dan kaidah sekunder (berhubungan dengan pembuatan, penafsiran, penerapan, dan perubahan peraturan-peraturan primer, misalnya aturan yang harus diikuti oleh pembentuk undang-undang, pengadilan dan administrasi pada saat menerapkan aturan primer). Akibatnya, norma-norma moral, adat atau kebiasaan, dianggap bukan esensi hukum, sehingga ia tidak diakui.<sup>38</sup> sebagai norma hukum. Esensialisme dalam filsafat kontemporer (*postmodernism*) dicurigai menyembunyikan tendensi-tendensi kekuasaan totaliter dan penyeragaman, karena pendapat seorang pemikir diterima dan diterapkan begitu saja pada masyarakat yang kompleks. Dengan tidak ada lagi esensialisme, maka hukum hanyalah “discourse” yang tidak luput dari tafsir.

*Socio-legal positivism* mengkritik “fungsionalisme” yang menganggap hukum (selalu) sebagai penjaga ketertiban. Padahal kenyataannya, banyak hukum yang tidak berfungsi sebagai penjaga ketertiban meski telah memenuhi syarat konvensionalisme dan esensialisme. Sebaliknya, banyak norma ‘hukum’ yang berfungsi walau tidak dibuat berdasarkan kategori konvensionalisme dan esensialisme.<sup>39</sup>

### c. Dua Tesis Dasar Teori *Socio-Legal Positivism*

Mengapa menggunakan istilah “Positivism” ? Apakah sama dengan teori Positivisme Hukum yang esoterik seperti John Austin dan Hans Kelsen ? Teori *Socio-Legal Positivism* yang anti-esensialisme tentu berbeda dari Positivisme Hukum. Menggunakan istilah “Positivisme” untuk menunjukkan bahwa Teori *Socio-Legal Positivism* ini dirumuskan berdasarkan dua tesis yang akan berusaha dikoreksi dan dimodifikasi. Kedua tesis itu adalah “tesis pemisahan hukum dari moral” dan “tesis masyarakat sebagai sumber hukum”.

#### 1. Tesis Pemisahan Hukum dengan Moral

Positivisme Hukum menghendaki hukum positif dipisahkan dari moral. Bahkan, varian Positivisme Hukum yang ekstrem (*Legisme*) mengindentikan hukum

---

<sup>38</sup> Tamanaha, *General Jurisprudence*, 2006, Loc.cit.

<sup>39</sup> *Ibid.*, hal. 137-138.

hanya dengan peraturan perundang-undangan (hukum formal). Akibatnya, hukum adat dan kebiasaan tidak dianggap hukum, kecuali ia ditetapkan sebagai hukum formal berdasarkan undang-undang. (dibahas lebih detail dalam bab II). Karena itu, sejak awal Tamanaha melihat Positivisme Hukum sebagai bibit subversi atas Teori Cermin (mirror thesis).

*“...as strict legal positivism holds, then it is evident that state law need not have any particular relationship with the society to which it is attached. Positive law need not necessarily mirror the society’s customs or moral values; it need not even be derived from that society .... Legal positivism contains **the seeds of subversion of the mirror thesis** within it precisely because it holds that, at root, positive law is indeed a system of power.”<sup>40</sup>*

(terjemahan bebasnya: “...sebagaimana yang dianut positivisme hukum yang ketat, maka jelas bahwa hukum negara tidak perlu memiliki hubungan khusus dengan masyarakat yang terkait pada hukum tersebut. Hukum positif tidak perlu dengan sendirinya menjadi cermin dari kebiasaan masyarakat atau nilai-nilai moral; ia bahkan tidak perlu berasal dari masyarakat tersebut... Positivisme Hukum berisi benih subversi dari tesis cermin di dalamnya justru karena menyatakan bahwa, pada dasarnya, hukum positif merupakan suatu sistem kekuasaan.”).

Tesis pemisahan hukum dari moral adalah penolakan terhadap teori Hukum Kodrat (dibahas lebih rinci dalam Bab. III).<sup>41</sup> Jika Positivisme Hukum klasik secara absolut (mengharuskan) memisahkan hukum negara (hukum formal) dari moral, maka teori *Socio-Legal Positivism* tidak mengabsolutkan, melainkan “*there is no necessary connection between law of whatever manifestation or kind, and morality or functionality.*” Jelaslah, teori *Socio-Legal Positivism* tidak anti moral. “Tak perlu” (*not necessary*) disini dibaca sebagai relativitas, bukan absolut. “Tak perlu” (*not*

<sup>40</sup> Ibid. hal. 71.

<sup>41</sup> Ada sejumlah keberatan besar Positivisme Hukum terhadap Mazhab Hukum Kodrat, yakni; *Pertama*, Semua standar dan kriteria kebenaran dalam Hukum Kodrat abstrak, tak akan pernah dapat dibuktikan betul-tidaknya secara empirik, maka teori Hukum Kodrat selalu mencari sumber pembedarannya pada intuisi, gagasan, atau cita-cita yang dianut oleh seorang filosof tertentu. Kalau hakim, jaksa, dan advokat berselisih pendapat tentang prinsip-prinsip moral bagaimana pemecahannya? Siapa yang mempunyai otoritas untuk memutus pendapat mana yang benar atau sesuai dengan prinsip-prinsip moral? Sementara prinsip-prinsip moral tidak dapat dipastikan secara objektif dan setiap orang bahkan filosof mempunyai pandangan sendiri tentang apa yang menjadi prinsip-prinsip moralitas. *Kedua*, Hukum Kodrat yang bersumber pada norma agama (*lex divina*) pada umumnya disertai dengan sanksi. Norma agama diimani berasal dari kekuasaan yang Maha Kuasa (*superhuman authority*). Norma yang bersifat transendental itu lebih dipatuhi dan efektif dibandingkan hukum buatan manusia khusus bagi mereka yang percaya, tetapi akan muncul persoalan ketika diberlakukan bagi orang yang tidak memercayainya.

*necessary*) mengaitkan hukum dan moral karena ia menganggap diri tidak memiliki metode yang bisa mengidentifikasi asas-asas moral (*how to identify natural principles ... we will not know for sure*). Karena itu, ia hanya beranggapan “tak perlu” (*not necessary*) semua hal selalu dikaitkan dengan moral.

Perbedaan lainnya, jika Positivisme Hukum klasik secara absolut memisahkan hukum negara (hukum formal) dari moral, maka teori *Socio-Legal Positivism* memperluas tesis pemisahan; tidak hanya menelaah dan mempertimbangkan hukum negara, melainkan berbagai norma yang potensial dikategorikan hukum.

*“Socio-legal positivism endorses the separation thesis, but further extends it in two important respects. The first respect is that separation thesis now also applies to functionality as well as morality: there is no necessary connection between law and morality, or functionality. Many forms of law and legal systems may in fact have functional effects, but there is no necessity that these effects entail guiding behavior or maintaining social order. Furthermore, the social-legal positivist separation thesis insists that we remain open to the possibility that there are kinds of law and legal systems that are dysfunctional or non-functional, that lead to the disruption of social order....The second extension of separation thesis relates to its scope of application. Legal positivists traditionally have applied the separation thesis only to state law, which they took to be the epitome of law. Socio-legal positivism applies the separation thesis to any and all possible manifestations and kinds of law. The reformulated separation thesis reads as follows: there is no necessary connection between law whatever manifestation or kind, and morality or functionality.”*

(terjemahan bebasnya: " Socio-legal positivism mendukung tesis pemisahan, tetapi lebih meluas dalam dua hal penting. Pertama adalah bahwa tesis pemisahan sekarang juga berlaku untuk fungsi serta moralitas: tidak ada hubungan yang diperlukan antara hukum dan moralitas, atau fungsi. Berbagai macam bentuk hukum dan sistem hukum mungkin sebenarnya memiliki efek fungsional, tetapi tidak ada kebutuhan yang memerlukan efek ini membimbing perilaku atau menjaga ketertiban sosial. Selain itu mengenai tesis pemisahan, kaum socio-legal positivism menegaskan bahwa kita tetap terbuka terhadap kemungkinan bahwa ada jenis hukum dan sistem hukum yang tidak berfungsi atau non-fungsional, yang mengarah pada gangguan ketertiban sosial .... Perluasan kedua tesis pemisahan berkaitan dengan ruang lingkup aplikasi. Penganut Positivisme Hukum secara tradisional telah menerapkan pemisahan tesis hanya untuk hukum negara, yang mereka ambil untuk menjadi lambang atau ikon hukum. (sedangkan) Socio-legal positivism menerapkan tesis pemisahan untuk setiap dan mungkin semua manifestasi dan jenis hukum. Penyusunan ulang (reformulasi) tesis pemisahan berbunyi sebagai berikut: tidak ada hubungan hukum apa pun yang diperlukan antara manifestasi atau jenis, dan moralitas atau fungsi)

Dalam memodifikasi tesis pemisahan (*the separation thesis*), teori *Socio-Legal Positivism* terlalu memberi penekanan Empirisisme dan kurang memberi alasan ‘kritis’ mengapa ‘tidak perlu’ semuanya selalu dikaitkan dengan moral. Tesis pemisahan ini akan lebih ‘kritis’ jika didialogkan dengan pemikiran Jurgen Habermas. Menurut Jurgen Habermas bahwa kita tidak boleh menempatkan moral secara hirarkis di atas hukum, seolah-olah hukum diasalkan dari moral. Dalam ajaran klasik dari teori Hukum Kodrat, validitas hukum positif diuji apakah ia sesuai dengan prinsip-prinsip moral, dan jika berseberangan dengan moral maka dianggap bukan lagi hukum karena telah mengalami pembusukan hukum. Habermas tidak menerima hirarki yang menempatkan moral lebih tinggi di atas hukum positif. Habermas memberikan alasan-alasan yang berbeda. Alasan yang lebih berlatar belakang filosofis adalah bahwa gambaran hirarkis tersebut bertolak dari pandangan platonis tentang hirarkis hukum yang sulit dicocokkan dengan kemajemukan dan kompleksitas masyarakat modern. Kalaupun ‘perlu’ mengkaitkan hukum dengan moral, dalam masyarakat modern yang sangat mejemuk, hanya mungkin dengan komunikasi.<sup>42</sup>

## 2. Tesis Masyarakat sebagai Sumber Hukum

Tesis “masyarakat sebagai sumber hukum” berpegangan bahwa hukum adalah produk masyarakat yang kompleks. Teori *Socio-Legal Positivism* menerima tesis “masyarakat sebagai sumber hukum” bahwa berbagai bentuk *customs* (adat) dan *habits* (kebiasaan) yang hidup di masyarakat dipandang sebagai hukum. Ia menerima tesis “masyarakat sebagai sumber hukum” karena sesuai dengan orientasi sosiologis dan studi hukum empiris. Di sinilah letak perbedaan mendasar antara *Socio-Legal Positivism* dari Positivisme Hukum klasik (terutama varian garis formalistik/legisme) yang mengindentikan hukum hanya sebagai hukum formal belaka sehingga mengabaikan sekaligus mengeksklusi hukum-hukum yang hidup di masyarakat.

Teori *Socio-Legal Positivism* memodifikasi tesis “masyarakat sebagai sumber hukum” dengan memperluas tidak hanya pada hukum negara (*state law*) tetapi juga diterapkan pada berbagai hukum termasuk hukum adat, hukum internasional, hukum

---

<sup>42</sup> Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press, 1996, hal. 106-109. F. Budi Hardiman, *Demokrasi Deliberatif Menimbang Negara Hukum dan Ruang Publik Dalam Teori Diskursus Jurgen Habermas*, Penerbit Kanisius, 2009, hal. 68-73. Lihat juga, Donny Danardono, *Mempertimbangkan Brian Z. Tamanaha: Sosio-Legal Positivis, Anti Esensialisme, dan Pragmatisme*, dalam *Sosiologi Hukum Dalam Perubahan*, Obor, 2009, hal. 318.

transnasional, hukum agama, dan hukum kodrat. Bagaimanapun, *Socio-Legal Positivism*, mereka adalah norma-norma hukum produk sosial.

*“Socio-legal positivism modifies the social source thesis in a manner similar to its modification of the separation thesis. Instead of applying this thesis only state law, it will be applied to all manifestation and kinds of law including customary law, international law, transnational law, religious law, and natural law. Their specific shapes and features will not be the same as those discerned by Hart for state law, but whatever distinctive features they do have will be amenable to observation through careful attention to the social practices which constitute them. All of these manifestations and kinds of law are social products. The existence of each is a matter of social fact.”*<sup>43</sup>

(terjemahan bebasnya; *Socio-legal positivism* memodifikasi tesis sumber sosial dengan cara yang mirip dengan modifikasi terhadap tesis pemisahan. Alih-alih menerapkan tesis ini hanya hukum negara, maka akan diterapkan ke semua manifestasi dan jenis hukum termasuk hukum adat, hukum internasional, hukum transnasional, hukum agama, dan hukum alam. Bentuk khusus mereka dan ciri-ciri tersebut tidak akan sama dengan yang dibedakan oleh Hart untuk hukum negara, tetapi apa pun ciri-ciri khas mereka akan setuju dengan pengamatan melalui perhatian pada praktik sosial yang membentuk mereka. Semua manifestasi dan jenis hukum ini merupakan produk sosial. Keberadaan masing-masing adalah masalah fakta sosial).

## 1.2. Filsafat Hermeneutika

Kerangka teori berikutnya adalah Filsafat Hermeneutika. Peneliti menempatkan Filsafat Hermeneutika sebagai pendekatan kritis dan ikhtiar melampaui klaim “obyektivisme” Positivistik. Prinsip-prinsip kebenaran objektivistik (mungkin) bisa diberlakukan dalam Ilmu-ilmu Alam, karena basis Ilmu Alam adalah ilmu-ilmu yang berupaya menemukan hubungan-hubungan yang ajeg yang harus dibuktikan secara empiris. Namun permasalahannya, kebenaran dalam Ilmu-ilmu tentang Manusia termasuk Ilmu Hukum tidak bisa “dipastikan” seperti dalam Ilmu-ilmu Alam.

Karena Positivisme mempertahankan keyakinan obyektivitas, maka nalar Positivisme yang mengklaim dirinya berangkat dari tabula rasa (bebas nilai, netral, dan obyektif) cenderung memahami dan memperlakukan manusia sebagai obyek mati. Kebenaran obyektif yang diklaim telah ditemukan oleh Positivisme ternyata tampil dengan sosok berbeda ketika dipahami melalui hermeneutika. Keutamaan Filsafat Hermeneutika adalah memperlihatkan pemahaman intersubjektif. Gadamer menunjukkan bahwa tugas hermeneutika adalah menjelaskan makna dan

<sup>43</sup> Tamanaha. Ibid. hal. 159.

memudahkan pemahaman, penafsiran dan komunikasi yang tidak digantikan secara keseluruhan (*in toto*) oleh penjelasan kausal (sebab-akibat) terhadap ‘perilaku verbal’, karena norma penjelasan kausal semacam ini sendiri terbentuk di dalam ranah pemahaman intersubyektif.

Filsafat hermeneutik berbeda dengan ‘keyakinan’ Ilmu-ilmu Alam yang mengutamakan obyektivisme. Dalam filsafat hermeneutik, pada peristiwa memahami atau menafsirkan sesuatu, subyek (interpretator) tidak dapat memulai upayanya dengan mendekati obyek pemahamannya sebagai *tabula rasa*. Dalam hermeneutika, proses memahami itu tidak bertolak dari titik nol. Sebab tiap orang, “terlempar” ke dalam suatu dunia yang sudah ada dengan segala isinya, termasuk kulturnya (dia tidak ikut membentuk kultur, kultur itu meresap dalam pikirannya). Sebagaimana yang direnungkan Heidegger, “*Geworfen der “Welt” überlassen, verfällt es besorgend an sie*” (*It has been thrownly abandoned to the ‘world’, and falls into it concernfully*).<sup>44</sup>

Melalui gagasan “keterlemparan/terlempar” (*geworfen*), Heidegger menunjukkan bahwa manusia (*Dasein*) sejak awal sudah tidak bisa lain kecuali menyerahkan diri ke dalam hidupnya. Istilah “keterlemparan”, mengacu pada faktisitas penyerahan diri. Gagasan “keterlemparan” ini merupakan kritik terhadap proyek modernisme yang ingin mengkalkulasi segala hal secara rasional sehingga dapat diprediksi dan diantisipasi secara persis.<sup>45</sup>

Dalam “keterlemparan”, manusia harus hidup, meski hidupnya tidak dapat dikalkulasi sebelumnya. Manusia yang terlempar, yang tak tahu dari mana dan kemana, membuka diri terhadap dunianya lewat memahami (*Verstehen*), menafsirkan (*Auslegung*), dan percakapan (*Rede*).<sup>46</sup> Memahami keterlemparan berarti menyadari diri sebagai kemungkinan, dalam arti memahami selalu mengandung rancangan (*Entwurf*), yakni proyek hidup yang berorientasi masa depan.<sup>47</sup>

Menurut Arief Sidharta, tiap orang (subyek atau interpretator), “terlempar” ke dalam suatu dunia produk sejarah yang selalu menjalani proses menyejarah terus-

---

<sup>44</sup> Martin Heidegger, *Being and Time* (*Sein und Zeit*), diterjemahkan dan diterbitkan oleh Blackwell Publishing, 1962, hal. 458.

<sup>45</sup> F. Budi Hardiman, Heidegger dan Mistik Keseharian: Suatu Pengantar Menuju *Sein und Zeit*, hal. 72.

<sup>46</sup> Percakapan yang dimaksud Heidegger bukan komunikasi verbal, melainkan suatu penyampaian makna yang mendahului artikulasinya dalam bahasa. Karena itu, dalam kebungkaman, manusia juga bisa bertutur. F. Budi Hardiman, hal. 76.

<sup>47</sup> Martin Heidegger, *Ibid.*, hal. 70-75

menerus yakni tradisi yang bermuatan nilai-nilai, wawasan-wawasan, pengertian-pengertian, asas-asas, arti-arti, kaidah-kaidah, pola-pola perilaku dan sebagainya. tiap subyek, terlepas dan tidak tergantung dari kehendaknya sendiri, selalu menemukan dirinya sudah berada dalam suatu tradisi yang ada sebelum ia dilahirkan.<sup>48</sup>

Contas Douzinas mengartikan hermeneutika sebagai berikut,

*“Hermeneuein, a Greek word, means to interpret, to understand the meaning of texts. The term derives from Hermes, the messenger of the gods, the mediator between the divine and the secular, his task, in part, was to interpret the wishes of the one to the other. Hermeneutics, in a general sense, is the theory and practice of explication and interpretation. It is hardly surprising that the latest hermeneutical bonanza has got into legal thinking, to an extent revitalizing it, for hermeneutics seems to be at the heart of legal work, academic and practical.”*<sup>49</sup>

(Terjemahan bebasnya: Hermeneuein, kata Yunani, berarti menafsirkan, memahami makna teks. Istilah ini berasal dari Hermes, utusan para dewa, mediator antara ilahi dan urusan dunia, tugasnya, adalah menafsirkan keinginan satu ke yang lainnya. Hermeneutika, dalam pengertian umum, adalah teori dan praktek penjelasan dan interpretasi. Hal ini tidak mengherankan bahwa hermeneutis belakangan ini telah masuk ke dalam pemikiran hukum, merevitalisasi hukum, hermeneutika merupakan jantung dari pekerjaan hukum, akademis dan praktis).

Filsafat hermeneutika adalah filsafat tentang mengerti atau memahami sesuatu, yakni refleksi kefilosofatan syarat-syarat kemungkinan bagi semua pengalaman dan pergaulan manusiawi dengan kenyataan, termasuk peristiwa mengerti dan/atau interpretasi.<sup>50</sup>

Filsafat adalah sebuah hermeneutik yang berusaha memahami makna yang tersembunyi di dalam sebuah teks yang mengandung arti yang kelihatannya sudah jelas. Karena itu Paul Ricoeur mengatakan *“This is why philosophy remains a hermeneutics, that is, a reading of the hidden meaning inside the text of the apparent meaning.”* (Inilah sebabnya mengapa filsafat tetap menjadi hermeneutika, yaitu pembacaan makna tersembunyi di dalam teks makna yang (sudah) jelas).<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Lihat juga, B. Arief Sidharta, Ilmu Hukum Indonesia, Bandung:Fakultas Hukum Universitas Parahyangan, 2010, hal. 30.

<sup>49</sup> Costas Douzinas, at. all, Postmodern Jurisprudence, Routledge, 1991., hal. 30.

<sup>50</sup> B. Arief Sidharta, Ilmu Hukum Indonesia, Loc.Cit, hal.31.

<sup>51</sup> Paul Ricoeur, *The Conflict of Interpretations*, Nortwestern University Press, 1974, hal. 22

Memahami berarti menginterpretasi. Menginterpretasi sesuatu berarti berupaya mencapai pemahaman atas sesuatu, sebagaimana dikatakan Paul Ricoeur, "*Interpretation is the work of thought which consists in deciphering the hidden meaning, in unfolding the levels of meaning implied the literal meaning.*" (interpretasi adalah kerja pemikiran yang mengartikan makna tersembunyi, menyingkap level makna yang tersirat dari arti harfiah).<sup>52</sup>

Pemahaman sesungguhnya adalah upaya mencapai kesepahaman, yakni memadukan dua pihak dalam kesepakatan dan kesepahaman. Secara tradisional, hermeneutika dibagi menjadi dua, yakni subtilitas intelligendi (pemahaman) dan subtilitas explicandi (interpretasi). Kalangan Pietisme, misalnya J.J. Rambach, menambahkan pembagian ketiga, yaitu subtilitas applicandi (aplikasi).<sup>53</sup> Pemahaman selalu melibatkan aplikasi (penerapan) sebuah teks ke dalam situasi penafsir, oleh karenanya, pemahaman selalu mempunyai posisi, yakni posisi penafsir. Gadamer mengatakan, "*In the course of our reflections we have come to see that understanding always involves something like applying the text to be understood to the interpreter's present situation.*" ("Dalam rangka refleksi, kita telah melihat bahwa pemahaman selalu melibatkan sesuatu seperti menerapkan teks harus dipahami dengan situasi penafsir saat ini.").<sup>54</sup>

Apa yang penting dari konsep "situasi" adalah bahwa sang penafsir tidak bisa berada di luar ruang dan waktu, dan karenanya, pemahaman tidak pernah bersifat obyektif. Manusia berada dalam masa kini, mempunyai masa lampau dan masa depan. Setiap "situasi" memiliki cara pandang yang terbatas. Batas inilah yang disebut "cakrawala" sebagaimana dijelaskan Gadamer,

*"We define the concept of "situation" by saying that it represents a standpoint that limits the possibility of vision. Hence essential to the concept of situation is the concept of "horizon." The horizon is the range of vision that includes everything that can be seen from a particular vantage point. Applying this to the thinking mind, we speak of narrowness of horizon, of the possible expansion of horizon, of the opening up of new horizons, and so forth."*

(terjemahan bebasnya: Kami mendefinisikan konsep "situasi" dengan mengatakan bahwa itu merupakan sudut pandang yang membatasi kemungkinan visi. Oleh karena itu penting bagi konsep situasi adalah konsep

<sup>52</sup> Paul Ricoeur, *The Conflict of Interpretations*, Northwestern University Press, 1974, hal. 13

<sup>53</sup> Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, Second, Revised Edition diterjemahkan Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall, London-New York: Sheed & Ward Ltd and the Continuum Publishing Group, Reprinted 2006, hal. 306.

<sup>54</sup> Ibid.

"cakrawala." Cakrawala adalah jarak visi yang mencakup segala sesuatu yang bisa dilihat dari sudut pandang tertentu. )

Konsep cakrawala menjadi penting dalam pemahaman historis, karena masa lalu yang akan dipahami dari sudut pandang tertentu di masa kini. Pemahaman historis sesungguhnya adalah upaya pencapaian kesepahaman antara dua tradisi, yakni tradisi masa lalu dan masa kini, tentang satu pokok persoalan. Karenanya, menurut Gadamer, cakrawala masa kini tidak dapat dibentuk tanpa masa lalu (*Hence the horizon of the present cannot be formed without the past*). Namun demikian, masa lalu tidak diperlakukan sebagai objek dalam dirinya-sendiri, akan tetapi dipahami dalam hubungannya dengan masa sekarang. Karena tugas hermeneutika menghubungkan masa sekarang dengan masa lalu, antara apa yang dikatakan teks dengan apa yang terjadi sekarang, maka pemahaman sesungguhnya adalah peleburan cakrawala (*the fusion of horizons*). Ketika peleburan cakrawala terus-menerus diproyeksikan, itu berarti, cakrawala juga selalu bergerak, berubah, dan mengembang.<sup>55</sup>

Dalam ranah hukum, ketika seorang hakim menginterpretasi teks yuridik untuk mendistilasi kaidah hukum yang terkandung dalam teks yuridik dan dengan itu menetapkan makna, dia menyadari bahwa antara interpretator dan teks yuridis itu terdapat jarak waktu. Teks yuridik adalah produk pembentuk hukum untuk menetapkan perilaku apa yang seyogianya dilakukan atau tidak dilakukan orang yang berada dalam situasi tertentu karena hal itu oleh pembentuk hukum dipandang merupakan tuntutan ketertiban berkeadilan. Jadi, terbentuknya teks yuridik itu berkenaan dengan kenyataan kemasyarakatan yang dipandang memerlukan pengaturan hukum dengan mengacu cita-hukum yang di anut atau hidup dalam masyarakat. Dalam upaya mendistilasi kaidah hukum dari dalam teks yuridik dengan menginterpretasi teks tersebut, interpretator ( ilmuwan dan praktisi hukum ) tidak dapat lagi kecuali dalam kerangka pra-pemahaman dan cakrawala pandangnya dengan bertolak dari titik berdirinya sendiri, Jadi, terikat pada waktu yang di dalamnya interpretasi itu dilakukan. Dengan demikian, pada tiap peristiwa interpretasi teks yuridik terjadi proses lingkaran hermeneutik yang di dalam nya berlangsung pertemuan antara 2 (dua) cakrawala pandang , yakni cakrawala dari interpretandum ( teks yuridik ) dan cakrawala dari interpretator. Perpaduan cakrawala tersebut dapat

---

<sup>55</sup> Ibid. hal. 305

menghasilkan pemahaman baru pada interpretator tentang kaidah hukum yang terkandung dalam teks yuridik itu, sebagai contoh perkembangan interpretasi pasal 1365 KUHPperdata.<sup>56</sup>

Sejak hukum membuat tradisi untuk dituliskan (written law) maka penafsiran terhadap teks hukum tak dapat dihindarkan. Hampir tidak mungkin hukum bisa dijalankan tanpa membuka pintu bagi penafsiran. Hukum dan hermeneutika, menurut Gadamer, adalah contoh yang terang mengenai hubungan antara teks dan interpretasi. Tentang hermeneutika hukum, Gadamer mengatakan,

*“It is true that the jurist is always concerned with the law itself, but he determines its normative content in regard to the given case to which it is to be applied. In order to determine this content exactly, it is necessary to have historical knowledge of the original meaning, and only for this reason does the judge concern himself with the historical value that the law has through the act of legislation. But he cannot let himself be bound by what, say, an account of the parliamentary proceedings tells him about the intentions of those who first passed the law. Rather, he has to take account of the change in circumstances and hence define afresh the normative function of the law.”*

(Terjemahan bebasnya: Memang benar bahwa para ahli hukum selalu berkaitan dengan hukum itu sendiri, tetapi dia menentukan isi normatif terhadap kasus yang dihadapi di mana hukum diterapkan. Dalam rangka untuk menentukan konten ini secara tepat, maka perlu memiliki pengetahuan sejarah atas makna asal-usulnya dan hanya untuk alasan ini hakim memperhatikan nilai sejarah bahwa hukum telah melalui tindakan legislasi. Tetapi dia tidak bisa membiarkan dirinya terikat oleh apa, katakanlah, catatan dari proses parlemen mengatakan kepadanya tentang maksud pertama kali hukum dikeluarkan. Sebaliknya, ia harus mempertimbangkan perubahan keadaan dan karenanya memaknai fungsi normatif hukum sekali lagi.<sup>57</sup>)

Mungkin timbul persoalan, apakah hermeneutika cenderung membuka peluang penafsir menginterpretasikan teks hukum secara sewenang-wenang?

Gadamer mengatakan,

*“The judge who adapts the transmitted law to the needs of the present is undoubtedly seeking to perform a practical task, but his interpretation of the law is by no means merely for that reason an arbitrary revision. Here again, to understand and to interpret means to discover and recognize a valid meaning. The judge seeks to be in accord with the "legal idea" in mediating it with the present.”*

(terjemahan bebasnya: Hakim yang menyesuaikan transmisi hukum dengan kebutuhan masa kini tidak diragukan lagi berusaha untuk melakukan suatu tugas praktis, tetapi interpretasi tentang hukum adalah tidak berarti hanya

<sup>56</sup> B. Arief Sidharta, Ilmu Hukum Indonesia, Op.Cit, hal. 37

<sup>57</sup> Hans-Geor Gadamer, Op.Cit., hal. 323.

untuk alasan revisi yang sewenang-wenang. Di sini sekali lagi, untuk memahami dan menginterpretasikan sarana untuk menemukan dan mengenali makna yang valid. Hakim berusaha untuk sesuai dengan "ide hukum" dalam mediasi dengan sekarang."

Menurut Arief Sidharta, subyektivitas dari hasil interpretasi itu akan dapat dikurangi hingga ke tingkat paling minimal, karena pertama-tama kegiatan interpretasi itu harus selalu mengacu cita-hukum ( keadilan, kepastian hukum, prediktabilitas, kehasilgunaan ), nilai-nilai kemanusiaan yang fundamental dan sistem hukum yang berlaku.<sup>58</sup>

Permasalahannya, cita-hukum itu seringkali terjadi ketegangan antara kepastian dan keadilan. Dilema antara kepastian dan keadilan juga melatar-belakangi wacana penafsiran. Kendati menerima penafsiran, aliran yang mengunggulkan kepastian menghendaki penafsiran tidak keluar dari lingkaran teks hukum. Metode-metode penafsiran yang kemudian diciptakan seperti penafsiran gramatikal, otentik, dan sistematis. Aliran yang mengunggulkan kepastian menerima ketidakadilan manakala teks hukum dinilai tidak adil demi kepastian hukum. Sedangkan, yang mengutamakan keadilan, apabila dihadapkan dengan teks hukum yang tidak adil, ia akan berusaha menafsirkan hukum untuk memberikan keadilan. Berhenti pada pembacaan undang-undang sebagai peraturan bisa menimbulkan kekeliruan besar karena kaidah yang mendasari peraturan itu menjadi terlupakan. Kaidah itu sarat dengan makna dan nilai, sedangkan peraturan adalah penerjemahannya ke dalam kata-kata dan kalimat. Membaca kaidah adalah menyelam ke dalam spirit, asas, dan tujuan hukum. Dalam hermeneutika, sang penafsir tidak hanya berdialog dengan teks, tetapi juga dengan konteks dan upaya kontekstualisasi mengisyaratkan agar orang peka dalam menafsirkan hukum; bagaimana mendekatkan hukum kepada keadilan.

## **E. Kerangka Konsep Positivisme Hukum**

Positivisme Hukum dalam rujukan etimologisnya berasal dari bahasa Latin "Ponere-Posui-Positus" yang berarti 'meletakkan', memaksudkan bahwa tindakan manusia itu disebut baik atau buruk, benar atau salah, sepenuhnya bergantung kepada

---

<sup>58</sup> B. Arief Sidharta, Ilmu Hukum Indonesia, Op.Cit.,

peraturan atau hukum yang diletakkan, diberlakukan.<sup>59</sup> Positivisme Hukum, dalam definisinya yang paling tradisional tentang hakikat hukum, memaknainya sebagai norma-norma positif dalam sistem perundang-undangan.<sup>60</sup>

Secara harafiah, istilah Positivisme Hukum mempunyai padanan dari istilah “*Rechtspositivismus*” dalam bahasa Jerman, yang oleh Aulis Aarnio (pakar hukum dari Finlandia) diterjemahkan dalam bahasa Inggris dengan istilah “*Juridical Positivism*” yang tidak univokal. Istilah tersebut dapat menunjuk pada teori tentang asal usul hukum (*theory of the origin of law*) yang disebut *Legal Positivism* jika beranggapan bahwa tata hukum itu adalah keseluruhan kaidah hukum positif yang ditetapkan oleh negara, teori tentang penelitian/studi hukum (*theory of legal research*) yang disebut *Rule Positivism* jika beranggapan bahwa obyek studi hukum adalah hanya aturan hukum positif, dan disebut *Legal Empiricism* jika beranggapan bahwa obyek studi hukum adalah perilaku (otoritas dalam masyarakat) yang dapat diobservasi secara empiris, atau tentang penerapan hukum (*theory of the application of law*), atau mencakup ketiga-tiganya. Secara umum dapat dikatakan bahwa Positivisme Hukum adalah mazhab, aliran atau pandangan tentang hukum yang berintikan anggapan bahwa hukum itu adalah perintah (jadi, pernyataan kehendak) dari orang dan (berbeda dari aliran Hukum Kodrat) harus di pisahkan dari moral.<sup>61</sup> Dasar-dasar Positivisme Hukum akan dijelaskan lebih terperinci dalam Bab. II.

## F. Metodologi Penelitian

### 1. Pendekatan

Pendekatan penelitian yang holistik tidak pernah membiarkan dirinya terperangkap pada sekat-sekat metodologis, melainkan interdisipliner. Pendekatan Filsafat Hukum digunakan untuk menggambarkan tempat berpijak ilmu hukum dalam perspektif filsafat, yakni perkembangan ilmu hukum, kelemahan-kelemahan ilmu hukum, kemapanan ilmu hukum, serta munculnya kebutuhan suatu pendekatan baru

<sup>59</sup> Armada Riyanto, *Positivisme Hukum Mahkamah Konstitusi: Kritik atas Pembatalan UU Antiterorisme Bom Bali*, Kompas 30 Juli 2004. Positivisme Hukum dapat dilihat dalam asas legalitas yang berlaku hukum pidana, *nullum delictum nulla poena* (tidak ada delik ketentuannya, tidak ada hukuman). Sebuah kejahatan (meski konkret dan hebat atas kemanusiaan) tidak perlu menuai hukuman setimpal semata karena hukum tidak mengatakan delik ketentuannya.

<sup>60</sup> Shidarta, *Misnomer Dalam Nomenklatur Positivisme Hukum*, [www.dartahukum.com/wp-content/misnomerdalamnomenklatur](http://www.dartahukum.com/wp-content/misnomerdalamnomenklatur), hal. 29.

<sup>61</sup> B. Arief Sidharta, Paradigma Ilmu Hukum Indonesia dalam Perspektif Positivist, Makalah dipresentasikan dalam Simposium Nasional Ilmu Hukum tentang “Paradigma dalam Ilmu Hukum Indonesia”, tanggal 10 Februari 1998 di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang.

yang relevan. Pendekatan ini juga dapat membentangkan perkembangan aliran-aliran hukum, mulai dari yang filosofis hingga pada krisis epistemologis akibat sangkar-besi (dominasi) metode analitis-mekanis, dan upaya untuk keluar dari krisis epistemologi itu. Melalui Filsafat Hukum, kritik hendak ditujukan pada titik terkuat pada sebuah mainstream ilmu hukum.

Barangkali itulah sebabnya sampai Van Apeldoorn pernah menuliskan bahwa *“Waar de rechtswetenschap eindigt, daar begint de rechtsphilosophie; zij houdt zich bezig met vragen, waarop de wetenschap geen antwoordt heeft”* (Di mana ilmu hukum berakhir, disanalah filsafat hukum memulai. Ia mempelajari pertanyaan-pertanyaan yang tidak terjawab oleh ilmu hukum).<sup>62</sup>

Filsafat Hukum lazimnya seperti filsafat, tidak dapat dikualifikasi sebagai “ilmu”, melainkan sebagai sebuah “meta-disiplin” sehingga hasil penalarannya tidak dapat diuji seluruhnya secara empirik dan secara rasional untuk sebagian.<sup>63</sup> Untuk mengurangi ketegangan dialektis antara Filsafat Hukum dan dunia praktik hukum, berdiri Teori Hukum. Tugas Teori Hukum (tambahan dari penulis; Teori Hukum Kritis) memverikasi dan memfalsifikasi ilmu hukum sehingga membebaskan ilmu hukum untuk tidak jatuh dan membeku pada salah satu kutub, baik transendental, normatif, maupun empiris.

Pendekatan Filsafat Hukum dan Teori Hukum agar tidak melayang-melayang dan semakin jauh dari praktik hukum dan hukum positif perlu didialogkan secara ekstrapolatif dengan Dogmatika Hukum, caranya dengan menstudi putusan hakim. Dengan kesadaran bahwa Dogmatika Hukum (meski bersifat teknikal) bukan suatu ilmu netral yang bebas nilai, sehingga perlu kajian kritis tentang internal hukum dan eksternal hukum yang mempengaruhi.

## 2. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan metode<sup>64</sup> penelitian filsafat hukum. Sebagaimana penelitian filsafat hukum, metode ini menggunakan logika deduksi, bersifat

<sup>62</sup> L.J. Van Apeldoorn, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, (terjemahan Oetarid Sadino, Pengantar Ilmu Hukum, dikutip oleh Johnny Ibrahim, *Teori Metode dan Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayu Media, 2005, hal. 183.

<sup>63</sup> Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, op.cit., hal. 57-58

<sup>64</sup> Kata “metode” berasal dari kata Yunani *methodos*, sambungan kata depan meta (menuju, melalui, mengikuti, sesudah) dan kata benda *hodos* (jalan, perjalanan, cara arah). Anton Bakker, *Metode-Metode Filsafat*, Ghalia Indonesia, 1986, hal. 10.

spekulatif dan “self evident”.<sup>65</sup> Metode penelitian ini tidak ingin terjebak pada dikotomi metode empiris dan normatif (yang direduksi menjadi norma positif) yang selama ini menjadi *mainstream*<sup>66</sup> melainkan metode normatif-kritis-evaluatif<sup>67</sup> yang hendak mengkritisi teori dominan dan dogmatika hukum.

## 2.1. Teknik Pengumpulan Data/Bahan Hukum.

### a. Studi Pemikiran atas Pemikiran

Untuk menjawab perumusan masalah pertama dan kedua, peneliti melakukan riset pustaka mengenai Positivisme Hukum. Riset hendak melacak epistemologi yang menjadi fondasi dan tempat Positivisme Hukum mengafirmasi diri. Sebagai antitesis, riset juga hendak meneliti aliran-aliran hukum yang melampaui Positivisme Hukum.

### b. Studi Putusan Hakim

Untuk menjawab perumusan masalah ketiga, penelitian ini hendak menganalisis dan mengkritisi putusan-putusan-putusan hakim baik Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, dan Mahkamah Agung.. Penelitian ini tidak hendak mengejar berapa banyak jumlah putusan yang diteliti. Dokumen putusan dicari antara putusan pidana dan perdata (Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung) yang memperlihatkan cara berpikir tertentu dengan melihat argumentasi hukumnya. Karakteristik putusan hakim yang dipilih untuk diteliti adalah putusan-putusan hakim yang bercorak Positivisme Hukum dan sebagai pembanding juga meneliti putusan-putusan hakim yang melampaui *mainstream* Positivisme Hukum. Inventarisasi sementara putusan-putusan hakim yang hendak diteliti;

<sup>65</sup> Soetandyo Wigjosoebroto, “Konsep Hukum, Tipe dan Metode Penelitiannya,” makalah disampaikan pada Penataran Metodologi Penelitian Hukum di Fakultas Hukum Universitas Hasanudin, Makasar, 4-5 februari 1994, hal. 3. Menurut Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, ranah telaah Filsafat Hukum sebagai berikut; (a) Ontologi hukum, penelitian tentang hakikat dari hukum misalnya hakikat demokrasi, hubungan hukum dengan moral; (b) Aksiologi hukum, penentuan isi dan nilai-nilai kelayakan, persamaan, keadilan, kebebasan dan lain-lain; (c) Ideologi hukum (ajaran idea); (d) Epistemologi Hukum (ajaran pengetahuan), bentuk metafilsafat; (e) Teleologi Hukum, hal menentukan makna dan tujuan hukum; (f) Ajaran Ilmu dari Hukum, meta-teori dari ilmu hukum; (g) Logika Hukum. Lihat, Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, loc. cit.

<sup>66</sup> Metodologi penelitian hukum empiris dan normatif (yang direduksi menjadi norma positif) secara epistemologi adalah sama-sama berinduk pada paradigma positivis. Sebagaimana pandangan positivistik, metode empiris dan normatif, sama-sama memberikan nilai tinggi pada panca indera manusia. Hanya bedanya, empiris mempositivisasi fakta sosial, sedangkan normatif mempositivisasi norma.

<sup>67</sup> Lihat, J.J.H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum* (terjemahan Arief Shidarta), Penerbit Citra Aditya Bakti, hal. 153, 157, 189.

- Kasus Pencurian Tiga Kakao (Putusan No. 247/Pid.B/2009/PN.PWT)Kasus Pencurian Sisa Panen Randu (.../Pid.B/2009/PN.Btg)
- Pencurian Sandal Bolong (Putusan PN Tangerang No. 857/Pid.B/2001/PN.TNG; PT No. 84/Pid/2002PT. Bandung; MA No. 1668 K/Pid/2002)
- Kasus Riba (Putusan No. 3431 K/Pdt/1985)
- Perkosaan I (Putusan Pengadilan Negeri Nomor 26/Pid.B/1986/PN.TBL.)
- Perkosaan II (Putusan No. 41/Pid. B/2005/PN Smg).
- Kasus Pohon Mangga (Putusan MA No. 1022/K/PDT/2006)
- Pergantian Kelamin (Penetapan No. 19/Pdt.P/2009/PN.Btg)
- Kawin Lari (Putusan No. 232/Pid.B/2008/PN.Pra)

Pertimbangan pemilihan putusan-putusan atau kasus-kasus itu karena; *pertama*, putusan tersebut bernilai "hard cases"<sup>68</sup>; *kedua*, putusan tersebut di dalamnya sarat dengan perselisihan antar-paradigma hukum, terutama ketegangan antara keadilan, kemanfaatan, dan kepastian sebagai berikut:

- kasus Pencurian Tiga Kakao merupakan perselisihan antara Positivisme Hukum, Hukum Kodrat, Mazhab Sejarah, dan Realisme Hukum;
- Kasus Pencurian Sisa Panen Randu adalah perselisihan antara Positivisme Hukum dengan Mazhab Sejarah;
- Kesusilaan I dan II untuk membandingkan: penafsiran progresif dan konservatif.
- kasus Pencurian Sandal Bolong merupakan perselisihan antara Positivisme Hukum dengan *Marxist Theory of Law* dan *Critical Legal Studies*;
- kasus Pohon Mangga lebih dekat dengan Hukum Progresif;
- kasus Riba/Woeker adalah perselisihan Positivisme Hukum dengan Hukum Kodrat;

---

<sup>68</sup> "Hard cases " adalah kasus yang rumit. Mengikuti pendapat Dworkin meletakkan "hard cases" sebagai laboratorium istimewa, "Hard cases" sangat signifikan (sebagai kasus penting) yang menguji prinsip-prinsip fundamental. Terobosan putusan hakim menjadi penting karena tidak semua kasus hukum yang kompleks dan berat (hard cases) dapat secara langsung ditemukan jawabannya dalam hukum positif yang tersedia. Dalam "hard cases" diperlukan kemampuan menganalisis, menginterpretasi, dan melakukan terobosan hukum untuk mendapat jawaban yang memadai. Tentang "hard cases" akan dibahas secara lebih detail dalam Bab. IV.

- kasus Pergantian Kelamin merupakan perselisihan Positivisme Hukum, Hukum Kodrat dan Posmodernism.
- Kasus Kawin Lari merupakan perselisihan Positivisme Hukum, Mazhab Sejarah, dan Sociological Jurisprudence.

### c. Hermeneutik sebagai alat Analisis Putusan Hakim

Penelitian ini hendak menganalisis dan mengkritisi putusan hakim, *lapisan pertama*; pertimbangan (konsiderans) yang menampilkan alasan-alasan yang mencakup fakta-fakta dan dasar-dasar hukum terkait; bagaimana penalaran hukum (legal reasoning) hakim dalam menetapkan siapa ber-hak (berkewajiban) atas apa terhadap siapa berkenaan apa dengan apa dalam situasi apa dan atas dasar apa; <sup>69</sup> *lapisan kedua* diktum (kesimpulan) yang memuat isi putusan.

Dengan melihat ‘dua lapisan’ putusan hakim (konsiderans dan diktum), peneliti berusaha memahami bagaimana hukum positif diinterpretasi berdasarkan makna kata dan struktur kalimatnya (gramatikal) dalam konteks latar belakang sejarah (historikal) dalam kaitan dengan tujuan yang hendak diwujudkan (teleologikal) yang menentukan isi aturan hukum positif itu (untuk menemukan *ratio-legis*-nya) serta dalam konteks hubungan dengan aturan –aturan hukum positif yang lainnya (sistematisal), dan secara kontekstual merujuk pada faktor-faktor kenyataan sosial dan ekonomi (sosiologikal) dengan mengacu nilai-nilai kultural dan kemanusiaan yang fundamental (filosofikal) dalam proyeksi ke masa depan (futuologikal). <sup>70</sup> Jadi, penelitian ini merupakan interpretasi atas interpretasi.

Untuk menganalisis dan mengkritisi putusan hakim, peneliti menggunakan pendekatan filsafat hermeneutika<sup>71</sup>. Jika hermeneutika klasik diartikan sebagai kumpulan panduan tentang bagaimana memahami dan menginterpretasi, maka filsafat hermeneutika menyibukkan diri dengan apa yang membuat pemahaman menjadi mungkin dan mengapa pemahaman itu bisa menjadi mungkin. Keradikalan filsafat hermeneutika, jika setiap pendekatan biasanya menambatkan legitimasinya pada

<sup>69</sup> B. Arief Sidharta, *Ilmu, Teori dan Filsafat Hukum*, Makalah Lepas, tanpa tahun, hal. 3.

<sup>70</sup> B. Arief Sidharta, *Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal*, Makalah Lepas, Tanpa Tahun, hal. 3

<sup>71</sup> Istilah hermeneutika filosofis (Jerman: *Philosophische Hermeneutik*) diambil alih dari pemikiran Hans-Georg Gadamer. Istilah hermeneutika filosofis dipilih oleh Gadamer untuk menengahkan sebuah hermeneutika yang mempunyai relevansi “filosofis”. Lihat, Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, New York: The Seabury Press, 1975.

hipotesis, sementara filsafat hermeneutika tidak bisa begitu, karena hakikat tugasnya adalah mempersoalkan legitimasi pada sebuah teks yang otoritatif.<sup>72</sup>

Sebagai suatu metode interpretasi, hermeneutika tidak hanya mengandung teks dan berusaha menyelami kandungan makna literalnya, namun juga berusaha menggali makna dengan mempertimbangkan horizon yang melingkupi teks itu. Horizon yang dimaksud adalah horizon teks (putusan pengadilan, horizon pengarang (pembuat putusan/hakim), dan horizon pembaca (para pihak yang berperkara, para ahli yang menanggapi putusan hakim, dan peneliti sendiri). Jadi putusan-putusan hakim dipahami tidak secara skripturalistik melainkan dengan memperhatikan ketiga komponen, yaitu teks, konteks, dan upaya kontekstualisasi. Dengan memperhatikan ketiga horizon tersebut, diharapkan suatu pemahaman atau penafsiran atas putusan hakim menjadi kegiatan memahami, menerjemahkan, menafsirkan, mendialogkan, bahkan dekonstruksi dan reproduksi makna teks. Peneliti juga berusaha memahami bagaimana suatu teks putusan itu dilahirkan oleh hakim serta muatan (paradigma) apa yang dominan dalam putusan itu. Karena itu, peneliti disamping menganalisis putusan hakim, juga wawancara dengan hakim dan para pihak yang terkait dengan putusan yang diteliti terutama untuk putusan-putusan tahun 2008-2009.<sup>73</sup> Sedangkan untuk putusan hakim sebelum tahun 2008, peneliti hanya melakukan analisis atas teks putusan.

## 2.2. Tempat dan Waktu Penelitian

Karena studi ini menekankan pada penelitian filsafat hukum yang hendak mengkaji berbagai literature teori dan putusan hakim, maka tempat penelitian tidak menjadi masalah utama. Rencana penelitian akan dilaksanakan selama dua tahun dengan melakukan studi teori dan dokumen (putusan-putusan hakim).

## 2.3. Langkah-Langkah Penelitian

Langkah-langkah yang akan dilakukan dalam penelitian meliputi; (1) studi referensi awal; (2) menyusun proposal; (3) menyusun instrumen studi; (4) melakukan studi literatur, dokumen, dan wawancara (5) analisa bahan/data; (6) draft hasil

---

<sup>72</sup> Inyik Ridwan Munzir, *Hermeneutika Filosofis Hans-Georg Gadamer*, Ar-Ruzz Media Group, 2008, hal. 99.

<sup>73</sup> Alasan peneliti mewancarai hakim dan pihak yang berperkara terutama pada putusan-putusan hakim tahun 2008-2009 dengan alasan mudah dijangkau, jarak waktu antara putusan dijatuhkan dengan proses wawancara tidak terlalu jauh sehingga lebih memudahkan hakim untuk mengingat-mengingat pertimbangan apa yang melatari saat putusan dijatuhkan.

penelitian; (7) konsultasi penelitian<sup>74</sup>; (8) seminar hasil; (9) perbaikan dan finalisasi hasil penelitian

### **G. Sistematika**

BAB I : pada bab ini akan mengulas tentang latar belakang penulisan disertasi, kemudian akan dirumuskan pula rumusan masalah, kerangka teori serta konsep-konsep yang digunakan dalam penulisan disertasi, untuk hal itu disusun pula metode penelitian yang akan digunakan dalam penelitian, selain itu terdapat asumsi-asumsi yang melandasi penulisan disertasi, dan sistematika penulisan.

BAB II : pada bab ini akan mengulas landasan epistemologi Positivisme Hukum yang menjadi fondasi ilmu hukum. Demikian pula akan diurai berbagai varian aliran Positivisme Hukum mulai dari garis pemikiran Positivisme Klasik hingga Neopositivisme. Sebagai proses dialektik, pada bab. ini kritik-refleksi ditujukan pada 'titik terkuat' Positivisme Hukum

BAB III. Paradigma bukan bangunan yang statis melainkan sarat dengan perselisihan epistemologi. Dalam bab ini, digambarkan bagaimana perselisihan paradigma (the battle of paradigm) yang tidak pernah usai, antara Positivisme Hukum dengan paradigma-paradigma kritis yang memposisikan dirinya sebagai antitetik dari Positivisme Hukum dengan segala basis argumentasinya. Perselisihan antara paradigma-paradigma hukum menunjukkan bahwa pemikiran tentang hukum bukan merupakan konsep yang tunggal. Konsep tentang hukum tidak seragam, satu paradigma hanya merupakan satu dari sekian banyak kebenaran paradigma yang masing-masing memiliki kerangka teori dan metodologinya sendiri-sendiri. Setiap filsuf hukum cenderung membenarkan pemikirannya sehingga paradigma hukum selalu bersaing dan mendiskualifikasikan paradigma yang lain. Perselisihan epistemologis itu menunjukkan bahwa konsep dan realitas hukum itu beraspek, berfaset, dan berdimensi majemuk itu juga mengundang pertanyaan: apakah Ilmu Hukum itu bersifat ilmiah.

BAB IV. pada bab ini akan dipaparkan bagaimana paradigma Positivisme Hukum yang memposisikan hakim sebagai corong undang-undang sehingga suatu hukum dipikirkan dan disistematisasikan seorang hakim sebagai suatu yang steril dan obyektif (cara berpikir positivis). Peneliti memulainya dengan asumsi-asumsi yang

---

<sup>74</sup> Konsultasi penelitian berada di setiap tahap

mendasarkan pada ‘keyakinan’ obyektivisme’ dan mendialogkannya dengan filsafat hermeneutika sebagai ikhtiar keluar dari obyektivisme. Dalam bab ini akan menganalisis putusan hakim yakni putusan-putusan Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, Mahkamah Agung. Pada bab ini akan dianalisis putusan hakim yang bercorak Positivisme Hukum dan putusan-putusan hakim yang melampaui *mainstream* Positivisme Hukum. Kepentingan menganalisis putusan hakim adalah untuk mengetahui bagaimana suatu paradigma mempengaruhi hakim dalam menjatuhkan putusannya.

BAB V. bagi Positivisme dan Positivisme Hukum, kebenaran adalah sesuatu yang jika sekali diperoleh tidak akan bisa diragukan lagi; kebenaran harus mencapai tingkat kepastian. Prinsip yang obyektivistik  *mungkin* bisa diberlakukan dalam Ilmu-ilmu Alam karena mendasarkan diri pada kebenaran korespondensi dan koherensi. Persoalannya, cara pandang obyektivisme tidak mungkin sepenuhnya diterapkan dalam Ilmu Hukum. Dalam filsafat umumnya dikenal empat teori kebenaran yakni; teori korespondensi, koherensi, pragmatisme, performatif, dan intersubyektif. Keberadaan teori-teori kebenaran ini tidak hanya menunjukkan optik yang digunakan untuk menemukan kebenaran berbeda-beda, tetapi juga memperlihatkan “kebenaran” menurut perspektif manusia selama ini ternyata tidak tunggal. Bahkan, klaim kebenaran-kebenaran itu bersaing satu dengan lainnya. Pada bab ini peneliti mempertanyakan teori kebenaran apa yang lebih “tepat” menurut Ilmu Hukum. Dalam bab ini pula dijelaskan bagaimana cara pandang dalam memahami kebenaran hukum, juga mempengaruhi cara pandang kita dalam melihat hubungan hukum dan keadilan, terutama dalam memahami perselisihan antara kepastian hukum dan keadilan.

BAB VI. bab ini akan berisi kesimpulan serta saran dan rekomendasi yang diharapkan akan dapat memberi sumbangan bagi perkembangan ilmu hukum selanjutnya.

## BAB II

### FONDASI POSITIVISME

#### 1. Dari Positivisme ke Positivisme Logis

Positivisme lahir dan dimatangkan oleh perubahan besar yang terjadi pada masyarakat Eropa terutama setelah meletus Revolusi Industri di Inggris dan Revolusi Borjuis di Perancis pada pertengahan abad ke-18. Munculnya tata produksi baru yang didasari prinsip akumulasi modal mulai menggeser *mode of production* zaman feodalisme menyebabkan kelas menengah baru (borjuis) mulai berani secara terbuka menentang kekuasaan feodal.<sup>75</sup> Seiring dengan perubahan *mode of production* dan penemuan-penemuan teknologi baru, mulai muncul kesadaran yang sama sekali baru tentang hakikat manusia dan alam.<sup>76</sup>

Dominasi kekuasaan raja dan gereja sebagai rezim pengetahuan (epistemologi) lama di Eropa mulai digugat; di mana-mana muncul pemikiran yang membuktikan kekeliruan berpikir biarawan dan raja. Banyak martir yang harus membayar harga kebebasan ilmiah dengan nyawanya sendiri. Giordano Bruno dibakar hidup-hidup. Galileo dua kali diadili oleh pengadilan dan dipaksa dengan tekanan psikis untuk menyangkal pandangannya.<sup>77</sup> Rene Descartes harus lari ke Belanda karena menghindari ancaman pembunuhan rezim Perancis yang berkuasa saat itu. Buku Rene Descartes yang berjudul "Discourse de la Method" dilarang beredar. Bahkan

---

<sup>75</sup> Di Perancis, kekuasaan absolut Raja Louis XVI ditumbangkan dengan berdarah-darah.

Sedangkan, di Inggris struktur politik lebih liberal semenjak diberlakukan Magna Charta yang menjamin kepemilikan pribadi dan pemerintahan yang lebih terbuka. Lihat, E.P. Thompson, *Custom in Common*, The Merlin Press, 2010, hal. 185 – 351.

<sup>76</sup> Mulanya, manusia menghadapi alam dengan ketakutan. Saat itu manusia menganggap kuburan, halilintar, angin, batu besar, makhluk halus, serta kekuatan – kekuatan gaib lain sebagai kekuatan luar biasa yang menentukan hidup manusia. Namun sejak ilmu dan teknologi modern mampu menyingkap misteri peristiwa alamiah, manusia tidak lagi menghadapi alam dengan ketakutan, melainkan dengan kalkulasi ilmiah.

<sup>77</sup> Salah satu penemuan Galileo yang penting di bidang astronomi adalah teori yang mengukuhkan teori Copernicus (Heliosentris) yaitu bumi dan semua planet lainnya berputar mengelilingi matahari, bertentangan dengan teori geosentrik Aristoteles. Agustus 1632 pengadilan gereja melarang penerbitan buku *Dialogue on the Two Chief World Systems*, yang diterbitkan di Florence, Italia, 1632. Pada Desember 1633, Galileo diadili dan dijatuhi hukuman seumur hidup. Ia dituduh menyebarkan teori yang menentang isi alkitab, ajaran sesat dan menghina ajaran gereja. Buku terakhirnya *Dialogue on the Two Chief World Systems* akhirnya diterbitkan di Leiden, Belanda, di tahun 1638. Sumber [http://en.wikipedia.org/wiki/Galileo\\_Galilei](http://en.wikipedia.org/wiki/Galileo_Galilei); <http://library.thinkquest.org/J0112388/galileo.htm>; <http://www.galileanlibrary.org/manuscript.php?postid=43824> (diakses tanggal 10/02/2010).

Episcopal Perancis yang menguasai hampir seluruh Eropa saat itu melarang buku itu diajarkan di berbagai perguruan tinggi, termasuk Universitas Oxford.<sup>78</sup> Bisa dibayangkan bagaimana susah-payahnya perjuangan masyarakat Eropa saat itu sampai harus berdarah-darah dalam memperoleh kebebasan, kebenaran, dan keadilan, hingga tampilannya saat ini.

Gairah pencarian kebenaran tak terbendung dan meluap sejak Pencerahan (Aufklärung) lahir di Eropa bersama ledakan deklarasi “Sapere Aude”.<sup>79</sup> Selain menggugat norma-norma pengetahuan lama, para pemikir pencerahan juga menawarkan sistem pengetahuan baru yang bersifat ilmiah menggantikan kepercayaan (teologi) dan filsafat lama yang spekulatif dan cenderung mistis.<sup>80</sup> Dominasi agama digeser oleh ilmu pengetahuan; gereja mulai tidak diminati bersamaan dengan munculnya universitas-universitas; puncaknya pengetahuan metafisis diganti dengan pengetahuan rasional dan empiris. Apa yang dianggap mitos disingkirkan, diganti dengan pengetahuan ilmiah dan obyektif.

Tatkala kajian-kajian metafisis yang dominan sepanjang abad pertengahan ditinggalkan dan dipandang sebagai biang keladi ketertinggalan peradaban manusia, munculah Ilmu-ilmu Alam yang lebih dapat memberikan jaminan kepastian dan dapat diprediksikan.<sup>81</sup> Melalui rasionalisme dan Empirisisme, Ilmu-ilmu Alam berusaha mengembangkan konsep teori murni. Dengan mengambil sikap teoritis murni, Ilmu-ilmu Alam dapat membebaskan diri dari dorongan kepentingan-kepentingan

<sup>78</sup> Pada masa itu pengaruh Paus sangat kuat mempengaruhi kebijakan universitas-universitas, terlebih lagi pendirian universitas-universitas di Eropa harus melalui ijin dari Paus. Universitas Oxford diberi ijin Paus pada tahun 1167 dan Cambridge tahun 1207. Lihat, kata pengantar dari Mansel Davies dan Winwood Reade dalam buku Oemar Amin Hoesin, *Kultur Islam; Sejarah Perkembangan Kebudayaan Islam dan Pengaruhnya dalam Dunia Internasional*, terjemahan H.Zainal Abidin Ahmad, cet. 2, Jakarta: Bulan Bintang, 1975, hal. 10.

<sup>79</sup> Pada masa itu pengaruh Paus sangat kuat mempengaruhi kebijakan universitas-universitas, terlebih lagi pendirian universitas-universitas di Eropa harus melalui ijin dari Paus. Universitas Oxford diberi ijin Paus pada tahun 1167 dan Cambridge tahun 1207. Lihat, kata pengantar dari Mansel Davies dan Winwood Reade dalam buku Oemar Amin Hoesin, *Kultur Islam; Sejarah Perkembangan Kebudayaan Islam dan Pengaruhnya dalam Dunia Internasional*, terjemahan H.Zainal Abidin Ahmad, cet. 2, Jakarta: Bulan Bintang, 1975, hal. 10.

<sup>80</sup> Teologi dan filsafat tidak lagi menempati tempat sepenting dulu, karena spekulasi atas alam raya telah digantikan oleh ilmu pengetahuan. Adanya teleskop-radio dan pesawat antariksa membuat manusia tidak perlu menerka-nerka sifat dan cakupan tata surya. Bahkan misteri kejiwaan manusia kini tersingkap oleh neurobiologi dan psikologi. Filsafat sebagai induk semang ilmu pengetahuan diturunkan derajatnya oleh ilmu fisika, biologi, diikuti belakangan oleh sosiologi (sosiologi awalnya oleh kaum positivis dianggap sebagai fisika sosial). Lihat, Alan Woods dan Ted Grant, *Reason in Revolt* (diterjemahkan oleh Rariq N "Revolusi Berpikir dalam Ilmu Pengetahuan Modern"), Ire Press, 1996.

<sup>81</sup> Menurut Bertrand Russel, ada dua hal terpenting yang menandai awal sejarah modern, yakni runtuhnya otoritas gereja dan menguatnya otoritas keilmuan (sains). Lihat, Bertrand Russel, *Sejarah Filsafat Barat dan Kaitannya dengan Kondisi Sosial-Politik Zaman Kuno hingga Sekarang*, terjemahan Sigit Jatmiko et. al., Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2002, hal. 645.

manusiawi (subyektif) sehingga dengan jalan ini mereka mendapatkan kebenaran obyektif. Dengan jalan pemurnian ini, Positivisme mengklaim dirinya pengetahuan yang bebas dari kepentingan (disinterested) sehingga teori-teori yang dihasilkannya pun bersifat netral.

Positivisme yang dirintis Auguste Comte (1798 – 1857) adalah puncak pembersihan pengetahuan dari kepentingan subyektif. Dalam pencariannya terhadap hukum perkembangan masyarakat, Comte membaginya menjadi tiga fase yakni, teologi, metafisik, dan positif. Positivisme menganggap pengetahuan mengenai fakta obyektif sebagai pengetahuan yang ilmiah. Dengan menyingkirkan pengetahuan yang melampaui fakta, Positivisme bermaksud mengakhiri riwayat metafisika sekaligus mengistirahatkan filsafat dari kerja spekulasinya. Bapak "Positivisme" dalam bukunya *Cours de Philosophie Positive*, memperkenalkan hukum tiga tahap (*the law of three stages*) yang menjelaskan bagaimana sejarah manusia dan jiwa manusia baik secara individual maupun keseluruhan, berkembang menurut hukum tiga tahap, yaitu (1) tahap teologi atau fiktif, (2) tahap metafisika atau abstrak, dan (3) tahap positif atau riil. Masyarakat tahap positif, kata Comte, adalah masyarakat yang ideal, sebagaimana dikatakan Comte sebagai berikut:<sup>82</sup>

*"...through three successive stages: the Theological stage, in which free play is given to spontaneous fictions admitting of no proof; the Metaphysical stage, characterised by the prevalence of personified abstractions or entities ; lastly, the Positive stage, based upon an exact view of the real facts of the case. The first, though purely provisional, is invariably the point from which we start; the third is the only permanent or normal state ; the second has but a modifying or rather a solvent influence, which qualifies it for regulating the transition from the first stage to the third. We begin with theological Imagination, thence we pass through metaphysical Discussion, and we end at last with positive Demonstration. Thus by means of this one general law we are enabled to take a comprehensive and simultaneous view of the past, present, and future of Humanity."*

Pada tahap pertama postulat ilmiah bersandar pada teologi, sehingga ilmu merupakan penjabaran (deduksi) dari ajaran agama. Dalam tahap ini pula menurut Comte, umat manusia sebab-sebab terakhir di belakang peristiwa-peristiwa alam dan menemukannya dalam kekuatan-kekuatan ini, entah disebut dewa-dewa atau Allah sang pencipta. Lalu zaman ini dibagi menjadi tiga sub-bagian. Pada sub-tahap yang paling primitif dan kekanak-kanakan, yaitu tahap fetisisme atau animisme, manusia

---

<sup>8282</sup> Auguste Comte, *A General View of Positivism*, diterjemahkan oleh H.J. Bridges (1865) dan diterbitkan ulang oleh Cambridge University Press, 2009, hal. 34-35.

menganggap objek-objek fisik itu berjiwa, berkehendak, berhasrat. Pada tahap berikutnya, politeisme, kekuatan alam itu diproyeksikan dalam rupa dewa-dewa. Akhirnya, pada tahap monoteisme, dewa-dewa dipadukan menjadi satu kekuatan adimanusiawi yang disebut Allah. Pada tahap kedua postulat ilmiah didasarkan pada metafisika, yaitu keraguan mengenai eksistensi obyek yang ditelaah. Umat manusia berkembang dalam pengetahuannya seperti seseorang melangkah pada masa remajanya. Kekuatan adimanusiawi dalam tahap sebelumnya itu sekarang diubah menjadi abstraksi-abstraksi metafisis. Misalnya: konsep “ether”, “causa”, dan seterusnya. Dengan demikian, peralihan ke tahap ini diselesaikan sesudah seluruh konsep mengenai kekuatan-kekuatan adimanusiawi diubah menjadi konsep-konsep abstrak mengenai alam sebagai keseluruhan. Tidak ada lagi Allah dan dewa-dewa; yang ada adalah entitas-entitas abstrak yang metafisis. Pada tahap ketiga perkembangan ilmu, dilakukan pengujian positif-ilmiah terhadap semua yang digunakan dalam proses verifikasi yang obyektif. Akhirnya, umat manusia mencapai kedewasaan mentalnya dalam tahap positif. Pada zaman ini umat manusia tidak lagi menjelaskan sebab-sebab di luar fakta-fakta yang teramati. Pikiran hanya memusatkan diri pada yang faktual yang bekerja menurut hukum-hukum umum, misalnya hukum gravitasi. Baru pada tahap inilah ilmu pengetahuan tidak hanya melukiskan yang real, tapi juga bersifat pasti dan berguna.

Dari tahapan perkembangan masyarakat itu, Comte ingin menegaskan agar setiap pengetahuan tidak boleh melampaui fakta, memperlakukan realitas sebagai sesuatu yang eksis dan sebagai objek yang harus dilepaskan dari segala macam prakonsepsi metafisis yang subjektif sifatnya.

Garis besar filsafat Positivisme: Comte membentangkan pandangan filsafatnya tentang teori mengenai perkembangan ilmu pengetahuan, perkembangan sejarah masyarakat Barat, dan dasar-dasar untuk memperbaiki keadaan masyarakat pada zamannya (masa ‘keos’ setelah revolusi). Filsafat Positivisme yang diperkenalkan Comte, sebenarnya bukanlah gagasan yang pertama memperbincangkan filsafat Positivisme, karena sebelumnya telah muncul tulisan tentang filsafat Positivisme dari Henry Saint-Simon (1760-1825). Namun ditangan Comte, filsafat Positivisme

diuraikan secara sistematis dan dapat mempengaruhi perkembangan ilmu pengetahuan hingga sekarang.<sup>83</sup>

Menurut Comte, istilah "Positif" mempunyai beberapa pengertian, yaitu:<sup>84</sup>

- 1) Sebagai lawan atau kebalikan sesuatu yang bersifat khayal, maka pengertian "positif" pertama-tama diartikan sebagai pensifatan *sesuatu yang nyata*. Hal ini sesuai dengan ajarannya yang menyatakan bahwa filsafat Positivisme itu, dalam menyelidiki objek sasarannya didasarkan pada kemampuan akal, sedang hal-hal yang tidak dapat dijangkau oleh akal tidak dijadikan sasaran penyelidikan;
- 2) Sebagai lawan atau kebalikan sesuatu yang tidak bermanfaat, maka pengertian "positif" diartikan sebagai pensifatan sesuatu yang *bermanfaat*. Hal ini sesuai dengan ajarannya yang menyatakan bahwa di dalam filsafat Positivisme, segala sesuatu harus diarahkan kepada pencapaian kemajuan. Filsafat tidaklah hanya berhenti sampai pada pemenuhan keinginan manusia untuk memperoleh pengetahuan atau pengertian mengenai barang sesuatu saja;
- 3) Sebagai lawan atau kebalikan sesuatu yang meragukan, maka pengertian "positif" diartikan sebagai pensifatan sesuatu yang sudah *pasti*. Hal ini sesuai dengan ajarannya yang menyatakan bahwa filsafat harus sampai pada suatu keseimbangan yang logis yang membawa kebaikan bagi setiap individu dan masyarakat;
- 4) Sebagai lawan atau kebalikan sesuatu yang kabur, maka pengertian "positif" diartikan sebagai pensifatan sesuatu yang *jelas* atau *tepat*. Hal ini sesuai dengan ajarannya yang menyatakan bahwa dalam pemikiran filsafati, kita harus dapat memberikan pengertian yang jelas atau tepat, baik mengenai gejala-gejala yang tampak maupun apa yang sebenarnya kita butuhkan, sebab cara berfilsafat yang lama hanya memberi pedoman yang tidak jelas, dan hanya mempertahankan disiplin yang diperlukan dengan mendasarkan diri pada kekuatan adikodrati;

<sup>83</sup> George Ritzer, *Modern Sociological Theory (Fourth Edition)*, McGraw Hill International Edition, 1996, hal. 13-15. Lihat juga, Johnny Ibrahim, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayu Media, 2005, hal. 63-64.

<sup>84</sup> Koento Wibisono Siswomihardjo, *Arti Perkembangan Menurut Filsafat Positivisme Auguste Comte*, cet. 2, Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1996, hal. 37 – 38.

- 5) Sebagai lawan atau kebalikan sesuatu yang negatif, maka pengertian "positif" dipergunakan untuk menunjukkan sifat-sifat pandangan filsafatnya, yang selalu menuju ke arah *penataan* atau *penertiban*.

Positivisme sebagai teori yang bertujuan untuk penyusunan fakta-fakta yang teramati. Dengan kata lain, "positif" sama dengan "faktual", atau apa yang berdasarkan fakta-fakta. Dalam hal ini, positivisme ingin menegaskan bahwa pengetahuan hendaknya tidak melampaui fakta-fakta. Dalam penegasan itu, Comte menolak sama sekali metafisika dan bentuk pengetahuan lain, seperti moral, etika, teologi, seni, yang melampaui fenomena teramati.<sup>85</sup>

Sebagai sebuah paradigma, Positivisme pada dasarnya berasal dari aliran filsafat yang meminjam pandangan, metode, dan teknik Ilmu Alam dalam memahami realitas (saintisme). Pertemuan Positivisme dan Ilmu Alam tidak terlepas dari semangat keilmuan pada saat itu untuk menjadikan ilmu sosial (termasuk hukum) netral (bebas nilai) dari kepentingan subyektif demi dicapainya obyektivitas dan kepastian yang terukur. Untuk itu ilmu hukum dibebaskan dari hermeneutika dan diharuskan mengikuti cara kerja (metode) kuantitatif ilmu pasti sehingga bukan suatu kebetulan jika penganut aliran ini mengagungkan kepastian hukum.

Paska perang dunia I, sejumlah kalangan berkeinginan menumbuhkan kembali teologi-metafisis untuk memulihkan Eropa, namun gagasan itu tidak banyak mendapat pengikut. Harapan pemulihan diarahkan kepada pundak ilmuwan di lingkungan perguruan tinggi yang tentu arus utama pemikirannya anti metafisis. Tradisi Positivisme diteruskan sebuah komunitas yang menamakan dirinya sebagai Lingkaran Wina atau juga dikenal sebagai Positivisme Logis (Neopositivisme).<sup>86</sup>

Melalui revolusi ilmu pengetahuan dan teknologi, sekarang kekuasaan mitos sebagai juru tafsir kenyataan dirobuhkan dan digantikan oleh penguasa baru, yakni sistem ilmu pengetahuan modern. Kekuatan ilmu pengetahuan modern terletak pada "data" sehingga setiap klaim atas kebenaran tidak lagi didasarkan pada spekulasi melainkan pembuktian secara ilmiah.

<sup>85</sup> F. Budi Hardiman, *Filsafat Modern, Dari Machiavelli sampai Nietzsche*, Jakarta: Penerbit Gramedia Pustaka Utama, 2004, hal. 204-205.

<sup>86</sup> Perintis Positivisme Logis Moritz Schlick rutin mengumpulkan rekan-rekannya, Rudolf Carnap, Herbert Feigl, Otto Neurath, A.J. Ayer, Schlick, dan Olga Hann di Boltzmannhaus (gedung jurusan matematika dan fisika dalam pertemuan berkala. Mereka duduk dalam formasi setengah lingkaran, sehingga terkenal nama lingkaran Wina.

James Conant dalam bukunya berjudul "Modern Science and Modern Man" menulis bahwa dewasa ini ilmu pengetahuan telah berkembang dan telah sampai pada titik menentukan. Pengamatan Conant, ilmu pengetahuan modern, memfokuskan dirinya pada data, suatu revolusi yang tidak pernah banyak dilakukan oleh sistem pengetahuan sebelumnya. Ilmu pengetahuan dipraktikkan sebagai kegiatan mengumpulkan dan mengelompokkan data yang dikembangkan bersamaan dengan usaha menginterpretasikan fakta-fakta lain yang sudah lama dikenal. Menurut Conant, dalam praktik tersebut ilmuwan sering menghindari diri dari penggunaan 'teori' sebagai sebuah sistem. Dan jika toh sebuah teori dibutuhkan, ia hanya sebagai 'ad hoc hypothesis' yang berguna menjelaskan fakta.<sup>87</sup> Dengan berdasarkan data, ilmu pengetahuan menghindari diri dari penggunaan prinsip-prinsip abstrak yang tidak bersumber pada data dan hukum-hukum ilmiah.

Pandangan ini secara mendasar, suatu pandangan yang memiliki akarnya pada Positivisme, suatu pandangan yang menegaskan bahwa pengetahuan ilmiah harus didasarkan pada data atau pengalaman. Sebagaimana ditekankan Comte, Positivisme selalu menekankan bahwa pengetahuan tidak boleh melampaui fakta. Dengan pernyataan ini, Comte ingin memisahkan ilmu pengetahuan dengan segala sesuatu yang berbau metafisika. Bahkan, Comte hendak meleyapkan penyelidikan filosofis yang tak kunjung selesai dan karena dianggap sia-sia dan tidak menghasilkan apa-apa, sebagaimana yang dilakukan metafisika. Karena itu, Positivisme membatasi penyelidikan hanya pada "fakta".<sup>88</sup>

Ernst Mach, salah satu inspirator Lingkaran Wina, lebih keras lagi membatasi diri pada obyek-obyek yang dialami secara inderawi: itulah fakta. Posisi positivistic Mach memiliki akarnya dari aliran Empirisisme David Hume yang menyatakan bahwa dasar dari ilmu pengetahuan adalah apa yang kita dengar, yang kita lihat, dan yang kita rasakan, bukan apa yang kita pikirkan. Dengan kata lain, Mach ingin menegaskan, ilmu pengetahuan harus berorientasi pada data, sebagai obyek dan

---

<sup>87</sup> James B. Conant, *Modern Science and Modern Man*, New York : Columbia University Press, 1962, hal. 10-13. Lihat juga, Mikhael Dua, *Filsafat Ilmu Pengetahuan*, Maumere : Penerbit Ledalero, 2007, hal. 23 - 24.

<sup>88</sup> Fakta berasal dari bahasa Latin "*facere*" yang berarti 'membuat' atau 'berbuat sesuatu' – dalam wacana modern, dengan memperhatikan kata asalnya dapat diartikan 'semua hasil perbuatan atau buatan manusia'. Berbeda dengan istilah fenomena, berasal dari kata Yunani "*phainomenas*" (berakar pada kata *phanein* : menampak) sering digunakan kepada obyek yang masih berada diluar alam kesadaran manusia. Fenomena masih bernilai 'objektif' sedangkan fakta telah bernilai 'subjektif' karena telah ditafsirkan sang manusia. Fenomena hanya mungkin menjadi kesadaran manusia manakala telah direduksi ke dalam suatu parameter yang terdefiniskan sebagai fakta. Soetandyo Wigjoesobroto, *Fenomena Cq Realitas Sosial sebagai Objek Kajiab (Sains) Sosial*, 2001, hal 1-2.

peristiwa penelitian empiris.<sup>89</sup> Data tersebut, pada gilirannya, sama sekali tidak berhubungan dengan presuposisi teoritis apa pun.

Mach dengan demikian telah mempersiapkan sebuah landasan bagi positivisme sebagai aliran pemikiran bahwa pengetahuan manusia harus berbasiskan data. Aliran ini agak berbeda dari Empirisme klasik yang memberikan perhatian pada pengalaman manusia sebagai dasar dari pengetahuan manusia pada umumnya. Jika Empirisme memfokuskan diri pada persoalan dengan apa kita mengenal, positivisme dengan menunjuk pada "data" menjawab pertanyaan mengapa pengetahuan kita disebut ilmiah. Dengan demikian, Positivisme melampaui Empirisme.<sup>90</sup>

Pemikiran Mach mempunyai pengaruh luas pada sejumlah ilmuwan, terutama Moritz Schlick, seorang pendiri Lingkaran Wina di Austria. Mengikuti gurunya Mach, Schlick melihat ilmu pengetahuan sebagai deskripsi singkat, padat dan pasti tentang unsur-unsur fakta, serta menempatkan data sebagai pusat pengujian.

Setelah Schlick terbunuh, beberapa pemikir Lingkaran Wina seperti Rudolf Carnap, Otto Neurath, Kurt Godel, Herbert Feigl, Karl Menger, Philipp Frank, Friedrich Waisman, dan sebagainya mengembangkan orientasi filsafat yang berbeda. Jika Mach dan Schlick lebih memberikan perhatian pada masalah data sebagai sumber pengetahuan, maka penerus Lingkaran Wina memberikan perhatian pada makna logis dari proposisi ilmiah, terutama masalah kepastian proposisi-proposisi ilmiah. Dengan fokus pada analisis logis, 'positivisme logis' membedakan dirinya dengan positivisme klasik yang hanya memberikan perhatian pada data sebagai sumber ilmu pengetahuan.

Positivisme Logis berpendapat bahwa filsafat harus mengikuti rigoritas yang sama dengan sains. Karena itu, Positivisme Logis harus dapat memberikan kriteria yang ketat untuk menetapkan apakah sebuah pernyataan benar, salah, atau tidak memiliki arti sama sekali. Sebuah pernyataan, menurut Positivisme Logis, dapat disebut sebagai bermakna jika dan hanya pernyataan tersebut dapat diverifikasi secara

---

<sup>89</sup> Lihat, Ernst Mach, *Contributions To The Analysis Of The Sensations*, Open Court Publishing Company, 2000.

<sup>90</sup> Kesamaan Positivisme dengan Empirisme, keduanya mengutamakan pengalaman. Perbedaannya, Positivisme hanya membatasi diri pada pengalaman-pengalaman obyektif, tetapi Empirisme menerima juga pengalaman-pengalaman subyektif. Lihat, Harun Hadiwijoyo, *Sari Sejarah Filsafat Barat*, Kanisius, 1980, hal. 110.

empiris berdasarkan hubungannya dengan data atau fakta dan juga bisa diterima secara logis sebagaimana contoh dibawah ini:<sup>91</sup>

Kebenaran empiris	Kebenaran logis
mementingkan objek induktif	mementingkan subyek deduktif
mengutamakan pengamatan inderawi	mengutamakan penalaran
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Air lebih berat daripada batu, maka batu tenggelam dalam air.</li> <li>2. Air lebih ringan daripada batu, maka batu tenggelam dalam air.</li> <li>3. Air lebih ringan daripada batu, maka batu mengambang di atas air.</li> <li>4. Air lebih berat daripada batu, maka batu mengambang di atas air.</li> </ol> <p>Proposisi-proposisi diatas kemudian diverifikasi secara empiris-logis, sebagai berikut;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Mengandung kebenaran empiris, tetapi tidak mengandung kebenaran logis.</li> <li>2. Mengandung kebenaran logis dan kebenaran empiris.</li> <li>3. Tidak mengandung kebenaran logis maupun kebenaran empiris.</li> <li>4. Mengandung kebenaran logis, tetapi tidak mengandung kebenaran empiris.</li> </ol> <p>Menurut Positivisme Logis, kesimpulan no. 2 memenuhi kriteria kebenaran ilmiah karena bisa diverifikasi secara empiris dan logis.</p>	

Kekuatan positivisme logis terletak pada verifikasi. Setiap proposisi yang ilmiah dan logis berarti proposisi yang bisa diverifikasi dengan data. Konsekuensi dari cara pandang Positivisme Logis ini adalah, semua bentuk diskursus yang tidak dapat diverifikasi secara empiris dan logis, termasuk di antaranya adalah etika dan estetika, tidak memiliki makna apa-apa, sehingga digolongkan ke dalam metafisika.

Positivisme Logis menghendaki agar ilmu-ilmu dibangun dalam satu kesatuan metodologis yang berlaku umum bagi seluruh usaha ilmiah baik dalam ilmu pengetahuan alam maupun ilmu pengetahuan sosial. Dengan kata lain, Positivisme Logis mengusulkan agar ilmu-ilmu sosial mengikuti metodologi yang dikembangkan

<sup>91</sup> Contoh dimodifikasi dari A. Sony Keraf dan Mikhael Dua, Ilmu Pengetahuan Sebuah Tinjauan Filosofis, Yogyakarta:Penerbit Kanisius, 2001, hal.

dalam Ilmu Alam (misalnya, melalui verifikasi) yang lebih dapat memberikan kepastian.<sup>92</sup> Ilmu-ilmu Alam dianggap lebih superior karena dianggap lebih mampu menemukan kebenaran yang pasti dengan metode-metodenya seperti prinsip keterukuran, keterhitungan, dan keterbuktian yang melandasinya. Sementara Ilmu-ilmu Humaniora dianggap bersifat multitafsir karena kebenarannya tidak bisa dimutlakan mengingat kondisi subyek dan obyeknya yang selalu berubah sesuai dengan latar ruang dan waktu. Asumsi-asumsi Positivisme ini benar-benar telah mereduksi ilmu pengetahuan menjadi hanya sebatas urusan metodologi. Disadari atau tidak, hasrat menyeragamkan metodologi mempunyai potensi menghapuskan keragaman pemikiran.

### **1.1.Implikasi Verifikasi pada Bahasa Hukum.**

Implikasi prinsip verifikasi bagi filsafat dan ilmu pengetahuan adalah semua bentuk diskursus yang tidak dapat diverifikasi secara empiris, termasuk diantaranya adalah etika dan estetika, tidak memiliki makna apa-apa.

Prinsip verifikasi ini mempengaruhi bidang bahasa. Hakikat bahasa, menurut Positivisme Logis, selain sebagai suatu penggambaran empiris juga secara prinsip harus dapat diverifikasi. Oleh karena itu, makna suatu kalimat itu adalah terletak pada prinsip verifikasinya. Prinsip verifikasi ini mempunyai 2 (dua) tujuan; (a) verifikasi dimaksudkan untuk menghilangkan metafisika, dan (b) verifikasi dimaksudkan untuk klarifikasi bahasa ilmiah.<sup>93</sup>

Menurut Posivisme Logis bahwa kalimat yang mengandung metafisika pada hakikatnya tidak mempunyai makna apa-apa. Misalnya kalimat yang menyatakan “putusan hakim itu adil” atau yang menyatakan “putusan hakim itu tidak adil”, keduanya menurut Positivisme Logis sama-sama tidak bermakna. Keadilan mengandung metafisika sehingga tidak bisa diverifikasi secara empiris.

Pemikir Posivisme Logis, Rudolf Carnap, menjelaskan bahwa dalam wilayah metafisika termasuk semua filsafat nilai dan teori normatif hanya akan menghasilkan hal yang negatif dan tidak bermakna, sebagaimana dikutip oleh Ayer, Carnap menyatakan sebagai berikut: *In the domein of metaphysics, including all philosophy of*

<sup>92</sup> Lihat, Moritz Schlick, *Are Natural Convention ?*, dalam Herbert Feigl dan May Brodbeck (Ed.), *Readings in The Philosophy of Science*, New York ; Appleton-Century-Crofts, Inc, hal. 181-188.

<sup>93</sup> Kaelan, *Filsafat Analitis menurut Ludwig Wittgenstein*, Yogyakarta:Paradigma, 2004, hal 222.

*value and normative theory, logical analysis yields the negative result that the alleged statements in this domain are entirely meaningless.*<sup>94</sup> (Dalam domain metafisika, termasuk semua filsafat nilai dan teori normatif, analisis logis menghasilkan hasil negatif bahwa pernyataan yang diduga dalam domain ini (maksudnya: metafisika) adalah sepenuhnya tidak berarti.).

Bahasa adalah rumah berpikir, sehingga logika erat hubungannya dengan bahasa. Aristoteles dalam *Organon* atau yang kemudian lebih dikenal dengan nama Logika Tradisional itu mengajarkan butir-butir pemikiran yang bertaut erat dengan bahasa meliputi pengertian dan penggolongan artian, keterangan, batasan, susunan pikir, penyimpulan langsung dan sesat pikir. Bagi Aristoteles, proposisi merupakan suatu ungkapan yang mengandung kemungkinan benar atau salah. Akan tetapi dalam perkembangan filsafat selanjutnya pengertian proposisi yang demikian menjadi kabur atau tidak jelas, karena dalam bahasa filsafat acapkali dijumpai ungkapan yang disebut proposisi namun tidak mengandung kemungkinan benar atau salah.<sup>95</sup>

Beranjak dari “kekacauan bahasa” yang demikian itu, filsuf analitis Ludwig Wittgenstein dalam pemikiran filsafat bahasa periode I yang diungkapkan dalam *Tractatus Logico-Philosophicus*,<sup>96</sup> mengajukan konsep tentang “makna” (meaning) untuk membedakan antara ungkapan yang bermakna (meaningfull) dengan ungkapan yang tidak bermakna (meaningless). Pemikiran filsafat analitis Wittgenstein mendapat respon positif dari kalangan Positivisme Logis.<sup>97</sup>

Wittgenstein menekankan pada suatu bahasa ideal yang mendasarkan pada teori gambar (picture theory). Melalui teori gambar, Wittgenstein berpendapat bahwa hakikat makna bahasa merupakan suatu penggambaran realitas dunia fakta yang diletakkan dalam struktur logika. Oleh karena itu, hakikat makna bahasa

<sup>94</sup> A.J Ayer, *Logical Positivism*, The Free Press, New York:Mac Millan Publishing Co, 1959, hal. 76.

<sup>95</sup> Rizal Mustansyir, *Filsafat Analitik Sejarah, Perkembangan, dan Peranan Para Tokohnya*, Yogyakarta:Pustaka Pelajar, Cet. II, 2007, hal.25.

<sup>96</sup> Pemikiran filsafat bahasa Ludwig Wittgenstein merupakan puncak dari filsafat analitis. Wittgenstein mengembangkan pemikiran filsafat analitis melalui dua periode, yaitu periode I “*Tractatus Logico-Philosophicus*” dan periode II “*Philosophical Investigation*”. Dalam “*Tractatus Logico-Philosophicus*”, Wittgenstein menguraikan pemikirannya tentang bahasa ideal yang sarat dengan formulasi logika. *Tractatus Logico-Philosophicus* dirumuskan secara padat dan disusun berdasarkan berbagai dalil. Uniknya, karya kedua, Wittgenstein mengembangkan orientasi dasar analisis baru sehingga dalam beberapa uraiannya ia mengkritik beberapa tesisnya yang pertama terutama berkaitan dengan ide utopisnya tentang bahasa ideal yang sarat dengan formulasi logika.

<sup>97</sup> Walaupun pemikiran Wittgenstein memiliki pengaruh fundamental terhadap Positivisme Logis, Wittgenstein tidak pernah menjadi anggota Lingkaran Wina.

merupakan suatu gambaran logis tentang realitas. Artinya, struktur logis makna bahasa menggambarkan struktur logis realitas yang diwakilinya.<sup>98</sup>

Karena struktur logis bahasa merupakan gambaran struktur logis dunia fakta, maka hakikat makna bahasa tertuang dalam suatu proposisi yang secara tidak langsung merupakan suatu “gambar logis” dari situasi yang diwakilinya. Misalnya, A menjadi suatu gambar logis dari realitas B. Untuk itu terdapat tiga syarat yang harus dipenuhi; (1) harus ada hubungan satu dan lainnya tentang komponen A dan komponen B; (2) untuk setiap ciri atau bentuk dari struktur A harus ada hubungan dengan ciri atau bentuk dari struktur B; (3) harus ada aturan dari proyeksi yang menghubungkan komponen A dan B.<sup>99</sup>

Konsep logika bahasa Wittgenstein tersebut merupakan dasar fundamental dari konsep Positivisme Logis, sehingga langkah berikutnya Positivisme Logis mengembangkan analisis terhadap pengetahuan dan metode pada matematika dan logika. Dalam hubungan inilah Positivisme Logis tiba pada suatu kesimpulan bahwa filsafat tidak akan mampu memecahkan problema-problema dalam ilmu pengetahuan, kecuali memberikan suatu penjelasan yang logis.

Positivisme Logis secara ambisius mengembangkan kesamaan bahasa bagi seluruh ilmu pengetahuan. Bahasa fisika, menurut Carnap, merupakan bahasa universal dan disebut fisikalisme. Fisikalisme bermaksud menyangkal setiap perbedaan prinsipil antara ilmu pengetahuan alam dengan pengetahuan budaya, sehingga seluruh gejala fisika, psikis, dan kultural dapat dikembalikan kepada gejala empiris sehingga fisikalisme menjadi bahasa universal.<sup>100</sup> Konsekuensinya, jika fisikalisme digunakan sebagai sistem dalam bahasa ilmu, maka tidak ada tempat bagi metafisika.

Terdapat perbedaan perbedaan prinsipil antara Wittgenstein dengan Positivisme Logis dalam memandang metafisika. Wittgenstein menyatakan bahwa ungkapan metafisika termasuk di dalamnya filsafat nilai, estetika, dan etika pada hakikatnya tidak bermakna dalam arti tidak mengungkapkan dunia empiris. Terhadap metafisika, Positivisme Logis memiliki sikap lebih radikal dibanding Wittgenstein. Karena metafisika dipandang tidak bermakna, menurut Positivisme Logis, maka ia harus dihilangkan.

<sup>98</sup> Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico Philosophicus*, London: Routledge & Kegan Paul LTD, 1961. Lihat juga, Kaelan, *Filsafat Analitis menurut Ludwig Wittgenstein*, Op.Cit, hal. 37-46.

<sup>99</sup> *Ibid.*, Kaelan, hal. 38.

<sup>100</sup> Bertens, *Filsafat Barat Abad XX*, Jakarta:Gramedia, 1981, hal.:174.

Para pemikir filsafat analitis bermaksud melakukan ‘pemurnian bahasa’ dengan menghilangkan kekaburan arti (*vagueness*), makna ganda dalam bahasa (*ambiguity*), ketidak-eksplisitan (*inexplicitness*), dan menolak sama sekali metafora karena dianggap tidak memberi kepastian dan tidak bisa diverifikasi. Implikasi verifikasi terhadap bahasa ini juga berpengaruh pada bahasa hukum. Dalam bahasa hukum, disadari atau tidak, juga dilakukan pemurnian bahasa, misalnya menggunakan bahasa yang rigid, pasti, jelas, dan tidak bermakna ganda, sehingga setiap kata dan kalimat mencapai penjelasan yang lebih pasti tentang artinya.

Dalam konteks bahasa hukum, misalnya, dibedakan tiga jenis penggunaan bahasa, yakni deskriptif, evaluatif, dan preskriptif.<sup>101</sup> Pernyataan deskriptif adalah kalimat-kalimat yang dapat diklasifikasikan sebagai “benar” dan “tidak benar”. Ke(tak)benaran dari pernyataan deskriptif pada dasarnya ditentukan oleh pengujian atau verifikasi pernyataan pada kenyataan. Pernyataan seperti “Pada tahun 1919 HR mengeluarkan arrest Lindebaum Cohen” – benar atau tidaknya tergantung pada keberhasilan verifikasi.

Jenis bahasa yang kedua adalah bahasa evaluatif, digunakan untuk menilai atau mengevaluasi. Misalnya, “Pada tahun 1919 HR mengeluarkan arrest Lindebaum Cohen yang adil”. Adil adalah sebuah penilaian atau bersifat evaluatif dan tidak bisa diverifikasi secara empiris. Sehingga, dalam bahasa hukum, bahasa evaluatif sering dihindari karena tidak memberi kepastian, kalau pun digunakan hanya untuk asas-asas hukum yang abstrak.

Terakhir, penggunaan bahasa preskriptif ditujukan untuk mengarahkan perilaku manusia, biasanya dapat dikenali dari istilah-istilah deontis seperti “wajib”, “dilarang” dan sebagainya. Misalnya, dalam bentuk perintah (pengendara motor wajib mengenakan helm), atau larangan (dilarang mengambil barang milik orang lain), dan sebagainya. Maka, agar frasa itu bisa diverifikasi harus dipoitifkan dalam undang-undang. Misalnya, frasa “dilarang mengambil barang milik orang lain” agar bisa diverifikasi harus dipoitifkan (*ius constitutum*) menjadi rumusan pasal 362 KUHP yakni “barang siapa mengambil barang yang sama sekali atau sebagian kepunyaan orang lain dengan maksud untuk memiliki dengan melawan hukum.” Sehingga dalam optik preskriptif, untuk memverifikasi ada tidaknya larangan pencurian tinggal membuka atau meneliti dalam kitab undang-undang.

---

<sup>101</sup> M.A. Loth, *Recht en Taal, Bahasa dan Hukum*, diterjemahkan Linus Doludjawa, Jakarta: Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-Undangan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia, 2007, hal. 29.

## 1.2. Kritik terhadap Prinsip Verifikasi.

Meskipun perintis Positivisme Logis sepakat menggunakan verifikasi untuk menentukan kebenaran ilmiah, namun mereka membuat rincian yang berbeda mengenai prinsip verifikasi. Moritz Schlick, misalnya, menafsirkan verifikasi dalam pengertian pengamatan empirik secara langsung, sehingga diskursus yang dapat diverifikasi secara empiris melalui pengamatan langsung saja yang memiliki makna.<sup>102</sup>

Pendapat Schlick mengenai prinsip verifikasi mengundang perdebatan di antara kaum Positivisme Logis itu sendiri. Meletakkan verifikasi hanya pada peristiwa yang dapat dialami dan diamati secara langsung, berarti sama dengan menafikan sejarah (masa lampau) dan prediksi ilmiah (masa depan). Generasi penerus Positivisme Logis, Ayer menyadari kelemahan yang terkandung dalam verifikasi versi Schlick. Mengatasi kelemahan itu, Ayer kemudian memperluas prinsip verifikasi dengan membagi dua, yakni verifikasi ketat dan verifikasi lunak. Dalam verifikasi ketat, diskursus atau proposisi yang hanya dapat diamati secara empirik, sedangkan pada verifikasi lunak (tambahan Ayer) maka proposisi itu mengandung kemungkinan bagi pengalaman atau proposisi itu mengungkapkan pengalaman yang mungkin. Perluasan pengertian verifikasi ini membuka kemungkinan untuk menerima sejarah dan prediksi ilmiah sebagai pernyataan yang mengandung makna.<sup>103</sup> Dengan demikian Ayer mampu mengatasi kelemahan verifikasi yang diajukan pendahulunya, Schlick.

Verifikasi adalah jantung bagi Positivisme Logis sekaligus merupakan ‘titik terkuat’ dari pertahanan Positivisme untuk memperkuat proposisi-proposisi ilmiah secara keseluruhan karena prinsip verifikasi ini yang meneguhkan kepastian. Dibalik kekuatannya, verifikasi ini ternyata juga mengandung kelemahannya.

*Pertama*, verifikasi cenderung mengokohkan ‘kebenaran’ suatu paradigma dalam ilmu pengetahuan. Padahal ilmu pengetahuan berkembang bukan terletak pada kokohnya, melainkan sebaliknya, karena suatu paradigma bisa dibuktikan kesalahannya (falsifikasi) sehingga mengundang anomali, yang menyebabkan

<sup>102</sup> Charlesworth, *Philosophy and Linguistic Analysis*, Pittsburgh: Duguesne University, 1959, hal. 131. Lihat juga, Rizal Muntasyir, *Filsafat Analitik*, Op.Cit., hal. 81-83.

<sup>103</sup> A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, New York: Dover Publications Inc, 1952, hal. 5.

perdebatan dan perselisihan paradigma, hingga muncul revolusi pengetahuan yang menyebabkan munculnya paradigma baru.<sup>104</sup>

*Kedua*, dalam bidang hukum, verifikasi itu mengeliminasi nilai-nilai dan asas-asas dari hukum (seperti keadilan) karena ia tidak bisa diverifikasi sebelum nilai-nilai dan asas-asas itu dipoitofkan dalam peraturan perundang-undangan. Hukum diidentikan hanya sebagai peraturan perundang-undangan dan putusan hakim, karena itu yang hanya bisa diverifikasi. (akan dibahas lebih terperinci dalam sub. Bab tentang Positivisme Hukum).

*Ketiga*, dalam bidang bahasa, penerapan prinsip verifikasi ternyata mengandung kesukaran-kesukaran karena bahasa tidak semata-mata kognitif dan logika, melainkan juga emotif, ekspresif, seremonial, basa-basi, dan sebagainya.

## 2. Pemikiran Positivisme Hukum

Positivisme kemudian berkembang dan mempengaruhi bidang ilmu ekonomi, psikologi, dan termasuk hukum. Dalam bidang hukum, secara epistemologis, mazhab Positivisme Hukum lahir sebagai kritik terhadap mazhab Hukum Kodrat. Berdasarkan senjata rasio, mazhab Positivisme Hukum menolak mazhab Hukum Kodrat yang terlampaui idealistik. Hukum Kodrat dengan segala variannya yang menempatkan ontologi hukum pada tataran yang sangat abstrak,<sup>105</sup> ditolak Positivisme Hukum karena dinilai tidak konkret. Jika aliran Hukum Kodrat sibuk dengan permasalahan validasi nilai (abstrak), maka Positivisme Hukum justru hendak menurunkan kepada permasalahan konkret.

Kelemahan Hukum Kodrat gagal mengembangkan suatu metode untuk menetapkan apa yang menjadi kodrat manusia dan apa ciri-ciri hakikinya. Setiap filosof mempunyai pandangan sendiri tentang moral, keadilan, dan sebagainya. Sehingga, menurut kritik Positivisme Hukum, paham Hukum Kodrat bersifat ambigu dan gagal memberikan kepastian hukum yang obyektif.<sup>106</sup> Pada titik ini, kritik Positivisme Hukum terhadap Hukum Kodrat kelihatan meyakinkan.

<sup>104</sup> Bandingkan dengan teori Ingsutan Paradigma Thomas Kuhn dan teori Falsifikasi Karl Popper

<sup>105</sup> Lihat, Heinrich A. Rommen (Diterjemahkan oleh Thomas Hanley), *Natural Law A Study in Legal and Social History and Philosophy*, Liberty Fund, 1998. Bandingkan dengan A.P. d'Entreves, *Natural Law an Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson & Co, 1970.

<sup>106</sup> Lihat, Robin West, *Natural Law Ambiguities*, Connecticut Law Review, Vol 25, hal. 831-841.

Dalam rangka kepentingan memberikan jaminan kepastian hukum, Positivisme Hukum mengistirahatkan filsafat dari kerja spekulasinya<sup>107</sup> dan mengidentifikasi hukum dengan peraturan perundang-undangan. Hanya dengan mengidentifikasi hukum dengan peraturan perundang-undangan kepastian hukum akan diperoleh karena orang tahu dengan pasti apa yang boleh dan tidak boleh dilakukannya.<sup>108</sup> Pemikiran ini mengimplikasikan perpisahan tajam antara hukum dan moral. Hukum ditaati bukan karena dinilai baik atau adil, melainkan karena telah ditetapkan oleh penguasa yang sah.

Epistemologi Positivisme Hukum yang semula kritis terhadap Hukum Kodrat, menyudahi kekritisannya ketika menganggap Positivisme Hukum merupakan aliran paling akhir dan paling mutlak dari ilmu hukum. Epistemologi Positivisme Hukum yang semula adalah filsafat yang begitu kritis terhadap Hukum Kodrat, bukannya meneruskan kritik atas "dirinya", melainkan menutup pintu kritik sehingga dialektika dianggap telah usai.<sup>109</sup> Artinya, kaum Positivisme Hukum benar-benar menganggap "kebenaran" ilmu dan praktik hukum telah final pada titik garis Positivisme Hukum, sehingga merasa tidak akan ada perkembangan baru di waktu mendatang. Sebuah monumen yang menjadi tanda usainya dialektika dalam ilmu dan praktik hukum adalah kodifikasi.

Menurut Santos, paradigma positivisme mulai tumbuh pada abad ke-18, sebelum kapitalisme dominan. Meskipun positivisme dan kapitalisme merupakan 2 (dua) fenomena yang proses historisnya berbeda dan masing-masing berdiri sendiri, dalam perkembangan kemudian paradigma positivisme mempunyai pertalian erat dengan kapitalisme.<sup>110</sup> Paradigma positivisme mulai mempengaruhi hukum memodifikasi dirinya menjadi hukum modern sejak abad ke-19, suatu masa di mana

---

<sup>107</sup> Sebagai sebuah paradigma, Positivisme pada dasarnya berasal dari aliran filsafat yang meminjam pandangan, metode, dan teknik ilmu alam dalam memahami realitas. Pertemuan Positivisme hukum dan ilmu alam (saintisme) tidak terlepas semangat keilmuan pada saat itu untuk menjadikan ilmu sosial (termasuk hukum) netral (bebas nilai) dari kepentingan subyektif demi dicapainya obyektivitas dan kepastian yang terukur. Untuk itu ilmu hukum diharuskan mengikuti cara kerja (metode) kuantitatif ilmu pasti sehingga bukan suatu kebetulan jika penganut aliran ini mengagungkan kepastian hukum. Lihat, Denny Llyod, *The Idea of Law*, Harmondsworth, Penguin Books, 1973, hal 100 dan 106 -107.

<sup>108</sup> Secara historis, Positivisme Hukum yang lebih memberikan jaminan kepastian hukum berdasarkan peraturan perundang-undangan (hukum positif) awalnya ditujukan untuk mencegah kesewenangan penguasa terhadap penghukuman kepada rakyatnya yang tidak bersalah.

<sup>109</sup> Positivisme Hukum tidak menyediakan ruang bagi variabel-variabel non hukum, apalagi untuk mempermasalahkan hukum positif dari sisi lain (non hukum), dengan begitu Positivisme Hukum tampak menolak filsafat hukum, meskipun secara diam-diam menyatakan dirinya sebagai suatu filsafat hukum.

<sup>110</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science, and Politics in The Paradigmatic Transition*, Routledge, London, 1995, hal. 71-72.

kapitalisme mendominasi relasi *moda of production* dan membutuhkan suatu hukum modern yang dapat memberikan jaminan kepastian hukum bagi perkembangan (akumulasi, eksploitasi, dan ekspansi) modal.

Hubungan kapitalisme dan Positivisme Hukum yang hadir dalam wujud hukum modern diuraikan lebih luas oleh Max Weber. Sebagaimana survai Weber terhadap sistem hukum yang ada pada waktu itu menyimpulkan bahwa hanya hukum modern yang mampu memberikan kepastian dan dapat diprediksikan yang dibutuhkan oleh kapitalisme.<sup>111</sup> Hukum modern yang diharapkan dapat memberi kepastian hukum pada perkembangannya hadir dalam wujud profesi hukum. Dan tentu saja, profesi hukum ini membutuhkan dukungan pikiran positivis-analitis untuk mengolah bahan hukum guna menghasilkan putusan hukum.

Positivisme Hukum dalam perkembangannya mempengaruhi negara-negara untuk menganut sistem kodifikasi. Di negara – negara yang menganut paham kodifikasi, UU merupakan satu-satunya sumber hukum yang pasti.<sup>112</sup> Apabila dilacak ke belakang, sebelum lahirnya aliran Positivisme Hukum telah berkembang suatu pemikiran dalam ilmu hukum yang dikenal sebagai ajaran legisme. Aliran legisme mengindentikan hukum dengan undang-undang, atau tidak ada hukum di luar undang-undang. Undang-undang merupakan satu-satunya sumber hukum.<sup>113</sup> Pemikiran legisme berkembang semenjak akhir abad 18 dan telah banyak mempengaruhi perkembangan hukum di berbagai negara, termasuk Hindia Belanda. Pengaruh aliran Legisme di Hindia Belanda dapat dibaca pada pasal 15 Algemene Bepalingen van Wetgeving yang antara lain berbunyi (dalam bahasa Indonesia):

”Terkecuali penyimpangan-penyimpangan yang ditentukan bagi orang-orang Indonesia dan mereka yang dipersamakan dengan orang-orang Indonesia, maka kebiasaan bukanlah hukum kecuali jika undang-undang menentukannya.”

<sup>111</sup> Satjipto Rahardjo, Pembangunan Hukum di Indonesia Dalam Konteks Situasi Global, Makalah Seminar Nasional tentang Pendayagunaan Sosiologi Hukum dalam Masa Pembangunan dan Restrukturisasi Global dan Pembentukan Asosiasi Pengajar dan Peminat Sosiologi Hukum se-Indonesia, Pusat Studi Hukum dan Masyarakat Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 12 – 13 November 1996.

<sup>112</sup> Sudikno Mertokusumo & Pitlo, *Bab-Bab Penemuan Hukum*, Yogyakarta: Citra Aditya Bakti, 1993, hal 9 -10.

<sup>113</sup> Aliran legisme berkeyakinan bahwa undang-undang merupakan obat mujarab yang mampu menyelesaikan semua persoalan sosial. Cara pandang Legisme mirip dengan Positivisme Hukum, namun dalam beberapa hal terdapat perbedaan, misalnya jika legisme mengindentikan hukum hanya dengan undang-undang, Positivisme Hukum masih menerima hukum adat sebagai sumber hukum “kedua” setelah undang-undang. Jika dipetakan, Legisme merupakan garis konservatif dari variasi Positivisme Hukum. Lihat, N.E. Algra dan K. Van Duyvendijk, *Rechtvaang* (Diterjemahkan oleh Simorangkir, Mula Hukum, Binacipta, 1983), hal. 139.

Di negara-negara yang menganut paham kodifikasi, sumber yang digunakan hakim dalam menjalankan tugasnya untuk mengadili adalah hukum positif (undang-undang). Dalam pengertian ini, tugas hakim bukanlah menciptakan hukum (*rechtsvorming*) melainkan menerapkan hukum.

Pasal 21 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* menyatakan;

“Tiada seorang hakimpun atas dasar peraturan umum atau penetapan berhak memutus dalam perkara-perkara yang tunduk pada putusannya”. Artinya, hakim tidak boleh menempatkan diri sebagai pembentuk undang-undang, tidak boleh menempatkan diri dalam putusannya itu seolah-olah ia pembentuk undang-undang.

Pengaruh *Legisme* sangat terasa dalam lapangan hukum pidana yang dikodifikasi berasal Belanda dengan asas konkordansi. Hal ini ditemukan dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana<sup>114</sup> yang berbunyi: “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas dasar peraturan berkekuatan undang-undang yang terlebih dahulu ada dari perbuatan tersebut”.

Secara epistemologi, sejak teori pemisahan kekuasaan seperti halnya Teori *Trias Politica* muncul abad ke-17, hakim mendapat peran dalam lingkup yudikatif. Doktrin *Trias Politica* versi Baron de Montesquieu (1689-1755) menghendaki peran hakim terpisah dengan peran penguasa eksekutif dan legislatif.<sup>115</sup> Kata-kata Montesquieu yang dalam *L’Esprit des lois: les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la lois; des entres inanimés qui n’en peuvent modere ni la force ni la rigueur* (para hakim hanyalah mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang; mereka adalah makhluk yang tidak bernyawa yang tidak boleh melemahkan kekuatan dan kekerasan undang-undang).<sup>116</sup>

Dalam rambu yang seperti ini, hakim tidak ubahnya hanya menjadi corong atau terompet undang-undang (*La bouche de la loi* atau *mouthpiece of the law*). Hakim hanyalah *subsumptie automaat* atau *the machine-like loudspeaker of the law*, tidak ubahnya hanya pelaksana undang-undang. Sebagai corong undang-undang,

<sup>114</sup> Awalnya bernama “*Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsh Indie*” yang kemudian diubah menjadi “*Wetboek van Strafrecht*” (*WvS*).

<sup>115</sup> Dalam perkembangannya kemudian, konsep *Trias Politika* yang orisinal sudah ditinggalkan. Amerika Serikat yang terkenal dengan prinsip *check and balances*. Presiden diberi hak veto atas suatu rancangan undang-undang sekalipun sudah disetujui oleh Kongres. Undang-undang pun terbuka diuji material oleh Mahkamah Agung. Perkembangan ini mengindikasikan bahwa konsep pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) telah berubah apa yang disebut konsep pembagian kekuasaan (*division of powers*).

<sup>116</sup> Montesquieu, *The Spirit of The Law*, (diterjemahkan oleh Thomas Nugent), NY: Hafner Press, 1949.

beban hakim diringankan, ia tak perlu mempertimbangkan keadilan hukum itu sendiri karena hakim membatasi diri pada penerapan hukum terhadap kasus yang dihadapinya dengan menggunakan sistem logika tertutup.<sup>117</sup>

Melalui metode deduktif, sistem logika tertutup memerlukan perumusan premis mayor sebagai faktor penentu. Premis mayor dibangun dari norma positif dalam sistem peraturan perundang-undangan dan kemudian disandingkan dengan fakta yang merupakan premis minor, maka akan menghasilkan konklusi yang tak terbantahkan. Karena logika deduktif sangat bergantung pada perumusan premis mayor, maka formulasi dalam premis mayor dapat dipastikan bagaimana putusan hakim akan dijatuhkan. Misalnya, dalam Peninjauan Kembali dalam kasus pidana maka rujukannya adalah perumusan Pasal 263 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana. Pasal 263 ayat (1) KUHAP berbunyi: “Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, kecuali putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum, terpidana atau ahli warisnya dapat mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung.” Maka, dalam penafsiran logika tertutup (silogisme) disusun premis sebagai berikut:<sup>118</sup>

Premis Mayor (dasar hukum): Terpidana dan ahli warisnya berhak mengajukan peninjauan kembali.

Premis Minor (fakta): Jaksa bukan terpidana dan ahli waris.

Konklusi : Jaksa tidak berhak mengajukan peninjauan kembali.

Penganut Positivisme percaya apabila sistem logika tertutup diikuti maka hanya akan menemukan satu kebenaran (kebenaran obyektif).<sup>119</sup> Oleh karena hanya ada satu kebenaran atau kebenaran tunggal, maka penafsiran undang-undang harus monotafsir, terutama yang paling mungkin dilakukan adalah penafsiran gramatikal dan otentik.

Walaupun silogisme penting dan perlu, dalam praktik penalaran hukum tidak sesederhana dan linier itu. Aturan hukum yang dipandang sebagai premis mayor

<sup>117</sup> Satjipto Rahardjo, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Penerbit Buku Kompas, hal. 224

<sup>118</sup> Lihat, Shidarta, *Positivisme Hukum*, UPT Penerbitan Universitas Tarumanegara, 2007, hal. 54.

<sup>119</sup> Klaim kebenaran tunggal dan kepastian hukum dalam kenyataannya tidak berjalan linier, misalnya dalam perkara Peninjauan Kembali Muktar Pakpahan, Gandhi Memorial School, dan Munir ternyata jaksa dapat melakukan Peninjauan Kembali. Artinya, penafsiran hukum tidak seperti yang dibayangkan oleh penganut Positivisme Hukum yang tertutup dan “kedap air” melainkan rentan terkontaminasi kepentingan politik, ekonomi, dan sebagainya.

selalu memerlukan interpretasi dalam konteks kenyataan faktual yang konkret. Selain itu, dinamika kehidupan selalu memunculkan situasi baru yang terhadapnya belum ada aturan eksplisit yang secara langsung dapat diterapkan. Itu sebabnya, aturan hukum selalu mengalami pembentukan dan pembentukan ulang (dengan interpretasi). Premis minornya berupa fakta yuridis, yakni fakta-fakta<sup>120</sup> dari sebuah kasus dalam masalah hukum, juga tidak begitu saja terberi, melainkan harus dipersepsi dan dikualifikasi dalam konteks aturan hukum yang relevan, untuk kemudian diseleksi dan diklasifikasi berdasarkan kategori-kategori hukum. Jadi, fakta yuridis bukanlah “bahan mentah”, melainkan fakta yang sudah diinterpretasi dan dievaluasi.<sup>121</sup>

Namun persoalannya, interpretasi dalam silogisme seperti dalam sangkar besi (iron cage), karena jawaban (konklusi) diam-diam sebenarnya sudah “tersedia” dalam premis mayor. Dalam silogisme, norma yang didudukan sebagai premis mayor diasumsikan lebih luas dari fakta (premis minor). Premis mayor berposisi sebagai “konsep ortodoksi” yang secara aksiomatis dianggap mampu mencakup, melingkupi, bahkan mengantisipasi semua persoalan di masyarakat. Semua fakta ditampung dalam norma, sehingga norma dalam premis mayor mengikat dan menyerap fakta-fakta apa pun permasalahannya. Ketika norma hukum menjadi ukuran seragam bagi semua perbuatan manusia, cenderung akan mereduksi perbuatan manusia yang unik ke dalam standar tertentu. Cara bernalar demikian mendapat tempat dalam ajaran “hakim adalah corong undang-undang”.

Dalam peta epistemologis, ajaran bahwa hakim hanyalah corong undang-undang dan dilarang untuk menciptakan hukum, dilihat dari tradisi hukum yang berkembang di dunia umumnya dianut di negara-negara yang menganut tradisi hukum kontinental (civil law).<sup>122</sup> Para ahli hukum dari tradisi kontinental, pada dasarnya berada pada arus besar (mainstream) pemikiran bahwa “law as it is written in the

<sup>120</sup> Fakta berasal dari bahasa Latin “*facere*” yang berarti ‘membuat’ atau ‘berbuat sesuatu’ – dalam wacana modern, dengan memperhatikan kata asalnya dapat diartikan ‘semua hasil perbuatan atau buatan manusia’. Berbeda dengan istilah fenomena, berasal dari kata Yunani “*phainomenas*” (berakar pada kata *phanein* : menampak) sering digunakan kepada obyek yang masih berada diluar alam kesadaran manusia. Fenomena masih bernilai ‘objektif’ sedangkan fakta telah bernilai ‘subjektif’ karena telah ditafsirkan sang manusia. Fenomena hanya mungkin menjadi kesadaran manusia manakala telah direduksi ke dalam suatu parameter yang terdefiniskan sebagai fakta. Soetandyo Wigjoesobroto, Fenomena Cq Realitas Sosial sebagai Objek Kajiab (Sains) Sosial, 2001, hal 1-2.

<sup>121</sup> B. Arief Sidharta, Struktur Ilmu Hukum, Op.Cit., hal. 21.

<sup>122</sup> Namun dalam perkembangannya negara-negara yang menganut tradisi Civil Law tidak sama persis seperti Civil Law pada abad ke-19, misalnya penelitian F.H. Lawson mengemukakan, “French Law has become almost as much system of judge-made law as English law. Indeed, the judge are prepared ... to make law “*contra legem*” (against the text of the law) in away that no English judge would do at the present day.” F.H. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, 1953. Lihat, John Bell et.all., *Principles of French Law*, Oxford University Press, New York, hal. 67 -68.

book". Pada negara yang berkiblat pada tradisi kontinental, hakim dalam menyelesaikan perkara harus terlebih dulu melihat kepada undang-undang daripada sumber hukum lainnya.

Dalam sejarah kolonial hukum Indonesia,<sup>123</sup> melalui asas konkordansi, sistem kontinental ini oleh kolonial Belanda kemudian ditanamkan ke dalam konstelasi hukum di Hindia Belanda (Indonesia) untuk menggantikan secara berangsur sistem hukum terdahulu yang berdasarkan tradisi-tradisi lokal.<sup>124</sup> Pengaruh sistem hukum Belanda yang berlangsung dalam kurun waktu yang cukup lama, membuat bangsa Indonesia terbiasa dengan sistem hukum tertulis dan terkodifikasi.<sup>125</sup> Corak tradisi hukum kontinental ini lalu tumbuh berkembang di bawah pengaruh ajaran Positivisme Hukum. Positivisme Hukum akhirnya menjadi "pohon utama" yang menaungi sistem hukum Indonesia sampai sekarang.

Dalam peta filsafat klasik, pemikiran positivisme sudah ada pada masa sebelum masehi. Di Cina, pada masa kaisar Han Feizi (meninggal tahun 233 SM) mempraktekkan aliran Legalisme (Fa Zia). Han Feizi merumuskan, bahwa negara akan aman bila tidak didasarkan pada moralitas pemimpin, tetapi pada kesadaran seluruh warga negara akan kodrat dan posisinya. Kesadaran seperti ini hanya mungkin bila kodrat dan posisi individu warga negara dirumuskan dalam hukum yang dilengkapi sanksi yang keras bagi pelanggarnya dan ganjaran (rewards) bagi yang mematuhi. Hanya dengan cara ini seorang pemimpin tidak perlu repot-repot menyelenggarakan pemerintahannya.

*Just as the sun and moon shine forth, the four seasons progress, the clouds spread, and the wind blows, so does the ruler not encumber his mind with knowledge, or himself with selfishness. He relies for good government or*

---

<sup>123</sup> Dalam Teori-teori Poskolonial, paska kolonial dipandang sebagai "tanda" pertemuan antara si penjajah dengan terjajah, sehingga tidak untuk mengklaim bahwa kolonialisme telah digulingkan. Lihat, Spoonley, *Constructing Ourselves: The Post-Colonial Politik of Pakeha'* dalam M. Wilson dan A. Yeatman (ed) *Justice and Identity: Atipodean Practices*, NSW: Allen & Unwin, 1995. Lihat juga, Leela Gandhi, *Postcolonial Theory A Critical Introduction* (Terjemahan: Teori Poskolonial Upaya Meruntuhkan Hegemoni Barat), Penerbit Qalam, 2001.

<sup>124</sup> Sebagaimana dikatakan Soetandyo Wignjosoebroto, hukum adat sebenarnya hanya akan menemukan kelestariannya kalau diperlakukan sebagai *common law* daripada Positivisme Hukum yang identik dengan model penalaran dari keluarga sistem *civil law*. Baca, Soetandyo Wignjosoebroto, op.cit., hal. 134 – 135, 201-202.

<sup>125</sup> Lihat, Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945 – 1990*, Muhammadiyah University Press, 2004, hal 66.

<sup>125</sup> Fung Yu-Lan, *A Short History of Chinese Philosophy*, New York

*disorder upon laws and methods (shu); leaves right and wrong to be dealt with through rewards and punishments.*<sup>126</sup>

(terjemahan bebasnya: Sama seperti sinar matahari dan cahaya bulan, empat musim berkembang, awan menyebar, dan angin bertiup, begitu juga penguasa tidak membebani pikirannya dengan pengetahuan, atau dirinya dengan keegoisan. Ia menyandarkan/mengandalkan pemerintahan yang baik atau ketidaktertiban pada hukum dan metode (shu); benar dan salah ditangani dengan imbalan dan hukuman.)

Itulah sebabnya Han Feizi menyatakan, bahwa seorang yang tololpun bisa menjadi pemimpin negara (fool-proof). Sebab seorang pemimpin tak perlu lagi memerintah, bila hukum negara telah menjadi kosmos. Hukum negara akan menjadi kosmos, karena Han Feizi - seperti Xun Zu, gurunya - menganggap setiap individu memiliki sifat evil:

*In ruling the world, one must act in accordance with human nature. In human nature there are the feelings of liking and disliking, and hence rewards and punishment are effective. When rewards and punishments are effective, interdicts and commands can be established, and the way of government is complete.*<sup>127</sup>

Namun bagaimana seorang pemimpin tahu, bahwa seseorang telah mematuhi atau sebaliknya melanggar hukum? Menurut Han Feizi semua ini tergantung pada tafsir pemimpin. Jadi hanya pemerintah yang totaliter yang mampu menerapkan prinsip-prinsip legalisme:

*The intelligent ruler carries out his regulations as would Heaven, and handles men as if he were a divine being. Being like Heaven, he commits no wrong, and being like a divine being, he falls into no difficulties. His shih (power) enforces his strict orders, and nothing that he encounters resists him... Only when this is so can his laws (fa) be carried out in concert.*<sup>128</sup>

Teori Positivisme Hukum juga tumbuh di daratan India, terutama dikembangkan Kautilya pada masa Kerajaan Chandragupta (abad ke 4 SM). Kautilya percaya bahwa sistem monarkhi mempunyai manfaat lebih dibanding bentuk pemerintahan lain. Pengaturan tatanan duniawi tergantung hukum raja (the king's Rod).

*"In order to maintain this order, the king should always hold the Rod up to strike, since there is no better means for the subjugation of human being than*

<sup>126</sup> Fung Yu-Lan, *A Short History of Chinese Philosophy*, New York, The Free Press, 1966. Lihat, Donny Danardono, *Rasio Yang Argumentatif –Komunikatif dan Intuisi yang Instruktif*, 2007, hal. 11-12.

<sup>127</sup> Ibid, hal. 162.

<sup>128</sup> Ibid. 158.

*the Rod. A king without the Rod is a source of terror to human beings; a king mild with the Rod is despised; ; and a king just with the Rod is honored. When used after full consideration, the Rod endows the subjects with spiritual good, material-being, and pleasures of the senses. When used unjustly, i.e. in passion, anger, or contempt it enrages people. If not used at all, it gives rise to the law of the fish wherein the stronger swallows the weak.*"<sup>129</sup>

Dalam peta filsafat hukum modern,<sup>130</sup> doktrin Positivisme lahir sebagai penolakan terhadap mazhab Hukum Kodrat. Mereka menolak Hukum Kodrat karena terlalu berbau metafisik dan idealistis sehingga gagal memberikan kepastian hukum. Tidak hanya menyerang aliran Hukum Kodrat, Positivisme Hukum juga mengkritik ajaran-ajaran yang memberi tempat pada 'custom' (misalnya Blackstone's theory) sehingga tidak ada keseragaman dan kepastian hukum..

Bayang-bayang dominasi Positivisme mempengaruhi sistem hukum modern awalnya terbit di daratan Eropa. Lalu, diperkenalkan dan masuk ke Indonesia di bawa kolonial Belanda untuk menggantikan secara berangsur sistem hukum terdahulu yang berdasarkan tradisi-tradisi lokal.<sup>131</sup> Kurun waktu 350 tahun dalam pengaruh sistem hukum Belanda merupakan kurun waktu yang cukup lama untuk membuat bangsa Indonesia terbiasa dengan sistem hukum tertulis dan terkodifikasi, sebagai akibat dari pengaruh sistem hukum sipil (Eropa Kontinental) yang dianutnya selama berabad-abad.<sup>132</sup>

Masuknya arus utama mazhab Positivisme Hukum ke bumi Indonesia -- selain memang karena dampak kolonialisasi Belanda, juga tidak dapat dilepaskan dari peranan dari peranan academic jurists Belanda yang mengawali tonggak pengajaran dan kajian hukum di sini. Paradigma Positivisme Hukum diajarkan di bangku-bangku Fakultas Hukum di Indonesia sebagai satu-satunya pendekatan paling absah dalam mempelajari hukum. Sebagai negara yang mewarisi tradisi tradisi civil law,

<sup>129</sup> Surya Prakash Sinha, *Jurisprudence Legal Philosophy In a Nutshell*, West Publishing, 1993, hal. 172 -173.

<sup>130</sup> Secara klasikal dikenal sedikitnya enam aliran filsafat hukum, yakni Aliran Hukum Kodrat, Positivisme Hukum, Utilitarianisme, Mazhab Sejarah, Sociological Jurisprudence, dan Realisme Hukum. Aliran lain yang disebut *Critical Legal Studies* dan *Freierechtslehre* (ajaran hukum bebas) dapat dianggap sempalan (kubu ekstrem) dari Realisme Hukum.

<sup>131</sup> Sebagaimana dikatakan Soetandyo Wignjosoebroto, hukum adat sebenarnya hanya akan menemukan kelestariannya kalau diperlakukan sebagai *common law* daripada Positivisme Hukum yang identik dengan model penalaran dari keluarga sistem *civil law*. Baca, Soetandyo Wignjosoebroto, op.cit., hal. 134 – 135, 201-202.

<sup>132</sup> Lihat, Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945 – 1990*, Muhammadiyah University Press, 2004, hal 66.

perkembangan (ilmu) hukum di Indonesia memang sangat ditentukan oleh kaum academic jurists; di tangan merekalah terletak kewenangan akademik dan profesional dalam menginterpretasi hukum. Dalam perkembangannya, pada tradisi civil law sangat mengandalkan peranan negara sehingga cenderung monolitik. Besarnya peranan negara (penguasa) dalam pembentukan hukum merupakan "out put" ajaran Positivisme Hukum.<sup>133</sup>

Pembentuk hukum adalah penguasa yang berdaulat yang bentuknya diidentikan dengan undang-undang serta dikenakan terhadap pihak yang dikuasai adalah ajaran pemikir Positivisme Hukum, terutama Jeremy Bentham dan John Austin. Uniknya, pemikiran Positivisme Hukum ini justru lahir di negara yang bukan mempunyai tradisi Civil Law, melainkan di Inggris yang mempunyai tradisi Common Law. Setelah mempelajari hukum romawi, Austin menyadari betapa kacaunya hukum Inggris dan sebagai antitesanya ia melahirkan pemikiran tentang Positivisme Hukum. Positivisme Hukum klasik dibangun oleh Bentham dan Austin sebagai reaksi terhadap 'Blackstone's theory of the common law' yang dominan sebelum abad ke 19. Teori Blackstone<sup>134</sup> yang menjadi fondasi teoritis tradisi common law klasik, oleh Bentham dan Austin, dianggap 'kacau' dan gagal menjelaskan sumber hukum dan kewenangan dari 'judge-made law'. Dalam perkembangannya, pemikiran Bentham dan Austin lebih 'diterima' di negara-negara yang menganut tradisi Civil Law, tetapi juga dalam tradisi common law yang ketat memberlakukan asas stare decisis.

Jeremy Bentham mendasarkan teorinya pada faham Thomas Hobbes<sup>135</sup> bahwa hukum itu hanya bisa memperoleh kewibawaannya dari masyarakat yang

---

<sup>133</sup> Ifdhal Kasim, *Membebaskan Hukum* (Pengantar: Gerakan Studi Hukum Kritis), Jurnal Wacana Insist, VI/2000, hal 4.

<sup>134</sup> Teori Blackstone mengajarkan; *pertama*, sumber hukum dari tradisi common law adalah *custom*; *kedua*, custom itu sendiri adalah ekspresi dari nilai-nilai bangsa; *ketiga*, hukum tidak mudah diekspresikan sebagai seperangkat peraturan dalam sebuah bentuk yang dapat dituliskan secara khusus sebagai pedoman tindakan masa depan; *keempat*, meskipun secara teoritis kekuasaan (sovereign) dimungkinkan dapat menciptakan hukum-hukum baru, tetapi hukum-hukum yang diciptakan kekuasaan sering tidak masuk akal (unreasonable) dan tidak adil (unjust). Lihat, Anthony J. Sebok, *Misunderstanding Positivism*, Michigan Law Review, 1 Juni 1995.

<sup>135</sup> Ajaran Thomas Hobbes bahwa dalam keadaan alamiah yang sewajarnya individu-individu hidup dalam perang yang tak kunjung henti melawan sesamanya dengan akibat bahwa hidupnya akan terpicil, miskin, menjijikan, dan terancam. Hobbes memang hidup dalam masa terjadinya perang saudara di Inggris, ketegangan, suasana tertekan, dan pengungsian yang banyak terjadi mempengaruhi jalan pemikirannya. Karenanya, Hobbes bersikukuh pada keyakinan demi kelangsungan hidupnya manusia itu harus melepaskan diri dari penderitaan anarkhi. Caranya dengan jalan mengusahakan keamanan dan ketertiban. Keamanan dan ketertiban akan terwujud jika ada kekuasaan yang superior dan berdaulat yang dapat memaksakan kekuasaannya secara absolut dan dapat menuntut ketaatan seluruh warga negara tanpa penawaran. Postulat Hobbes, yang menyatakan kekuasaan yang berdaulat

terorganisasi secara kenegaraan saja. Teori kedaulatan negara yang oleh Hobbes digunakan untuk melandasi kekuasaan pemerintahan para aristokrat, oleh Bentham telah diubah dasar pembenar yang melandasi kekuasaan legislatif dengan tujuan utama melucuti kekuasaan para aristokrat. Pemikiran Bentham sebenarnya mewakili kepentingan kelasnya sendiri, yakni borjuis. Pemikirannya mencerminkan kepentingan kelas pedagang dan kelas industrialis yang sedang tumbuh. Pada waktu itu kedua kelas baru itu sudah berhasil mengambil alih kekuasaan ekonomi negeri Inggris. Tetapi jalan kearah kekuasaan politik baginya masih terhalang oleh para aristokrasi. Posisi para aristokrat masih kokoh karena feodalisme dan sistem hukum lama masih dipertahankan. Sementara itu disisi lain, kelas buruh semakin militan ancaman terhadap bagi kaum usahawan dan merupakan halangan untuk melakukan akumulasi keuntungan.<sup>136</sup> Dengan demikian, wajarlah jika Bentham menyokong konsepsi Hobbes bahwa negara adalah sebagai penguasa tertinggi yang berdaulat (diimajinasikan sebagai 'Leviathan') yang mengusahakan ketertiban dan keamanan. Hanya dalam kondisi-kondisi stabil, individu-individu akan dapat mengembangkan cita-citanya memperoleh kebahagiaan sebesar-besarnya dan menjauhi penderitaan (the greatest happiness of the greatest number).<sup>137</sup>

Menurut Bentham, sumber hukum itu bukan ilham-ilham abstrak yang berasal dari dunia transenden (sebagaimana yang dibayangkan penganut Hukum Kodrat), melainkan negara yang bertindak melalui lembaga-lembaganya yang spesifik, yaitu badan-badan kehakiman dan legislatif.<sup>138</sup> Pemikiran Bentham ini mempengaruhi John Austin dengan mengartikan hukum sebagai;

"...a rule laid down for the guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him."<sup>139</sup> Pemikiran Austin ini mengimplikasikan adanya kecenderungan menekankan pihak superior untuk memaksa orang lain untuk taat kepadanya.

---

inilah sesungguhnya menjadi sumber hukum sekaligus satu-satunya yang berkuasa untuk mengubahnya. Pemikiran Hobbes membenarkan adanya kekuasaan absolut. Absolutisme dibutuhkan untuk menciptakan keamanan dan ketertiban. Lihat, Thomas Hobbes, *Leviathan* (Diedit oleh Edwin Curley), Hackett Publishing Company, 1994.

<sup>136</sup> William J. Chambliss dan Robert Seideman, Op.Cit. 1971, ha. 16-55.

<sup>137</sup> Freeman, Op.Cit. 2001, hal. 199-207.

<sup>138</sup> Ibid, 199-200.

<sup>139</sup> Menurut Austin bahwa hukum adalah satu peraturan yang dibuat untuk dipergunakan sebagai pedoman mahluk berakal, oleh mahluk berakal yang mempunyai kekuasaan terhadap. Dalam memberikan rumusan tentang hukum, tampak Austin mengganti cita-cita tentang Keadilan yang diusung Teori Hukum Alam dan menggantinya dengan "perintah yang berdaulat. Lihat, J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, hal. 18

Austin melahirkan dua buku yang terkenal, yakni *"Lectures on Jurisprudence"* dan *"The Province of Jurisprudence Determined"*. Dalam buku *"Lectures on Jurisprudence"* yang merupakan kumpulan kuliah, Austin mengungkapkan bahwa *"Law is a command of the Lawgiver"*. Buku *"The Province of Jurisprudence Determined"* mengajarkan bahwa hakikat dari hukum adalah "hukum positif" (laws properly so called Positive Law).<sup>140</sup>

Hukum positif, menurut Austin, merupakan perintah dari penguasa yang berdaulat (sovereignty). *"Every law or rule is a command. Or, rather, laws or rules, properly so called, are a species of commands."* Austin melukiskan perintah (command) sebagai berikut; *"If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the expression or intimation of your wish is a command."*<sup>141</sup> Pandangan Austin sangat jelas bahwa hukum tidak didasarkan pada nilai baik atau buruk, melainkan pada kekuasaan dari pemegang kedaulatan.

Karakter hukum positif yang terpenting, menurut Austin, terletak pada sanksi. *"The evil which will probably be incurred in case a command be disobeyed or in case a duty be broken, is frequently called a sanction, or enforcement of obedience. Or the command or the duty is said to be sanctioned or enforced by the chance of incurring the evil."*<sup>142</sup>

Kesimpulan Austin atas esensi hukum adalah hukum positif harus memenuhi unsur perintah, sanksi, kewajiban, dan kedaulatan. Diluar itu, bukanlah hukum, melainkan moral positif. Karena itu, hukum yang layak adalah suatu sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup (*closed logical system*).

Kepastian hukum adalah tujuan paling akhir dari positivisme hukum. Menurut John Austin, untuk mencapainya (kepastian hukum) hukum harus dipisahkan dari moral. Pemikir positivis yang lain, Hans Kelsen, menjadikan Positivisme Hukum semakin ketat. Bahkan, hukum tidak hanya dilepaskan dari persoalan moral

---

<sup>140</sup> Austin membedakan antara "laws properly so called" dengan "law improperly so called". "Laws properly so called" adalah hukum yang dibuat penguasa politik yang sedang memegang kekuasaan atas orang-orang yang dibawah kekuasaannya. Sedangkan, "laws improperly so called" merupakan aturan-aturan yang tak dibuat oleh seorang penguasa politik, baik secara langsung maupun tak langsung, misalnya ketentuan-ketentuan yang dibuat perkumpulan-perkumpulan dan ketentuan yang lazim disebut "hukum internasional"

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> Ibid.

melainkan juga harus dimurnikan dari anasir-anasir non hukum seperti filsafat, politik, psikologi, ekonomi, dan sosial (*reine Rechtslehre*).

Pandangan Hans Kelsen yang hendak memurnikan hukum dari anasir-anasir non hukum tidak lahir dari ruang kosong, melainkan dipengaruhi perkembangan Filsafat Ilmu Pengetahuan. Suatu aliran, termasuk teori hukum murni Hans Kelsen, lahir dari dasar filosofis yang kuat dan bukan hanya gagasan-gagasan sesaat yang merespon kondisi atau isu tertentu. Sebelum mengelaborasi pemikiran Hans Kelsen, ada baiknya melacak epistemologi Hans Kelsen tentang “pemurnian hukum” dengan menelisik masuk pada wilayah Filsafat Ilmu Pengetahuan.

Pemurnian ilmu pengetahuan dari kepentingan, dalam sejarah filsafat, berlangsung dua jalur. Pada jalur pertama, mengutamakan kemampuan rasio manusia yang menganggap pengetahuan murni dapat diperoleh melalui rasio manusia. Jalur pertama ini dirintis oleh Plato yang menekankan peranan intuisi. Plato beranggapan bahwa pengetahuan sejati adalah pengetahuan tunggal yang tidak berubah-ubah, yaitu pengetahuan yang menangkap idea-idea. Pengetahuan manusia bersifat a priori, sudah melekat pada rasio itu sendiri, maka tugas manusia hanyalah mengingat kembali apa yang menjadi a priori di dalam rasionya, yaitu idea-idea. Untuk itu manusia harus terus-menerus membersihkan pengetahuannya dari unsur-unsur yang berubah-ubah agar dapat menembus hakikat kenyataan atau idea-idea. Jalur rasionalitas ini menampilkan diri kembali di dalam filsafat modern, tampil filsuf seperti Rene Descartes, Malebranche, Spinoza, Leibniz, dan Wolff. Mereka beranggapan bahwa pengetahuan sejati dapat diperoleh dalam rasio sendiri dan bersifat a priori, yang dihasilkan dari pernyataan-pernyataan logis, analitis, dan matematis.<sup>143</sup>

Pada jalur yang berseberangan atau jalur kedua, mementingkan peranan pengalaman dan pengamatan empiris terhadap objek pengetahuan karenanya bersifat a posteriori. Pada jalur ini berdiri Aristoteles yang mengutamakan abstraksi. Menurut Aristoteles, pengetahuan sejati adalah hasil pengamatan empiris. Pengetahuan bersifat a posteriori, maka tugas manusia adalah mengamati unsur-unsur yang berubah-ubah dan melakukan abstraksi atas unsure-unsur itu sehingga dari yang partikular diperoleh yang universal. Untuk melakukan abstraksi inipun manusia harus membersihkan diri dari unsur-unsur yang berubah. Jalur Empirisisme ini mendapat pada filsafat modern mendapat dukungan pemikiran dari Hobbes, Locke, Barkeley, dan Hume yang berdiri

---

<sup>143</sup> F. Budi Hardiman, *Kritik Ideologi Menyingkap Kepentingan Pengetahuan Bersama Jurgen Habermas*, Buku Baik, 2004, hal. 6.

di garis ini. Para filsuf ini beranggapan bahwa pengetahuan sejati dapat diperoleh melalui ‘evidensi pengamatan inderawi’.<sup>144</sup>

Meskipun pangkal perolehan pengetahuan keduanya berbeda, keduanya sama-sama berkeyakinan bahwa suatu teori murni (dan bersifat ilmiah) dapat diperoleh dengan jalan membersihkan pengetahuan dari dorongan-dorongan dan kepentingan-kepentingan manusia (subyektivitas). Sejak Francis Bacon (1561-1625), pengetahuan empiris-analitis yang kemudian menjadi ilmu alam direfleksikan secara filosofis sebagai pengetahuan yang sah tentang kenyataan. Melalui rasionalisme dan Empirisisme, ilmu-ilmu alam memperkembangkan konsep teori murni. Dengan mengambil sikap teoritis murni, ilmu-ilmu alam dapat membebaskan diri dari kepentingan-kepentingan manusiawi.<sup>145</sup> Arus ilmu-ilmu alam ini mempengaruhi ilmu-ilmu sosial, terutama aliran Positivis yang dirintis Auguste Comte (1798-1857). Positivisme adalah puncak pembersihan pengetahuan dari kepentingan dan awal pencapaian cita-cita untuk memperoleh pengetahuan demi pengetahuan.<sup>146</sup>

Pertikaian teoritis antara rasionalitas dan Empirisisme berhasil didamaikan oleh Immanuel Kant. Dalam “kritik der reinen Vernunft” (Kritik atas Rasio Murni), Kant menunjukkan bahwa pengetahuan kita merupakan sintesis antara unsur-unsur *a priori* (lepas dari pengalaman) dan unsur-unsur *a posteriori* (berdasarkan pengalaman). Untuk memperoleh pengetahuan rasional, menurut Kant, rasio kita menempuh tiga tahap refleksi.

Pertama, pada tahap pengetahuan inderawi, pengetahuan sudah terdiri dari unsur *a priori* dan *a posteriori*. Unsur *a priori*nya adalah ruang dan waktu, membentuk data empiris menjadi kenyataan yang dapat diketahui. Kant berpendapat, kenyataan sejati tak dapat diketahui meskipun setiap obyek yang kita ketahui mengandaikan adanya suatu ‘*das Ding an sich*’ (benda pada dirinya). Dengan demikian, apa yang tertangkap dalam ruang dan waktu masih bersifat gejala dan belum dapat disebut pengetahuan empiris yang obyektif. Untuk menjadi pengetahuan empiris yang obyektif, kesan-kesan inderawi itu harus diolah dan ditata oleh *verstand* (akal budi).<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> Ibid., hal. 7

<sup>145</sup> Ibid., hal. 8

<sup>146</sup> Pembahasan mengenai positivisme akan dibahas secara khusus dalam sub bab dibawah ini.

<sup>147</sup> Immanuel Kant, *The Critique of Pure Reason*, (diterjemahkan oleh JMD Meiklejohn, Wilder Publications, 2008, hal. 245 – 246. Arief Sidharta, *Teori Murni Tentang Hukum*, dalam Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya (Peny. Lili Rasjidi dan Arief Sidharta), Bandung: Remaja Karya, 1989, hal. 54 – 55.

Tahap kedua, akal budi (Verstand), aspek aktif dari pengetahuan manusia. Jika tahap pertama sebelumnya, indera menyediakan bahan mentah, sedangkan tahap kedua, akal budi mengolahnya dengan kategori-kategori logis. Verstand itu secara aktif mengatur dan menata massa yang khaostis yang terdiri dari kesan-kesan inderawi menjadi suatu pengetahuan empiris yang teratur. Verstand adalah kemampuan untuk berpikir teoritis. Kemampuan ini pun mendahului dan memungkinkan pengalaman, jadi bersifat transendental. Verstand terdiri atas bentuk-bentuk berpikir a priori yang dinamakan kategori-kategori. Bentuk-bentuk berpikir a priori atau kategori-kategori itu terdiri atas kategori-kategori kuantitas, kualitas, relasi, dan modalitas. Kategori kuantitas meliputi ketunggalan (ke-satu-an), hal banyak (ke-banyak-an), ke-semua-an. Kategori relasi meliputi substansi, sebab-akibat, interaksi. Kategori modalitas meliputi kemungkinan, kenyataan, keniscayaan, kebetulan.<sup>148</sup>

Pada tahap ketiga, tahap rasio (Vernunft), pengetahuan adalah hasil sintesis antara keputusan-keputusan yang telah dihasilkan pada tahap akal budi. Kesan-kesan inderawi yang ditangkap oleh bentuk pengamatan ruang dan waktu, kemudian diolah oleh akal budi (verstand) melalui bentuk-bentuk pikiran (kategori-kategori) sehingga menjadi pengetahuan empiris. Sebaliknya, materi impresi inderawi diarahkan kepada bentuk-bentuk pikiran transendental yang logis dari Verstand. Hanya dalam keterjalinan secara bertimbal-balik ini pengetahuan empiris itu dimungkinkan. Dari sinilah dihasilkan orde proposisi-proposisi atau argumen-argumen.<sup>149</sup>

Sejak Kant, pengetahuan empiris menjadi norma bagi segala kegiatan pengetahuan kita, maka sejak saat itu pula kesahihan metafisika (termasuk Hukum Kodrat) dipertanyakan dan digugat, sedangkan kesahihan ilmu-ilmu alam diperkuat secara filosofis. Kant menghilangkan mahkota Hukum Kodrat, ia menempatkan hukum dalam dunia pengalaman.

Kant sebagaimana pemikir Positivis memisahkan moral dan hukum. Namun, apakah Kant termasuk positivis atau bukan, masih terjadi silang pendapat dikalangan para filsuf. Terutama pemikiran Kant tentang 'imperatif kategoris' menunjukkan pemikiran mendasar tentang moral yang ditolak oleh kalangan positivis. Apa itu 'imperatif kategoris' ? Imperatif kategoris membantu kita untuk mengetahui tindakan yang wajib dan yang dilarang. Kant secara tajam membedakan imperatif kategoris

<sup>148</sup> Immanuel Kant. Ibid. Lihat juga, Mitchell Cohen, *The Wager Lucien of Goldmann, Tragedy, Dialectics, and Hidden God*, Princeton University Press, 1994, hal. 111.

<sup>149</sup> Ibid.

dengan imperatif hipotetis. Dalam imperatif hipotetis tergantung: 'Jika saya ingin x maka saya harus melakukan y'. Imperatif hipotetis seperti ini, menurut Kant, tidak mengandung moral apa-apa. Bagi Kant, hanya imperatif kategoris yang bermuatan moral, yakni: "Aku harus melakukan x", tanpa referensi pamrih.<sup>150</sup>

Dalam 'imperatif kategoris', Kant memulainya dengan kalimat perintah; "Bertindaklah secara moral, hanya jika kamu melakukan sesuatu murni karena kewajiban sajalah maka tindakanmu dapat dikatakan sebagai tindakan moral." Kant menggunakan kata 'imperatif kategoris' untuk mengungkapkan keharusan (*sollen*) atau kewajiban tanpa syarat, untuk membedakan dengan 'imperatif hipotetis' atau kewajiban yang bersyarat sebagaimana dikatakan Kant, "Bertindaklah sedemikian rupa, sehingga maksim kehendakmu kiranya dapat berlaku setiap saat sekaligus dapat ditetapkan sebagai undang-undang yang bersifat universal." Karena alasan itu, Kant memisahkan antara hukum dan moral: "*morrality is a matter of the internal motives of the individual. Legality is a matter of action in conformity with an external standard set by the law*".<sup>151</sup>

Jurgen Habermas mengkritik imperatif kategoris tidak "deliberatif". Kritik Habermas mengandung kebenaran. Diam-diam dalam imperatif kategoris terkandung absolutisme, perintah yang harus dipatuhi subjek tanpa syarat, sementara dalam mengenali imperatif ini subjek tidak membuka dialog dengan subjek-subjek lain (intersubjektivitas). Hasil dari pengenalan yang diperoleh secara monologal ini lalu diklaim sebagai *hakiki*. Dan apa saja yang hakiki adalah total, sehingga kebenaran dari pengetahuan yang diperoleh oleh subjek yang monologal ini dianggap legitim. Subyek rasio praktis menerapkan pengetahuan moral ini yang diperolehnya kepada semua subyek rasional tanpa dialog, yakni semata-mata melalui asas-asas universal yang dapat dideduksikan. Seperti juga rasio pada umumnya, rasio praktis dalam filsafat Kant dimengerti secara esensialistis. Esensialisme macam ini dalam filsafat kontemporer dituduh menyembunyikan tendensi-tendensi totaliter, karena pendapat seorang pemikir diterapkan begitu saja pada kompleksitas sosial.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> H.J Paton, *The Categorical Imperative, A Study in Kant's Moral Philosophy*, University of Pennsylvania Press, 1971, hal. 72. Isaac M. Mc. Phee, *Kant's Categorical Imperative*, diakses dalam <http://www.suite101.com/content/kants-categorical-imperative-a44798>., tanggal 2 November 2010.

<sup>151</sup> W. Friedmann, *Legal Theory*, Steven & Son Limited, 1953, hal 79. Lihat juga, Jeremy Waldron, *Kant's Legal Positivism*, Harvard Law Review, 1996, Vol. 109, hal. 1535 – 1566.

<sup>152</sup> F. Budi Hardiman, *Demokrasi Deliberatif Menimbang 'Negara Hukum' dan 'Ruang Publik'* dalam *Teori Diskursus Jurgen Habermas*, Yogyakarta: Kanisius, 2009, hal. 30 - 31,

Pemikiran Kant ini menjadi landasan epistemologi Mazhab Neo Kantian, yang terbagi Mazhab Marburg dan Mazhab Baden. Mazhab Marburg memberikan perhatian yang besar pada ilmu hukum dan mencoba untuk menciptakan suatu filsafat hukum yang tidak dicampuri oleh cita-cita politik dan anasir-anasir non hukum lainnya. Kelompok Marburg ini berusaha menerapkan interpretasi logis-formal dari ilmu alam pada ilmu hukum. Pemikir hukum Hans Kelsen berdiri di garis ini.<sup>153</sup> Inilah akar pemikiran yang mempengaruhi Hans Kelsen secara konsisten memurnikan hukum dari anasir-anasir non hukum.<sup>154</sup>

Pemikiran Kelsen yang ‘normatif murni’ banyak memikat para ahli hukum karena hadir ketika Filsafat Hukum (yang masih didominasi Aliran Hukum Kodrat) terlampaui sibuk pada mainstream perbincangan ontologis dan debat spekulatif tentang apa makna keadilan, kelayakan, dan hukum absolut, yang semakin jauh dari permasalahan konkret. Bersamaan dengan kemunduran Hukum Kodrat timbul kebutuhan pada suatu hukum ilmiah positif, maka pada saat yang tepat Hans Kelsen muncul dengan melakukan ”provokasi” dengan menerbitkan ”Perspektif Internasional tentang Teori Hukum” pada tahun 1926.<sup>155</sup>

Pemikiran Hans Kelsen mampu mempengaruhi pemikiran hukum di banyak belahan dunia. Sistem pemikiran hukum mulai berbelok tajam menjadi monistik. Hans Kelsen sepakat dengan ajaran Austin bahwa hukum harus dipisahkan dari moral. Bahkan, faksi Hans Kelsen konsisten untuk menahan diri tidak memperbincangkan Filsafat Hukum yang abstrak, dengan demikian, hukum harus lepas dari semua pertimbangan politik, ekonomi, psikologi dan sebagainya. *“The Pure Theory of Law is a theory of positive law... It is called a “pure” theory of law, because it only describes the law and attempts to eliminate from the object of this description everything that is not strictly law: Its aim is to free the science of law from*

<sup>153</sup> Lihat, Stanley L. Paulson, *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law*, Oxford Journal of Legal Studies, 1992, Vol. 12, hal. 311-322.

<sup>154</sup> Kelsen menolak tuduhan bahwa dia hendak mendirikan Positivisme Hukum. Menurut Kelsen, lebih tepat hendak membangun hukum positif yang bersumber pada hukum murni. Lihat, Budiono Kusumohamidjojo, *Filsafat Hukum Problematik Ketertiban yang Adil*, Grasindo, 2004, hal. 118.

<sup>155</sup> Berbeda dengan Aliran Hukum Alam yang sibuk dengan permasalahan validasi hukum buatan manusia, maka pada Positivisme Hukum, aktivitasnya justru diturunkan kepada permasalahan konkret. Jika Mazhab Hukum Alam memiliki kekuatan argumen pada wacana validasi hukum buatan manusia, maka kekuatan argumen Positivisme Hukum terletak pada aplikasi struktur norma positif itu ke dalam kasus-kasus konkret. Norma positif akan diterima sebagai doktrin yang aksiomatis, sepanjang ia mengikuti *“the rule-systematizing logic of legal science”* yang memuat asas ekslusi, subsumsi, derogasi, dan nonkontradiksi. Lihat, Shidarta. Ibid.

*alien elements.*"<sup>156</sup> Hal ini dijelaskan lebih lanjut oleh Hans Kelsen dengan mengatakan, "A positive legal rule is to be equated with a pure norm, that is, with an ought or may meaning content," dan selanjutnya, "A legal system is to be equated with a collection of pure interpreted by legal scientist as non-contradictory field of meaning --- such interpretation entailing the logical postulate that legal norm must originate in a finite number of sources."<sup>157</sup>

Pembersihan atau pemurnian hukum dari anasir-anasir non hukum, (secara epistemologi) merupakan dasar akhir dan mutlak bagi Kelsen. Banyak kalangan menyebut Hans Kelsen sebagai peletak dasar dari Teori dan ilmu Hukum menjadi suatu disiplin yang mandiri (*autonomus discipline*).<sup>158</sup>

Epistemologi (fondasi) ilmu hukum dari Hans Kelsen inilah sampai sekarang yang sebenarnya mengundang perdebatan epistemologis di Fakultas Hukum dan para penstudi hukum di Indonesia. Para penganut Positivisme Hukum berasumsi bahwa teori hukum yang tidak memusatkan kajiannya pada hukum positif, tidak dapat dikaji secara akademis di Fakultas Hukum. Mata kuliah Sosiologi Hukum, Filsafat Hukum, Antropologi Hukum, dan seterusnya dianggap bukan "murni" ilmu hukum. Pendekatan multidisipliner dan interdisipliner kadang tidak hanya dianggap sebagai bukan kajian ilmu hukum, melainkan juga pemberontakan terhadap formalisme hukum.

Ada dua teori penting yang dikemukakan oleh Hans Kelsen yang mempengaruhi pemikiran hukum. Pertama, hukum harus bersifat murni. Hukum harus dipisahkan dari moral, sehingga tujuan hukum hanya untuk mewujudkan kepastian hukum. "The Pure Theory of Law separates the concept of the legal completely from that of the moral norm and establishes the law as a specific system independent even of the moral law."<sup>159</sup>

<sup>156</sup> Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Diterjemahkan oleh Max Knight, University of California Press, 1976, hal. 1. Bandingkan dengan Andrei Marmor, *Exclusive Legal Positivism*, dalam *The Oxford Hand Book of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford Press 2002, hal. 104 – 124.

<sup>156</sup> J.W. Harris, *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System* (Oxford: Clarendon Press, 1982, hal 24. Lihat juga, J.W. Harris, *Kelsen Pallid Normativity*, *Ratio Juris*, Vol. 9, hal. 95-117

<sup>157</sup> J.W. Harris, *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System* (Oxford: Clarendon Press, 1982, hal 24. Lihat juga, J.W. Harris, *Kelsen Pallid Normativity*, *Ratio Juris*, Vol. 9, hal. 95-117.

<sup>158</sup> Herman Bakir, *Kastil Teori Hukum*, PT Indeks kelompok Gramedia, 2005.

<sup>159</sup> H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, dalam Lloyd of Hampstead and Freeman, Llyod's Introduction to Jurisprudence ( London: Steven&Sons, Fifth Edition), 1985, hal. 348 -394

Pandangannya tidak jauh berbeda dengan ajaran Austin, yang membedakan adalah Hans Kelsen lebih konsisten untuk memurnikan hukum dari variabel-variabel non hukum sehingga kemudian pemikirannya diberi nama Teori yang Murni tentang Hukum.<sup>160</sup> Meskipun pemikiran Hans Kelsen dalam beberapa hal sepakat dengan Austin, Hans Kelsen tidak setuju dengan definisi hukum sebagai perintah (command). Karena, jika hukum sebagai satu perintah, maka berarti menyelundupkan unsur psikologis dalam teori hukum, anasir non hukum yang harus dihindari.<sup>161</sup>

Norma merupakan makna dari suatu tindakan yang memerintahkan, mengizinkan atau menguasai perilaku tertentu. Hak dan kewajiban, menurut Kelsen, hanya ada kalau ditentukan oleh norma hukum (hukum positif). Kaedah hukum mewajibkan karena segi formalnya.<sup>162</sup> Norma kebiasaan, tradisi, atau adat, menurut Kelsen, belum menjadi hukum apabila belum ditetapkan oleh atau dengan norma yang lebih tinggi. Pandangan formalistik terlihat dalam pernyataan Kelsen dalam bukunya "The Pure of Law" sebagai berikut;

*"Norms according to which men ought to behave in a certain way can also be created by custom. If men who socially live together behave for some time and under the same circumstances in the same way, then a tendency --- that is psychologically, a will --- comes into an existence within the men to behave as the members of the group habitually do. At first the subjective meaning of the acts that constitute the custom is not an ought. But later, when these acts have existed for some time, the idea arises in the individual member that he ought to behave in the manner in which the other members customarily behave and at the some time the will arises that the other members ought to behave in that some way. If one members of the group does not behave in the manner in which the other members customarily behave than his behavior will be disapproved by the others, as contrary to their will. In this way the custom becomes the expression of a collective will whose subjective meaning is an ought. However, the subjective meaning of the acts that constitute the custom can be interpreted as an objectively valid norm only if the custom has been instituted by a higher norm as norm creating fact. Since custom is constituted by human acts, even norms created by custom are created by acts of human behavior, and are therefore --- like the norms which are the subjective meaning of legislative acts --- "posited" or "positive" norms.*<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Kelsen memberikan aksentuasi tambahan bahwa hukum bukan hanya dibersihkan dari anasir-anasir moral, tetapi juga anasir-anasir non yuridis lainnya seperti sosiologis, politis, psikologis dan sebagainya.

<sup>161</sup> Lihat, W. Friedmann, Op.cit., hal. 113

<sup>162</sup> Theo Huijbers, 1990, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta: Kanisius, hal 16.

<sup>163</sup>.Hans Kelsen, The Pure Theory of Law, Op.Cit, hal. 9.

(Terjemahan bebasnya: Norma yang menetapkan bahwa orang seharusnya berperilaku dengan cara tertentu juga bisa diciptakan oleh tradisi. Jika orang-orang yang secara sosial hidup bersama berperilaku dengan cara yang sama dalam kurun waktu tertentu dan dalam situasi yang sama, maka akan muncul sebuah kecondongan---yang secara psikologis merupakan kehendak --- dalam masyarakat itu untuk berperilaku sebagaimana yang biasa dilakukan oleh para anggota yang lain. Sekilas makna subyektif dari tindakan yang membentuk adat istiadat itu bukanlah sesuatu yang *seharusnya*. Tetapi kemudian, bila tindakan itu telah berlangsung dalam kurun waktu tertentu, akan muncul pendapat di benak tiap anggota masyarakat itu bahwa dia harus bertindak sebagaimana yang biasa dilakukan oleh anggota masyarakat lain. Jika satu anggota kelompok tidak berperilaku seperti yang biasa dilakukan oleh anggota yang lain, maka perilakunya akan tidak disetujui, atau bahkan tidak dikehendaki, oleh anggota lain. Dengan demikian, adat istiadat telah menjadi ungkapan kehendak bersama yang makna subyektifnya adalah *harus*. Namun demikian, makna subyektif dari tindakan yang merupakan adat-istiadat bisa ditafsirkan sebagai norma yang absah secara obyektif jika adat istiadat itu telah ditetapkan oleh norma yang lebih tinggi sebagai fakta yang menciptakan norma. Ini lantaran adat-istiadat terbentuk oleh tindakan manusia, bahkan norma-norma yang diciptakan oleh adat juga diciptakan oleh tindak perilaku manusia, dan dengan demikian---seperti halnya norma yang merupakan makna subyektif dari tindak legislasi---merupakan norma yang "ditetapkan" atau yang "positif".)

Demikian pula asas-asas dan prinsip-prinsip abstrak mengenai hukum yang masih berada dalam alam pemikiran dan belum ditetapkan (*posited*) dalam norma hukum positif dianggap bukan hukum, sebagaimana dijelaskan oleh Kelsen:

*"Finally it is not to be noted that a norm need not be only the meaning of a real act of will; it can also be the content of an act of thinking. This is the case if the norm is only presupposed in our thinking. Just as we can imagine things which do not really exist but "exist" only in our thinking, we can imagine a norm which is not the meaning of a real act of will but which exists only in our thinking. Then, it is not a positive norm. But since there is a correlation between the ought of a norm and a will whose meaning it is, there must be in our thinking also an imaginary will whose meaning is the norm which is only presupposed in our thinking --- as in the basic norm of positive legal order.*<sup>164</sup>

(Terjemahan bebasnya: Pada akhirnya, perlu diperhatikan bahwa suatu norma tidak mesti merupakan makna tunggal dari tindakan berkehendak yang nyata/riil; ia juga bisa merupakan perwujudan atau makna dari tindakan berpikir. Ini terjadi jika norma itu hanya diandaikan dalam pemikiran kita. Kita dapat membayangkan sesuatu yang tidak ada benar-benar ada atau hanya "ada" dalam pikiran kita, sebagaimana kita juga dapat membayangkan sebuah norma yang bukan merupakan makna dari tindakan riil berkehendak, melainkan hanya ada di dalam pikiran kita. Jadi, ini bukanlah norma positif.

---

<sup>164</sup> Ibid, hal. 9

Namun karena terdapat kaitan antara yang *seharusnya* dari sebuah norma dan sebuah kehendak yang bermakna demikian, maka dalam pemikiran kita tentunya terdapat kehendak imajiner yang maknanya adalah norma yang hanya dimisalkan dalam pikiran kita---sebagai norma dasar dari tatanan hukum positif. )

Hans Kelsen sebagaimana Kant, meletakkan norma di wilayah 'ought' (yang seharusnya) bukan 'is' (yang ada): “ *the norm is an ought, but the act of will is an is.*”<sup>165</sup> Kelsen sangat berhati-hati ketika menjelaskan hakikat 'ought'. Menurut Kelsen, 'ought' merupakan makna subyektif dari tiap tindakan berkehendak yang ditujukan kepada perilaku orang lain. Namun, 'ought' baru mempunyai makna obyektif apabila bersandar pada norma hukum, bukan pada kehendak individu (subyektif). Kelsen membuat contoh, perintah seorang gangster untuk menyeter kepadanya uang dalam jumlah tertentu memiliki makna subyektif yang sama dengan penarik pajak, yakni si individu yang menjadi tujuan dari perintah tersebut harus membayarkan sesuatu. Namun yang memiliki norma absah hanyalah perintah aparat penarik pajak, bukan perintah si gangster. Alasan Kelsen, tindakan si aparat penarik pajak berdasarkan undang-undang pajak, sedangkan tindakan gangster tidak berdasarkan pada norma yang memberinya wewenang untuk meminta penyerahan uang itu.<sup>166</sup>

Originalitas pemikiran Kelsen adalah Jurisprudence Antinomy, yakni dua proposisi yang saling berbeda dengan satu kesimpulan. The Pure Theory of Law bertemu dengan Natural Law Theory ketika sama-sama memisahkan hukum dari fakta. Tetapi The Pure Theory of Law berpisah dengan Natural Law Theory ketika The Pure Theory of Law memisahkan hukum dengan moral.

Sebaliknya, The Pure Theory of Law bertemu dengan Empirico-Positivist Theory ketika sama-sama memisahkan hukum dari moral. The Pure Theory of Law berseberangan dengan Empirico-Positivist Theory ketika The Pure Theory of Law memisahkan hukum dengan fakta sosial, sebagaimana tabel dibawah ini;<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> Ibid., hal. 5.

<sup>166</sup> Ibid hal 6 -7.

<sup>167</sup> Lihat, Stanley L. Paulson, *Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different are they ?*, 1993 dalam MDA Freeman, hal. 321.

Law and morality or law and fact	Normativity thesis	Reductive thesis
Morality thesis (inseparability of law and morality)	Natural law theory	
Separability thesis (separability of law and morality)	Kelsen's Pure Theory of Law	Empirico-positivist theory of law

Kedua, Kelsen menolak apabila validitas norma diuji dari suatu sesuatu yang bukan norma. Konsekuensi pemikiran Kelsen dalam memaknai norma melahirkan teori jenjang (Stufenbau des Recht) bahwa norma hukum tersusun secara berjenjang dan piramidal.<sup>168</sup>

Stufenbautheorie mengajarkan bahwa sistem hukum tertata secara hirarkis di mana suatu ketentuan hukum tertentu bersumber pada ketentuan hukum lainnya yang lebih tinggi. Ketentuan yang lebih rendah adalah ketentuan hukum yang lebih konkrit daripada yang lebih tinggi. Norma yang lebih tinggi menjadi sumber norma yang lebih rendah.<sup>169</sup> Keseluruhan kaidah-kaidah hukum tertata secara hirarkhis pyramidal ke dalam suatu sistem yang memuncak pada satu kaidah tertinggi,<sup>170</sup> sehingga memunculkan pertanyaan; apa kaidah yang tertinggi itu? Kelsen menjawab, kaidah tertinggi itu adalah Grundnorm yang *vorausgesetzt* (diandaikan). Grundnorm tidak ada yang menetapkan melainkan diandaikan sehingga ia tidak memerlukan landasan hukum. Grundnorm sebagai kaidah tertinggi berada di luar dan melandasi sistem hukum positif, isinya: “*Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt*” (orang seyogyanya berperilaku sebagaimana ditetapkan dalam konstitusi).<sup>171</sup>

Teori jenjang ini banyak mempengaruhi sistem peraturan perundang-undangan di berbagai negara, termasuk Indonesia, di mana norma yang lebih tinggi menjadi sumber bagi penyusunan norma-norma di bawahnya.

<sup>168</sup> Kelsen memaknai norma sedikit berbeda dengan Austin. Jika Austin memandang norma sebagai perintah dan kehendak, maka norma dalam perspektif Kelsen adalah norma dari norma yang lebih tinggi lagi tingkatannya.

<sup>169</sup> Dalam tatanan hirarkis yang berbentuk piramidal itu, maka suatu kaidah hukum memiliki kekuatan berlaku karena ada peraturan yang lebih tinggi yang memberikan kewenangan kepada pembentuknya untuk membentuk peraturan tersebut, dan isinya dilegitimasi oleh peraturan yang lebih tinggi.

<sup>170</sup> Hans Kelsen, 1973, *General Theory of Law and State*, Op.Cit., hal 124.

<sup>171</sup> B. Arief Sidharta, Stufentheorie dari Hans Kelsen, makalah lepas, tanpa tahun, hal. 1.

Hans Kelsen relatif berhasil ketika menjelaskan adanya sistem hirarkis dari norma-norma positif.<sup>172</sup> Masalahnya baru timbul ketika ia sampai pada puncak sistem hirarki itu, yang oleh Kelsen diberi nama Grundnorm (norma dasar). Diskursus tentang norma dasar dan norma fundamental negara ini, menurut Shidarta, sesungguhnya telah ”menjebak” Kelsen kepada ajaran Hukum Kodrat yang abstrak (abstraksi norma). Terlepas dari keberatan Kelsen untuk dipersamakan dengan konsep Aliran Hukum Kodrat, tetaplah konsep Grundnorm yang dikemukakannya membuka sedikit celah dari kekukuhan argumentasi dan tertutupan sistem logikanya, bahwa norma positif itu mempunyai puncak yang berfungsi regulatif dan konsitutif. Sistem hirarki menunjukkan tingkat-tingkat abstraksi norma. Akibatnya, norma dasar ini berada pada tingkat abstraksi tertinggi, yang bermain di wilayah perbatasan antara hukum dan moral.<sup>173</sup>

Peneliti setuju dengan (sebagian) pendapat Shidarta bahwa Grundnorm membuka sedikit celah tertutupan argumentasi Teori Hukum Murni karena bermain di wilayah perbatasan antara hukum dan moral. Namun, jika dicermati, Grundnorm tersebut diletakkan sebagai trasendental-logis (The Basic Norm as Transcendental-logical Presupposition) merupakan strategi Kelsen supaya norma tidak disandarkan kepada hal yang metayuridis, tetapi kepada konstitusi, sebagaimana diterangkan oleh Kelsen;

*“Insofar as only the presupposition of the basic norm makes it possible to interpret the subjective meaning of the constitution-creating act (and of the acts established according to the constitution) as their objective meaning, that is as objectively valid legal norms, the basic norm as represented by the science of law may be characterized as the transcendental-logical condition of this interpretation, if it is permissible to use by analogy a concept of Kant’s epistemology. Kant asks: “How is it possible to interpret without a metaphysical hypothesis, the facts perceived by our senses, in the laws of nature formulated by natural science?” In the same way, the pure theory of law asks: “How is it possible to interpret without recourse to meta-legal authorities, like God or nature, the subjective meaning of certain facts as a system of objectively valid legal norms describable in rules of law?” The epistemological answer of the Pure Theory of Law is: “By presupposing the basic norm that one ought to behave as the constitution prescribes, that is, one ought to behave in accordance with the subjective meaning of the constitution-*

<sup>172</sup> Ajaran kelsenian tentang *Stufenbauthorie* sangat berpengaruh di Indonesia terlihat dalam UU 10 tahun 2004 yang mengatur tata hirarkhi peraturan perundang-undangan.

<sup>173</sup> Lihat, Shidarta, Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan, Op.Cit., 2006, hal. 247 -248.

*creating acts of will --- according the prescriptions of the authority creating the constitution. " The functions of this basic norm is to found the objective validity of a positive legal order, that is, to interpret the subjective meaning of the acts of human beings by which the norms of an effective coercive order are created, as their objective meaning."*<sup>174</sup>

(Terjemahan bebasnya: Bila hanya pengandaian norma dasar (grundnorm) yang memungkinkan untuk menginterpretasikan makna subyektif dari tindak penyusunan undang-undang (dan dari tindakan yang diambil berdasarkan konsitusi) sebagai makna obyektifnya, yakni sebagai norma hukum yang berlaku bisa disebut kondisi transenden-logis dari interpretasi ini---meminjam sebuah konsep dari epistemologi Kant. Kant bertanya :”bagaimana cara membuat penafsiran tanpa hipotesis metafisik atas fakta-fakta yang dicerap oleh indera kita dalam hukum alam yang dirumuskan oleh ilmu alam ?” Teori Hukum Murni juga mengajukan pertanyaan sebagai berikut: ”Bagaimana cara melakukan penafsiran tanpa bantuan otoritas meta-yuridis, seperti Tuhan atau alam, atas makna subyektif dari fakta-fakta tertentu sebagai sistem norma hukum yang berlaku obyektif yang bisa dijelaskan dalam aturan hukum ?” Jawaban epistemologis dari Teori Hukum Murni adalah: ”dengan mengandaikan norma dasar (grundnorm) yang menetapkan bahwa kita harus berperilaku seperti yang diatur dalam konstitusi yakni, kita harus berperilaku sesuai dengan makna subyektif dari tindakan berkehendak yang menciptakan konstitusi --- atau berdasarkan ketentuan dari otoritas yang menyusun konstitusi. ”Fungsi norma dasar ini (grundnorm) adalah membangun keabsahan obyektif dari tatanan hukum positif, yakni menafsirkan makna *subyektif* tindakan manusia yang menciptakan norma-norma dari tatanan pemaksa yang berlaku sebagai makna *obyektifnya*.”)

Pelanjut Positivisme Hukum, Herbert Lionel Adolpus (H.L.A) Hart yang diakui sebagai the ”the most influential modern positivist in the English speaking world”<sup>175</sup> memberi makna yang tegas tentang apa yang dimaksud dengan istilah positivisme. Sama seperti Austin, Hart berpendapat bahwa undang-undang merupakan perintah manusia yang memiliki kuasa, karena itu wajib dituruti. Hart menuliskan, ”The most prominent general feature of law at all times and places is that its existence means that certain kinds of human conduct are no longer optional, but in some sense obligatory.”<sup>176</sup>

Mengapa hukum mengikat ? Menurut Hart ada dua alasan fundamental yang berbeda; (a) sebab hukum itu diterima; (b) karena hukum itu sah.<sup>177</sup> Berangkat dari tesis ini, Hart kemudian membangun tesisnya tentang positivisme lebih kompleks

<sup>174</sup> Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Op.Cit. hal 202.

<sup>175</sup> Kent Greenwalt, *Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism*, dalam *The Autonomy of Law, Essay on Legal Positivism*, Editor: Robert P. George, Clarendon Press, Oxford, 1996, hal 3-4

<sup>176</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford, 1994.

<sup>177</sup> Ronald Dworkin, *Taking Right Seriously*, Universal Law Publishing, 1999, hal. 20.

daripada Austin. Hart membagi peraturan menjadi dua macam, yakni peraturan primer (primary rules) dan peraturan sekunder (secondary rules).<sup>178</sup> Peraturan primer berisi hak dan kewajiban, yakni tentang apa yang dilarang dan boleh dilakukan oleh individu-individu. Dalam sistem masyarakat yang sederhana hanya mempunyai peraturan primer itu. Mereka sudah merasa cukup memiliki peraturan primer karena semua orang terikat dan patuh menjalankannya (karena hukum itu diterima).<sup>179</sup> Pada sistem masyarakat yang sederhana, hakim, yang seringkali adalah pemimpin adat, adalah penafsir dan sekaligus penegak hukum. Sehingga, tafsir pribadi sangat dominan dalam penegakan hukum tradisional. Itulah Hart mengatakan, dalam masyarakat yang tradisional itu tidak dapat dikatakan mempunyai “hukum” sebagaimana yang disyaratkan oleh penganut Positivisme Hukum klasik, karena jika hukum bergantung pada penerimaan masyarakat maka ketidakpastian hukum akan terjadi. Untuk mengatasinya, Hart kemudian menekankan perlunya peraturan sekunder yang berhubungan dengan pembuatan, penafsiran, penerapan, dan perubahan peraturan-peraturan primer, misalnya aturan yang harus diikuti oleh pembentuk undang-undang, pengadilan dan administrasi pada saat menerapkan aturan primer.

Hart membagi konsep peraturan sekunder menjadi tiga, yakni “*rules of adjudication*”, “*rules of change*”, dan “*rule of recognition*”. *Rules of adjudication* memberi kewenangan kepada aparat untuk menjatuhkan putusan dalam kasus untuk memaksakan hukum, sebagai contoh, perintah denda ganti rugi atas suatu kerusakan yang ditimbulkannya atau mencabut kebebasan seseorang dalam kasus pidana. *Rules of change* memiliki dua dimensi. Pertama mengatur proses perubahan dengan memberikan kekuasaan untuk mengamandemen peraturan perundang-undangan sesuai dengan prosedur khusus. Kedua, berdimensi privat, memungkinkan orang (ordinary individuals) dapat melakukan perubahan hukum dalam hubungannya dengan orang lain, misalnya membuat kontrak, wasiat, dan sebagainya. Sedangkan *rule of recognition* menentukan kriteria perintah yang valid dari sistem hukum.<sup>180</sup>

<sup>178</sup> Konsep peraturan primer dan peraturan sekunder merupakan jantung dari pemikiran Hart. Penjelasan tentang konsep peraturan primer dan peraturan sekunder, Hart menulis dalam dua bab, yakni “Law As The Union of Primary and Secondary Rules” dan “The Foundation of A Legal System”. Lihat, H.L.A Hart, *Ibid.*, hal.79 - 123.

<sup>179</sup> Pemikiran Hart yang mengakui hukum primer membuat pemikirannya disebut sebagai “soft positivism” atau “inclusive legal positivism”. Lihat Kennet Einar Himma, *Inclusive Legal Positivism*, dalam *The Oxford hand Book Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002, hal 125.

<sup>180</sup> Freeman, *Op.Cit.*, hal. 336 – 337.

Meskipun sesama Positivisme Hukum, Hart menolak teori Austin tentang perintah dan sanksi dengan membedakan antara “*a valid law*” dan “*the orders of a gunman*”. Kelemahan dasar pemikiran Austin tentang “perintah” dan “sanksi” tidak didasarkan “*a valid law*”: masyarakat mematuhi perintah gerombolan penjahat bersenjata karena takut ancaman sanksi bila tidak mematuhi perintahnya. Apakah “perintah” dan “sanksi” gerombolan penjahat bersenjata dapat dikategorikan hukum?<sup>181</sup>

Meski pemikiran Hart dikategorikan Positivisme Hukum, tetapi Hart juga menerima prinsip-prinsip moral dari Hukum Kodrat seperti prinsip *pacta sunt servanda* (menepati janji), perlindungan hak milik pribadi, pemeliharaan keutuhan jasmani, dan perlindungan kehidupan manusia. Prinsip-prinsip moral ini ia terima sebagai isi, bukan sebagai bentuk hukum. Maka Hart mengatakan, bahwa aturan-aturan Nazi Jerman adalah hukum karena dibentuk berdasarkan oleh sistem hukum (gabungan antara kaidah primer dan sekunder), namun ia tidak perlu ditaati, karena isinya bertentangan dengan prinsip-prinsip moralitas minimum. Tamanaha menyebutnya Positivisme Hukum versi Hart ini sebagai Positivisme Hukum lunak (*soft positivism*) dan dalam beberapa hal inklusif terhadap moralitas.<sup>182</sup> Hart juga menolak pandangan absurd bahwa hukum sama sekali terpisah dari anasir-anasir non hukum.<sup>183</sup> Dengan demikian, koreksi Hart menyelamatkan fundamen Positivisme dari kekeliruan Positivisme Hukum klasik.

Menurut Hart, apabila dipetakan, Positivisme Hukum mempunyai banyak varian atau menampung banyak pandangan sebagai berikut: (1) bahwa hukum adalah wilayah kekuasaan manusia; (2) bahwa tidak ada hubungan perlu atau niscaya antara hukum dan moral, atau hukum sebagaimana adanya dan hukum sebagaimana seharusnya; (3) bahwa analisis atau studi atas makna konsep-konsep hukum merupakan studi penting yang harus dibedakan dari (meskipun sama sekali tidak bertentangan dengan) penelitian sejarah, penyelidikan sosiologis, dan penilaian kritis atas hukum dalam tinjauan moral, fungsi-fungsi, tujuan-tujuan, dan lain-lain; (4)

<sup>181</sup> Lihat, Hart, *Ibid.* Hal. 82. Lihat juga, Ronald Dworkin, *Taking Right Seriously*, Op.Cit., hal. 20.

<sup>182</sup> Tamanaha, *General Jurisprudence...*, Op.Cit., 2006, hal. 156.

<sup>183</sup> Pandangan Hart ini peneliti temukan dalam buku “*The Invisible Origins of Legal Positivism*” yang merujuk karya Hart, “*Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century*” sebagai berikut, “Hart, however, rejected the “absurd views that law in its proper functioning needs no recourse to other disciplines and that ‘correct’ legal decisions can simply be deduced by strictly logical means from purely legal premises. Indeed, Hart went so far as to describe his theory of law as a “sociological” one.” Lihat, William E. Conklin, *The Invisible Origins of Legal Positivism*, Kluwer Academic Publisher, 2001, hal. 64.

bahwa suatu sistem hukum merupakan ‘sistem logika tertutup’ di mana keputusan-keputusan yang benar bisa dihasilkan dengan bersumber dari peraturan-peraturan hukum yang ditentukan sebelumnya melalui sarana logika semata; (5) bahwa penilaian moral tidak bisa dibangun, tidak seperti pernyataan-pernyataan fakta, melalui argument rasional, kejadian atau pembuktian (‘non kognitivisme dalam etika’).<sup>184</sup>

Bentham dan Austin berpegang pada pandangan (1), (2), dan (3), namun tidak pada (4) dan (5). Kelsen berpegang pada pandangan (2), (3), dan (5), namun tidak pada (1) atau (4). Pandangan (4) sering dikatakan berasal dari ‘kalangan ahli hukum analitis’ namun nampaknya tanpa alasan yang kuat.<sup>185</sup>

Hart sebagai pemikir Positivisme Hukum modern, berbeda dengan para pendahulunya, John Austin dan Hans Kelsen. Masuknya moralitas sebagai isi minimum hukum, menurut Hart, merupakan hal yang wajar, bahkan relevan. Dengan masuknya moralitas sebagai isi minimum hukum, Hart membedakan dirinya dari sebagian besar penganut Positivisme Hukum yang tegas memisahkan hukum dan moral. Tetapi sebagai positivis, sebagaimana Austin dan Kelsen, Hart tidak percaya dan menolak apa yang seharusnya (the ought) dalam pengertian yang bersifat metafisik dan formalistik Hart terlihat ketika menekankan validitas hukum primer pada hukum sekunder.<sup>186</sup>

Dari berbagai pandangan pemikir positivis tersebut, untuk sementara dapat kita susun tesis-tesis epistemologi positivis yang mengandung postulat-postulat yang saling berkaitan;

- a. Menurut Positivisme Hukum klasik, hukum harus bebas nilai dan obyektif. Studi ilmiah terhadap hukum harus membebaskan diri dari anasir-anasir non hukum (moral, politik, ekonomi dan sebagainya). Dengan demikian, pandangan dan metode juristik harus murni dan bebas dari percampuran (sinkretik) dengan pendekatan-pendekatan teologis, sosiologis, psikologis, dan sebagainya.
- b. Hukum hanya berlaku, oleh karena hukum itu mendapat bentuk positifnya dari yang berdaulat (negara). Hukum adalah hukum, penekannya pada bentuknya yang formal bukan isinya. Logikanya, ‘isi’ baru menjadi hukum karena telah

<sup>184</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, 1994, hal. 302.

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> Freeman, *Op.cit.*, hal. 338.

ditetapkan sebagai hukum positif oleh yang berdaulat secara sah (negara). Karena itu, Positivisme Hukum klasik tidak mempermasalahkan isi (adil atau tidaknya) suatu hukum positif, apalagi implikasi sosio-yuridisnya.

- c. Secara aksiologis, kepastian hukum adalah tujuan paling akhir dari hukum.

### 3. Positivisme dan Positivisme Hukum

Positivisme menghendaki agar ilmu-ilmu dibangun dalam satu kesatuan metodologis yang berlaku umum bagi seluruh usaha ilmiah. Positivisme mengusulkan agar ilmu-ilmu sosial mengikuti metodologi yang dikembangkan dalam ilmu alam yang lebih dapat memberikan kepastian. Ilmu-ilmu alam dianggap lebih superior karena dianggap lebih mampu menemukan kebenaran yang pasti dengan metode-metodenya seperti prinsip keterukuran, keterhitungan, dan keterbuktian yang melandasinya. Sementara ilmu-ilmu humaniora dianggap bersifat multitafsir karena kebenarannya tidak bisa dipastikan. Karena pendekatan ilmu alam telah sukses menjelaskan gejala-gejala alam sampai teknologi, diyakini bahwa sukses yang sama akan diperoleh jika pendekatan yang sama diterapkan dalam ilmu-ilmu tentang masyarakat.

Bagaimana penerapan metode Ilmu-ilmu Alam? *Pertama*, seorang ahli fisika, biologi, atau kimia mengamati benda jatuh, sel, atau larutan asam di laboratorium dengan sikap berjarak, menghadapi proses-proses alamiah itu sebagai objek belaka. Peneliti ini mengambil sikap distansi penuh. *Kedua*, dengan distansi penuh, ia harus menghadapi objeknya itu sebagai “fakta netral”, yaitu data yang bersih dari unsur-unsur subjektifnya, seperti keinginan-keinginan, mimpi, nafsu, penilaian-penilaian moral, dan seterusnya. Dengan jalan itu, *ketiga*, ia dapat memanipulasi objeknya dalam eksperimen untuk menemukan pengetahuan menurut model “sebab-akibat”. *Keempat*, hasil manipulasi adalah sebuah pengetahuan tentang hukum-hukum yang niscaya. Misalnya, jika asam dicampur, jadilah garam; jika air dipanaskan sampai 100% maka air mendidih; jika gen “A” dipasangkan dengan gen “M”, maka jadilah organism “P”, dan seterusnya. Rumusan linguistis macam itu disebut rumusan deduktif-nomologis (bila ..., maka ...) dan tak lain dari bagian dari hukum-hukum alam (rumus). *Kelima*, teori yang dihasilkan merupakan sebuah pengetahuan yang

bebas dari kepentingan (*disinterested*), dapat diterapkan secara instrumental, secara universal.<sup>187</sup>

Positivisme merupakan puncak pembersihan pengetahuan dari kepentingan manusia. Karena kepentingan manusia diasumsikan merupakan entitas yang terpisah dari pengetahuan, maka moral, perasaan atau emosi, ideologi, diandaikan tidak masuk dalam menentukan pengetahuan itu sendiri.<sup>188</sup> Pengetahuan merupakan suatu hal yang steril dari subyektivitas manusia itu sendiri. Ilmu pengetahuan hanya merupakan

<sup>187</sup> F. Budi Hardiman, *Melampaui Positivisme dan Modernitas Diskursus Filosofis tentang Metode Ilmiah dan Problem Modernitas*, Kanisius, 2003, hal. 22-23.

<sup>188</sup> Dalam kegiatan ilmiah, menurut Positivisme, harus dilakukan dengan cara memisahkan unsur-unsur subyektif (kepentingan manusiawi) dari ilmu pengetahuan. Masyarakat dan hukum sebagai obyek yang diteliti harus dipandang sebagai fakta yang netral yang dapat dipelajari secara objektif. Dengan pendekatan seperti itu, peneliti harus menjaga jarak terhadap objek studi dan hasil kajian, tidak boleh empati, dan tidak memihak (netral). Tanpa disadari, pemurnian atau pembersihan pengetahuan dari kepentingan-kepentingan manusiawi ini tak lain dari pelaksanaan kepentingannya sendiri, yaitu pelaksanaan kepentingan untuk menekan kepentingan untuk mencapai pengetahuan murni. Dengan anggapan ilmu pengetahuan netral, peneliti tidak berpihak dalam risetnya. Sebagai contoh, dalam penelitian masalah hukum perburuhan, peneliti menemukan perkembangan dalam industrialisasi dimana buruh dilihat sebagai salah satu faktor produksi, seperti tanah, mesin, dan modal. Dalam *outsourcing*, eksistensi buruh direduksi sebagai barang. Padahal dalam konsep hukum, hak milik adalah hubungan manusia (subyek) dengan barang (obyek). Tetapi dalam sistem *outsourcing*, buruh diperlakukan seperti halnya barang hanya diperhatikan pada saat dibutuhkan dan sewaktu-waktu dibuang ketika sudah tidak lagi perusahaan manyalur, juga harus patuh pada tempat ia bekerja seperti ketentuan jam kerja, target produksi, dan sebagainya. Kesepakatan mengenai upah ditentukan perusahaan penyalur dan buruh tidak bisa menuntut pada perusahaan tempat ia bekerja. Seorang satpam seharusnya menerima gaji dari tempat bekerja Rp. 1 juta perbulan. Tetapi karena ia tenaga *outsourcing*, maka upahnya harus dipotong oleh perusahaan penyalur tenaga kerja sehingga hanya menerima Rp 800 ribu perbulan. Jadi mana mungkin buruh dapat meningkatkan kesejahteraannya? Sementara, perusahaan penyalur tenaga kerja cukup onggang-onggang kaki dengan kalkulator menghitung keuntungan besar dari pemotongan upah para buruh. Peneliti mulai bertanya-tanya, etiskah mencari keuntungan dari orang-orang yang paling termiskin? Dari hasil wawancara, majikan menyukai tenaga *outsourcing* karena buruh *outsourcing* selalu berusaha untuk bekerja lebih keras dan patuh karena buruh terancam sewaktu-waktu akan diberhentikan atau ditarik oleh perusahaan penyalur. Buruh bekerja sepatuh mungkin dan berharap memperoleh kontrak kerja berikutnya. Tekanan pemberhentian sewaktu-waktu membuat buruh tidak berpikir terlibat dalam aktivitas serikat-serikat buruh. Namun, karena penelitian harus netral, peneliti hanya menggali data dan bahan hukum semata, mengendalikan empatinya (*tabula rasa*?) untuk tidak melakukan '*legal empowerment*' dengan cara mengorganisir dan belajar bersama dengan para buruh. Bukankah penelitian bebas nilai, netral, dan tidak berpihak seperti ini justru melestarikan *status quo* dibalik kedok objektivitas? Akan mempunyai makna berbeda kalau bebas nilai dipahami secara kritis. Dengan mengatakan ilmu pengetahuan bebas nilai, sesungguhnya pernyataan ini sendiri tidak bebas nilai, karena sesungguhnya ilmu pengetahuan pada dirinya sendiri peduli terhadap nilai tertentu, yaitu kejujuran kepada kebenaran.

metode untuk memperoleh suatu pengetahuan, sehingga ia lepas dari permasalahan-permasalahan etika, di mana hal itu urusan manusia. Pengetahuan untuk pengetahuan, bukan pengetahuan untuk manusia. Dalam lapangan hukum, hukum untuk hukum, bukan untuk manusia.

Positivisme pertama-tama diartikan sebagai sesuatu yang nyata, pasti, dan jelas atau kebalikan sesuatu yang khayal, metafisik, dan tidak bisa dibuktikan secara empiris. Kepentingan Positivisme memberikan pengertian yang jelas, tepat dan pasti, baik mengenai gejala-gejala yang tampak maupun apa yang sebenarnya dibutuhkan, sebagai negasi cara berfilsafat lama yang memberi pedoman tidak jelas, dan hanya mendasarkan diri pada kekuatan adikodrati.

Positivisme berakar pada Empirisisme yang menganggap segala sesuatu harus teramati dan berlandaskan pada pengalaman.<sup>189</sup> Positivisme sebagai teori dan metodologi bertujuan menggali, menyusun, dan menjelaskan fakta-fakta yang teramati. Dalam hal ini, positivisme ingin menegaskan bahwa pengetahuan hendaknya tidak melampaui fakta-fakta sehingga menolak sama sekali metafisika dan bentuk pengetahuan lain, seperti moral, etika, teologi, estetika, yang dianggap melampaui fakta yang teramati. Dalam hal ini Mark Tebbit menjelaskan;

*“The overall purpose behind this positivist enterprise was the exclusion of every trace of speculative metaphysic from investigations of natural phenomena, the understanding of which depended on the discovery of natural causes which were in principle observable.”<sup>190</sup>*

Dalam perkembangannya Positivisme semakin ketat dan selalu menuju ke arah penataan atau penertiban, tidak hanya membatasi fakta yang dapat diamati secara inderawi (empiris), namun pengetahuan harus berbasiskan pada data. Jika Empirisisme ( dari kata Yunani empeiria yang berarti “meraba-raba” atau dari kata latin a posteriori yang berarti “berlandaskan pengalaman”) memfokuskan diri pada persoalan dengan apa kita mengenal (Empirisisme menjawab: inderawi), positivisme lebih maju selangkah dengan menunjuk pada ”data” menjawab pertanyaan mengapa pengetahuan kita disebut ilmiah. Pada titik ini Positivisme melampaui Empirisisme, meski keduanya mempunyai semangat yang sama untuk membersihkan apa yang mereka anggap sebaai metafisika. Positivisme terus berkembang dengan segala

<sup>189</sup> Mark Terbit, Ibid., hal. 16.

<sup>190</sup> Mark Terbit, Ibid., hal.17.

variannya dan tidak hanya mengatak-atik fakta melainkan juga ranah bahasa dan teks yakni Positivisme Logis. Jika Positivisme memberikan perhatian pada data sebagai sumber ilmu pengetahuan ilmiah, maka Positivisme Logis untuk dapat memberikan kriteria yang ketat menetapkan apakah sebuah pernyataan benar, salah, atau tidak memiliki makna sama sekali dengan cara memverifikasi secara empiris berdasarkan hubungannya dengan data atau fakta. Semua bentuk pernyataan atau diskursus yang tidak dapat diverifikasi secara empiris, termasuk diantaranya adalah etika dan estetika, tidak memiliki makna apa-apa, sehingga digolongkan ke dalam metafisika.

Positivisme menghendaki agar ilmu-ilmu dibangun dalam satu kesatuan metodologis yang berlaku umum bagi seluruh usaha ilmiah dalam ilmu pengetahuan. Positivisme bukan hanya muncul dalam bidang masyarakat, melainkan juga dalam bidang hukum. Aliran ini diberi nama Positivisme Yuridis atau Positivisme Hukum. Jika dalam Positivisme Sosiologis hukum diselidiki sebagai suatu gejala sosial, sedangkan dalam Positivisme Hukum dipandang sebagai norma hukum/hukum positif belaka.

Dalam pemikiran hukum modern, Positivisme Hukum didirikan sampai dengan baik hingga abad ke-19, terutama melalui pemikiran Jeremy Bentham dan John Austin. Positivisme Hukum berkembang sebagai sebuah mazhab pemikiran hukum, tetapi sedikit keraguan bahwa ia (Positivisme Hukum) “berhutang” pada asal-usul, substansi, dan juga nama dari pemikiran Positivisme yang timbul pada masa revolusi ilmu pengetahuan sekitar abad ke-17. Sebagaimana dikatakan Mark Tebbit;

*“As a distinctively modern school of legal thought, positivism was not established until well into the nineteenth century, primarily through the writings of Jeremy Bentham (1748-1832). Legal positivism has evolved as a school of thought in its own right but there is little doubt that it owed its origins, in substance as well as name, to positivist thinking as a whole, which grew out of the seventeenth century revolution in philosophy and scientific method. Although ‘positivism’ as a general term is notoriously vague, it can be said to signify a body of doctrines associated with the belief that human knowledge is confined within the limits of what can be observed and recorded.”<sup>191</sup>*

Positivisme cenderung menggunakan pendekatan Empirisisme (deskripsi-empirik), namun Positivisme Hukum justru menunjukkan cara berpikir yang bertolak

---

<sup>191</sup> Mark Tebbit, *Philosophy of Law*, Routledge : London and New York, 2000, hal. 16.

belakang sama sekali, yaitu dengan menggunakan logika deduktif (preskriptif). Jika demikian, apakah Positivisme Hukum berbeda sama sekali dengan Positivisme?

Tidak mudah mengurai dan menjelaskan mengapa Positivisme yang semula bercorak deskripsi-empirik kemudian di ranah hukum berubah menjadi preskriptif. Peneliti harus kembali kepada verifikasi yang merupakan jantung Positivisme Logis. Dalam prinsip verifikasi, bagi filsafat dan ilmu pengetahuan yang tidak dapat diverifikasi secara empiris dianggap tidak memiliki makna apa-apa. Pada titik ini hanya proposisi-proposisi deskripsi-empirik saja yang bisa diuji oleh prinsip verifikasi. Persoalannya sekarang dalam hukum berisi norma-norma (pedoman) yang bukan deskripsi-empirik yang 'apa adanya' (*is*) melainkan normatif yang 'seharusnya' (*ought*) ditujukan untuk mengarahkan perilaku manusia, biasanya dapat dikenali dari istilah-istilah deontis seperti "wajib", "dilarang" dan sebagainya. Apa yang disebut normatif awalnya merupakan ekstensi dari konsep filsafat nilai. Tetapi nilai dan asas-asas itu masih berada dalam dunia abstrak sehingga tidak bisa diverifikasi secara empiris. Maka, agar pernyataan normatif itu bisa diverifikasi harus dpositifkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Misalnya, larangan normatif tentang pencurian, perlindungan hak milik, dan sejenisnya agar bisa diverifikasi harus dpositifkan (*ius constitutum*) terlebih dulu menjadi rumusan hukum positif misalnya dalam pasal 362 KUHP "barang siapa mengambil barang yang sama sekali atau sebagian kepunyaan orang lain dengan maksud untuk memiliki dengan melawan hukum." Sehingga, apa yang disebut normatif dilucuti "isi'nya dari konsep filsafat nilai (yang tidak bisa diverifikasi) menjadi preskriptif-yuridis. Dalam optik preskriptif, untuk memverifikasi ada tidaknya larangan pencurian maka tinggal membuka atau meneliti dalam kitab undang-undang (melalui metode deduktif). Tidak hanya preskripsi peraturan perundangan, melainkan juga doktrin-doktrin hukum yang acap kali disebut Ajaran Hukum atau Teori Hukum seperti asas legalitas, *Stufenbauthetheori* Hans Kelsen, asas non retroaktif, dan masih banyak lagi, dpositifkan sebagai justifikasi agar pelaksanaan hukum rasional dan ilmiah. Maka, kini hukum bukan lagi nilai-nilai yang abstrak yang tidak dapat ditunjukkan di mana dan bagaimana rumusannya yang jelas. Hukum dalam konsep kaum positivis, bukan lagi berupa *ius* yang tersimpan dalam ingatan dan kesadaran moral para subyek, melainkan telah dituangkan dan dibentuk (*ius constitutum*) dalam sebuah hukum positif sehingga bisa dibuktikan secara obyektif sekalipun hanya berupa huruf-huruf tetapi bisa dibaca, dipahami, dan dipatuhi oleh siapapun. Dan, dengan metode

preskriptif-normatif itu, maka “keberadaan” hukum bisa diverifikasi dalam bentuk hukum positif. Itulah mengapa Positivisme Hukum bercorak preskriptif-normatif bukan deskripsi-empirik sebagaimana Positivisme. .

Setelah mengetahui dan mengklarifikasi titik berangkat atau pangkal cara berpikirnya, peneliti berusaha mencari kemungkinan persamaan-persamaan yang bersifat fundamental diantara keduanya. Persamaan mendasar antara Positivisme dan Positivisme Hukum, yakni;

Jika Positivisme hanya menganggap apa yang benar adalah sesuatu yang nyata, pasti, dan jelas, maka Positivisme Hukum beranggapan hanya hukum positif sesuatu yang nyata, pasti, dan jelas. Positivisasi hukum adalah suatu proses transformatif dari ‘hukum dalam wujudnya yang metafisik/metayuridis sebagai ide’ ke ‘hukum dalam bentuknya yang lebih konkrit dan tersimak “ada” secara indrawi’. Lewat proses ini ‘hukum sebagai norma keadilan’ akan tertransformasi ke bentuknya sebagai ‘hukum positif, yakni hukum yang dibentuk (*ius consitutum*) yang dapat dibuktikan oleh inderawi (tertulis). Konsekwensi cara pandang ini, Positivisme menolak pendekatan metafisika dan spekulatif karena dianggap melampaui fakta, sedangkan Positivisme Hukum menolak Hukum Kodrat yang abstrak dan metayuridis. Hukum menjadi formalistik, sehingga tidak didasarkan pada pengertian ‘baik’ atau ‘buruk’ akan tetapi didasarkan pada hukum yang sah atau hukum yang berlaku.

Jika Positivisme menganggap ilmu pengetahuan netral dan bebas nilai dari kepentingan subyektif demi tercapainya obyektivitas dan kepastian ilmu pengetahuan, Positivisme Hukum pun sama menganggap hukum harus netral, bebas nilai, imparial /bebas dari kepentingan manusiawi (*rule of law, not rule of man*) untuk memberikan jaminan obyektivitas dan kepastian hukum. Kalau dalam Positivisme pengetahuan untuk pengetahuan, sedangkan dalam Positivisme Hukum hukum untuk hukum.

Positivisme mengistirahatkan filsafat dari kerja spekulasinya dan bertendensi mengarahkan ilmu pengetahuan pada kemajuan yang lebih bersifat pragmatis, sementara Positivisme Hukum meninggalkan kajian-kajian filsafat hukum dan lebih bertendensi mengajarkan kemahiran hukum.

Positivisme merupakan faham yang menuntut agar setiap pengetahuan tidak boleh melampaui fakta, memperlakukan realitas sebagai sesuatu yang eksis dan sebagai objek yang harus dilepaskan dari segala macam pra-konsepsi metafisis yang subjektif sifatnya. Apabila paham Positivisme ini kemudian diterapkan dalam bidang hukum (menjadi Positivisme Hukum), maka pemikiran metayuridis mengenai hukum

seperti aliran Hukum Kodrat harus disingkirkan. Dari persamaan-persamaan mendasar ini dapat dimengerti mengapa Positivisme Hukum menamakan dirinya Positivisme karena diinspirasi dasar-dasar Positivisme. Tetapi apabila dicermati memang terdapat perbedaan pangkal dalam memperoleh pengetahuan antara Positivisme dan Positivisme Hukum. Positivisme mementingkan peranan pengalaman empiris dan evidensi pengamatan inderawi sehingga menggunakan penalaran induktif. Sementara Positivisme Hukum yang lebih memusatkan pada norma, tentu lebih menggunakan penalaran deduktif (silogisme) untuk menarik konklusi. Meskipun pangkal memperoleh pengetahuan berbeda, keduanya sama-sama berkeyakinan bahwa suatu teori murni hanya mungkin diperoleh dengan jalan membersihkan atau memurnikan ilmu pengetahuan dari kepentingan-kepentingan manusiawi (subyektif). Di permukaan kelihatannya sebuah 'perselisihan', padahal mereka mempunyai fondasi dan tujuan yang sama.

Menurut filsuf Finlandia, Aulis Aarnio, Positivisme muncul sebagai teori penelitian hukum atau yang ia namakan sebagai *jurisprudential positivism*.

*“Positivism also appears as a theory of legal research. I shall call this jurisprudential positivism. It is closely related to legal positivism since almost all the forms of jurisprudential positivism more or less obviously accept the legal positivist assumption : the idea that legal order is the totality of given norms. This basic standpoint distinguishes them clearly from natural law conceptions. Natural law is not an object of the study of law. It should be noted that jurisprudential positivism does not form any single uniform tradition of thought. On the contrary, two conceptions which quite sharply differ from each other may be distinguished within it. This in turn, make its relations to philosophical positivism ambivalent in more than one sense. I shall call the two main forms of jurisprudential positivism **rule positivism and legal empiricism**.”<sup>192</sup>*

Ciri karakter *rule positivism* atau hukum normatif adalah hukum yang valid didefinisikan sebagai objek penelitian hukum. Hanya dengan cara demikian, menurut *rule positivism*, penelitian hukum dapat menghasilkan pengetahuan hukum obyektif. Pada garis yang paling ekstrem, hukum positif merupakan satu-satunya objek studi hukum doktrinal. *“In addition to this, it must be mentioned that certain extreme forms of rule positivism see legal rules as the only object of doctrinal study of law”<sup>193</sup>*

<sup>192</sup> Aulis Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, The Philosophical Society of Finland, 1983, hal. 52.

<sup>193</sup> Aulis Aarnio, Op.Cit., hal. 52.

Berangkat dari pemikiran Aarnio, apa yang disebut Jurisprudential Positivism ternyata tidak tunggal; ada *Rule Positivism* dan *Legal Empiricism*. Disebut *Rule Positivism* jika beranggapan bahwa obyek studi hukum adalah hanya pada peraturan hukum (hukum positif). Jika demikian, *Rule Positivism* dalam konteks pembelajaran hukum di Indonesia tampaknya lebih diartikan sebagai ilmu hukum normatif atau dogmatika hukum. Di Indonesia, hukum normatif lebih dipahami sebagai norma yang direduksi sebagai hukum positif belaka ('Positivisme Yuridis'), berbeda dengan makna normatif yang diartikan oleh Bruggink lebih filosofis dan sarat nilai.

Sementara disebut *Legal Empiricism* jika beranggapan bahwa obyek studi hukum adalah perilaku (otoritas dalam masyarakat) yang dapat diobservasi secara empiris. Hukum tidak lagi dikonsepsikan secara filosofi-moral sebagai *law as what ought to be*, dan tidak pula sebagai norma sebagai *what it is in the books*, melainkan secara empiris yang teramati di alam pengalaman ('Positivisme Sosiologis?').

Apabila dilacak dalam aliran-aliran filsafat hukum, apa yang disebut *Rule Positivism* adalah Positivisme Hukum (dan varian yang paling ekstrim adalah Formalisme), sedangkan *Legal Empiricism* tidak lain adalah Realisme Hukum Amerika (peneliti menyebut Realisme Hukum Amerika untuk membedakan dengan Realisme Hukum Skandinavia) yang lahir sebagai kritik atas Formalisme.

Tidak mudah melacak epistemologi Formalisme karena 'kehadiran' Formalisme awalnya bukan diartikan oleh penganutnya sendiri, tetapi justru lebih banyak 'dimunculkan' oleh para pengkritiknya, terutama dari kalangan *Legal Realism* (Realisme Hukum). Tidak mudah untuk membuktikan bahwa formalisme ada atau benar-benar tidak ada, sebagaimana ungkapan Tamanaha;

*"To demonstrate that the age of "legal formalism" never really existed as such is like proving that ghosts do not exist: one must dispute the credibility of ghost sightings and offer more plausible alternative explanations for the phenomena with witnessed.... Much like chasing ghosts, investigating the formalists proves elusive because they are hard to catch a glimpse of. The formalists never speak for themselves. Every account of the legal formalists and the purportedly widespread belief in "mechanical jurisprudence" has been written by critics like Roscoe Pound and Jerome Frank, and by modern historians and theorists relying upon the accounts of critics. "Formalism," legal theorist Tony Sebok observed, " ... does not really have an identity of its own: As a theory of law, it exists only as a reflection of scholars like Holmes, Pound, Llewellyn, and Frank."*<sup>194</sup>

<sup>194</sup> Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, Princeton University Press, 2010

(Terjemahan bebas: Untuk menunjukkan bahwa masa "formalisme hukum" tidak pernah benar-benar ada seperti membuktikan bahwa hantu tidak ada: orang harus berselisih dengan kredibilitas penampakan hantu dan menawarkan penjelasan alternatif yang lebih masuk akal untuk fenomena dengan kesaksian....Banyak seperti mengejar hantu, menyelidiki formalis ternyata sukar dipahami karena mereka sulit untuk melihat sekilas. Kaum formalis tidak pernah berbicara diri mereka sendiri. Setiap catatan formalis hukum dan keyakinan luas konon dalam "yurisprudensi mekanik" telah ditulis oleh para kritikus seperti Roscoe Pound dan Jerome Frank, dan oleh sejarawan modern dan teoretisi mengandalkan akun kritikus. "Formalisme," teoritisi hukum Tony Sebok mengamati, "... tidak benar-benar memiliki identitas sendiri: Sebagai teori hukum, itu ada hanya sebagai cerminan dari pemikir seperti Holmes, Pound, Llewellyn, dan Frank.")

Karena tidak jelas asal-usul Formalisme, Tamanaha menyebutnya sebagai, "the myth"; *the emptiness of 'formalism' in legal theory*<sup>195</sup>; *"the delusion of formalism"*<sup>196</sup>; dan sebagainya. Pada titik ini peneliti kurang sepakat dengan Tamanaha. Formalisme memang seperti "hantu" karena tidak ada teoritisi hukum yang mengklaim dan menyusun formalisme sebagai teori atau proposisi yang sistematis, tetapi sebagai "kesadaran" atau "cara pandang" ia "ada". Jika Formalisme benar-benar tidak ada dalam alam "kesadaran" dan "praktik" hukum, bagaimana mungkin Realisme Hukum dapat mengkritik "cara pandang" Formalisme.

Holmes, memaknai Formalisme sebagai aliran yang menekankan cara berpikir hukum yang formal dan logika-deduksi seperti matematika.<sup>197</sup> Formalisme "dihadirkan" oleh Karl Llewellyn ketika ia mengkritik peradilan dan penalaran hakim yang menerapkan peraturan atau doktrin (juga yurisprudensi) secara mekanis-formalistik terhadap fakta.<sup>198</sup> Curtis Bridgeman memaknai Formalisme sebagai ; "...the view that rules are legally binding because of their status as rules, rather than because of any substantive justification for the rules..."<sup>199</sup>

Formalisme Hukum dihubungkan dengan ajaran Christopher Langdell (gurubesar hukum di Universitas Harvard) pada akhir abad ke 19 dan Joseph Beale

<sup>195</sup> Ibid., hal. 159,

<sup>196</sup> Ibid., hal.

<sup>197</sup> Holmes, Path of the Law...

<sup>198</sup> Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown & Co, 1960, hal. 62-75.

<sup>199</sup> Curtis Bridgeman, *Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy: Positivism, Formalism, and the Specification of Rules in Contract Law*, dalam jurnal *Cardozo Law Review*, FSU College of Law Public Law Research paper No. 296.

pada awal abad ke 20. Langdell percaya bahwa hukum adalah “*science*” sebagaimana dinyatakan dalam bukunya;<sup>200</sup>

*“it is indispensable to establish at least two things; first that science is a science; secondly that all the available materials of that science are contained in printed books.... (the library is...to us all that the laboratories of the university are to chemists and physicists, all that the museum of natural history is to the zoologists, all that the botanical garden is to the botanists....”*

Jika demikian, Landell mendudukan Ilmu hukum termasuk dalam kelompok ilmu eksakta, yang bekerja seperti hukum-hukum fisika atas dasar hubungan sebab-akibat. Pola hubungan sebab-akibat itu dapat dipelajari di perpustakaan hukum dengan menganalisis kasus-kasus seperti halnya fisikawan menggunakan laboratorium.

Kajian hukum Langdell, menurut Soetandyo Wigjosoebroto, dinilai sebagai positivistik atau lebih tegas lagi disebut *legal science* atau *mechanistic jurisprudence*.<sup>201</sup> Patrick J. Kelley mengelaborasi pemikiran Landell; *pertama*, hukum harus dipelajari secara scientific, dengan mempelajari sumber asli (original sources) yakni kasus-kasus yang telah diputuskan. *Kedua*, hukum sebagai sebuah ilmu terdiri doktrin fundamental yang pasti, yang relatif sedikit jumlahnya. *Ketiga*, doktrin-doktrin fundamental itu tumbuh ke bentuk saat ini secara perlahan-lahan, dan pertumbuhan itu dapat dilacak melalui serangkaian kasus-kasus..*Keempat*, klasifikasi yang tepat dari doktrin-doktrin hukum fundamental itu akan memfasilitasi studi hukum.<sup>202</sup>

Kritik terhadap Formalisme tidak berarti merupakan kematian bagi Formalisme sendiri, tetapi ia berkembang dengan segala modifikasinya. Sebagai

<sup>200</sup> Cristopher Langdell, A Selection of Cases on the Law of Contracts. Part 1. Boston Little, Brown & Company, 1870.

<sup>201</sup> Soetandyo Wigjosoebroto, Positivisme:Paradigma ke Arah Lahirnya Teori Sosial dan Teori Hukum Modern berikut Kritik-kritiknya, makalah diskusi Lingkar Belajar Huma, 2010.

<sup>202</sup> Surat pribadi Langdell kepada Theodore Dwight Woolsey yang ditemukan oleh William LaPiana di dalam koleksi manuskripnya (Yale’s manuscript) semakin menegaskan bahwa garis pemikiran Langdell adalah Formalisme. Dalam tulisannya mengenai studi hukum (the study of jurisprudence), Langdell mengekspresikan pemahamannya tentang perlunya garis demarkasi antara mempelajari “law as it is” dan “law as ought to be”. Langdell menyarankan bahwa ahli hukum seharusnya hanya mempelajari “the law as it is.” Setelah melacak dan menganalisis pemikiran Langdell, Kelley menghubungkan pemikiran Langdell yang berkembang di Amerika dengan Positivisme Hukum klasik yang digagas oleh Austin dan berkembang di Inggris dan menyebar di Eropa dengan mengambil kesimpulan, “...Langdell’s notion of law as a science probably included John Austin’s rigid distinction between law and morality.”Patrick J. Kelley, Holmes, *Langdell and Formalism*, Ratio Juris, Vol. 15, No. 1, Maret 2002, hal. 26-51.

contoh, meskipun banyak ahli hukum mengkritik Formalisme, hakim Antonin Scalia dalam berbagai tulisan dan pernyataannya berterus terang bahwa dirinya ‘memeluk’ Formalisme sebagai fondasi dari “the rule of law”. Scalia menyatakan: ”Long live formalism. It is what makes a government a government of laws and not of men.”<sup>203</sup> In a famous essay, he praised ”the rule of law as a law of rules.”<sup>204</sup>.

Demikian pula, pemikir hukum Frederick Schauer mengembangkan Formalisme dengan penafsiran sintatik<sup>205</sup> dan semantik<sup>206</sup> atas teks. Formalisme Hukum ala Schauer disebut-sebut sebagai Formalisme varian kedua. Schauer menjelaskan karakter dan posisi Formalisme sebagai berikut ;<sup>207</sup>

*At the heart of the word ‘formalism’ in many of its numerous (legal) uses, lies the concepts of decisionmaking according to rule. Formalism is the way in which rules achieve their ruleness. Precisely by doing what is supposed to be the failing of formalism : screening off from a decisionmaker factors that a sensitive decisionmaker would otherwise take into account. Moreover, it appears that this screening off takes place largely through the force of the language in which rules are written. Thus the tasks performed by rules are tasks for which the primary tool is the specific linguistic formulation of a rule.*

Meskipun tidak persis sama dengan Formalisme klasik, pemikiran Schauer tentang ‘screening’ (penyaringan) mengingatkan pada pemurnian ala Hans Kelsen. Dalam karya awalnya, Kelsen menolak keras ide tentang ”kehendak” legislator (‘will’ of legislator) karena ”kehendak” mengandung unsur psikologi.<sup>208</sup> Dalam perdebatannya dengan Kelsen, Kaufmann dalam ‘Critique of Neo-Kantian Legal Philosophy’ menuduh Kelsen yang berpikir monistik sebagai pemikir hukum yang formalis atau logicism, sebagai berikut;<sup>209</sup>

<sup>203</sup> Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, hal. 25.

<sup>204</sup> Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175, 1175-81 (1989), diakses dari <http://cyber.law.harvard.edu/bridge/Philosophy/rollor.txt.htm>, tanggal 25 November 2010.

<sup>205</sup> Sintatik mempelajari perkaitan diantara tanda-tanda satu dengan lainnya. Pusat perhatian sintatik adalah bentuk atau struktur tanda-tanda bahasa, karenanya ia berkaitan erat dengan gramatika.

<sup>206</sup> Semantik mempelajari perkaitan antara tanda-tanda dan yang diartikan. Semantik memusatkan perhatian pada isi tanda-tanda bahasa.

<sup>207</sup> Frederick Schauer, *Formalism*, Yale Law Journal no. 97, 1988 hal. 510.

<sup>208</sup> Stanley L. Paulson *Formalism, ‘Free Will’, and The ‘Cognition’ Quandary: Hans Kelsen’s Approaches to Legal Interpretation*, diakses dalam [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qland27&div=20&g\\_sent=1&collection=journal\\_s](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qland27&div=20&g_sent=1&collection=journal_s), tanggal 26 november 2010.

<sup>209</sup> Erich Kaufmann, ”Kritik der Neukantischen Rechtsphilosophie” dikutip oleh Stanley L. Paulson, *Fomalism, ‘Free Law’, and The ‘Cognition’ Quandary: Hans Kelsen’s Approaches to Legal Interpretation*, Op.cit, hal. 9.

*“If Kelsen is convinced that the purification of concepts according to the ideal of world-law monism could contribute anything to the realization of that ideal, this is a conviction that can only be based on a radically logistic metaphysics (logizistische metaphysik)...The metaphysic of this rationalistic logicism is so grotesque as to take on something of the grandiose.”*

Menurut Kaufmann, ‘logicism’ adalah spesies dari formalisme.<sup>210</sup> Konsep *logicism* yang menggunakan pendekatan dasar matematika secara deduktif (karena itu mengklaim dirinya obyektif) diperkenalkan sebagai *counter* terhadap *psychologism* yang dinilai sarat dengan kepentingan subyektif.<sup>211</sup> Bukan suatu kebetulan jika sejumlah pemikir hukum, diantaranya Hans Kelsen, menolak keras hukum bercampur dengan unsur-unsur psikologi.

Apakah bertalian Formalisme dengan pemikiran Positivisme Hukum klasik (terutama, Austin dan Kelsen) ?

Tidak mudah menghubungkan (apalagi mengidentikkan) satu aliran dengan aliran lain, karena cenderung mengundang reaksi bagi para penganutnya yang tidak bersedia disamakan dengan aliran tertentu. Di samping itu, bisa saja aliran-aliran yang saling bertikai awalnya berinduk pada ‘pohon’ filsafat yang sama namun berkembang dengan arah berbeda. Positivisme sendiri, misalnya, berkembang dengan banyak variannya. Sebastian Urbina secara berhati-hati mencoba menjernihkan hubungan Formalisme dan Positivisme Hukum sebagai berikut;<sup>212</sup>

*“To make a critical assessment of legal positivism requires stating, more or less clearly, what legal positivism is—but this is not an easy task. Legal Positivism is like a dragon with many heads. In this respect, it is important to remember that Norberto Bobbio (1) claimed that Legal Positivism could be understood: first, as an approach to the study of law; second, as a legal theory, (as a determined theory or conception of law) and third, as an ideology of justice. ..On the other hand, it is usually stated that legal positivism can be seen: first, as ‘legal formalism’; second, as ‘ideological positivism’, and third, as ‘methodological positivism’, also called ‘conceptual*

<sup>210</sup> Stanley L. Paulson, *Formalism, ‘Free Law’, and The ‘Cognition’ Quandary: Hans Kelsen’s Approaches to Legal Interpretation*, diakses dari <http://heinonline.org>, tanggal 25 November 2010.

<sup>211</sup> Lihat Wilhelm Wundt, “Psychologismus und Logizismus” dalam Stanley L. Paulson, *Ibid*.

<sup>212</sup> Sebastian Urbina, *Legal Positivism; Critical Assesment and Epistemological Reflexions*, diakses dari [http://ivrenc.info/index.php?title=Legal\\_Positivism:\\_Critical\\_Assessment\\_and\\_Epistemological\\_Refle\\_xions](http://ivrenc.info/index.php?title=Legal_Positivism:_Critical_Assessment_and_Epistemological_Refle_xions), tanggal 1 Desember 2010.

*positivism'. 'Legal formalism' asserts that the legal order is a self-sufficient system able to give a univocal solution to any legal conflict; according to 'ideological positivism', we—citizens and officials—ought to obey the law no matter its content; while 'methodological positivism' maintains that the concept of law ought not be defined according to evaluative properties but only on the basis of descriptive ones."*

Tidak ada keseragaman pendapat diantara ilmuwan hukum apakah Positivisme Hukum berhubungan dengan Formalisme. Tetapi ada yang bisa ditangkap (dipahami), bahwa formalisme lebih menekankan hukum pada bentuknya yang formal (form = bentuk) bukan isinya. Pada titik ini menjadi semakin terang; bukankah Positivisme Hukum klasik adalah aliran hukum yang menekankan sah atau tidaknya hukum pada bentuknya formalnya dan bukan pada isinya ? Karena itu Formalisme sebagaimana Positivisme Hukum klasik memusatkan perhatian pada hukum positif, menolak memaknai sesuatu "apa dibalik apa adanya" (karena dianggap metafisika atau metayuridis), menekankan prediktabilitas dan kepastian hukum. Pendekatan formalisme dapat digambarkan sebagai berikut:

*"In legal theory, the approach which seeks to minimise the element of choice in the interpretation of terms contained in legal rules and emphasises the necessity of certainty and predictability in the meaning of such rules. Legal formalists would advocate the attribution of specific meanings to certain terms from which the interpreter of legal rule could not deviate, and require that such terms should have those same meanings in every case where the rule is applicable."*<sup>213</sup>

Pound menyamakan Positivisme Hukum (*Legal Positivism*) dengan Formalisme.<sup>214</sup> Pemikir feminis hukum, Margot Stubbs, mencurigai Positivisme Hukum yang menyebabkan cara berpikir formalistik dan apolitis, "*Legal positivism present us with a highly formalistic and apolitical understanding of the law.*"<sup>215</sup>

Bahkan kritik terhadap Formalisme kemudian melebar, ada pendapat yang menarik sekaligus kontroversial, Fuller tidak hanya menyamakan Positivisme Hukum dengan Formalisme, bahkan juga dengan Realisme Hukum (*Legal Realism*) sehingga mengundang keberatan dari para penganut Realisme Hukum.<sup>216</sup> Bagaimana mungkin Realisme Hukum yang jelas-jelas secara terbuka mengkritik Formalisme disamakan

<sup>213</sup> Routledge, *Jurisprudence*, Cavendis, 2006, hal. 7.

<sup>214</sup> Lihat, Pound, *Jurisprudence*, hal. 92-93

<sup>215</sup> Margot Stubbs, "Feminism and Legal Positivism" dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, 456.

<sup>216</sup> Lihat Fuller, *Law in Quest of Itself*, hal. 30-33

dengan apa yang dikritiknya ? Apakah Realisme Hukum yang mengkritik Formalisme juga ‘anak kandung’ dari Positivisme ?

Realisme Hukum (Legal Realism) lahir sebagai kritik terhadap Formalisme yang terlalu memusatkan kajian pada hukum dalam kitab peraturan perundangan. Realisme Hukum berusaha untuk mengetahui bagaimana ketentuan-ketentuan hukum bekerja dan dilaksanakan (how the rules of law work) dan bukan hukum yang tertulis dalam kitab peraturan perundangan. Mempelajari bagaimana hukum bekerja dalam dunia nyata, berarti meneliti di satu pihak unsur-unsur kemasyarakatan yang membuat hukum dan di lain pihak meneliti akibat sosial hukum. Jadi Realisme Hukum bertujuan meneliti bagaimana pengalaman hukum itu dengan cara menghubungkan hukum dengan fakta-fakta kemasyarakatan.

Roscoue Pound membedakan dua aliran dengan komentar, "*As the analytical jurist insisted on the pure fact of law, the new realist seeks the pure fact of fact.*" Namun, Lon Fuller melihat tidak ada perbedaan epistemologi antara Positivisme Hukum dan Realisme Hukum, keduanya sama-sama berinduk pada Positivisme. 217

Dimensi empiris dari Realisme Hukum adalah Empirisisme yang berskala mikro, kasuistis. Dalam praktik hukum, antara kasus yang satu dengan kasus lainnya tidak perlu ada benang merah yang menjalin mereka, termasuk tidak dalam bentuk preseden. Di sini terlihat nilai kepastian hukum, dalam arti derajat yang tinggi atas prediktibilitas isi putusan, menjadi tidak relevan lagi untuk dibicarakan. Lalu, kalau bukan kepastian hukum (yang digariskan undang-undang dan/atau preseden), apa ukuran nilai yang bisa dipegang ? Dan, jika nilai kepastian hukum formal ini dinafikan oleh Realisme Hukum, apakah ia masih bisa disebut Positivisme?

Patrick J. Kelley yang meneliti pemikiran Realisme Hukum dan akhirnya mengambil kesimpulan bahwa Realisme Hukum adalah (juga) Positivisme. Kelley mencermati pemikiran Oliver W. Holmes yang tertuang dalam karya-karyanya seperti "Primitive Notions", "The Common Law" dan "Path of the Law". Tidak sebagaimana Auguste Comte, Holmes dalam *The Common Law* tidak secara eksplisit mengkarakteristikan evolusi dari tahap teologi, metafisika, ke positivisme. Tetapi secara implisit Holmes juga secara evolutif memandang pertanggungjawaban hukum berdasarkan tiga tahap, sebagaimana temuan Kelley berikut ini;

*"In the first stage, liability standards reflect a primitive desire for revenge against the causing agent, based on its ascribed evil will (Holmes, 1963, 34-5). In the second stage, liability standards are based on an imaginary thing the moral blameworthiness of the average member of the community (Holmes 1963, 86-8). In the final stage, that general standard becomes specified into*

<sup>217</sup> Lihat, Anthony J. Sebok, *Misundersanding Positivism*, dalam Tom D. Campbell (Ed.) *Legal Positivism*, Ashgate Publishing Company, 1999, hal 466 – 468.

*fixed, definite and certain rules (Holmes 1963, 88-92, 98-103). Those liability rules are in the form of scientific laws of antecedent and consequence indentifying particular behavior which, under particular circumstances, will be followed by particular legal sanctions. Moreover, those liability rules are based on scientific laws about the danger of particular behaviors under particular circumstances, discovered by experience (Holmes 1963, 89,98-9, 126-9).<sup>218</sup>*

Holmes konsisten, sebagaimana dalam epistemologi Positivisme yang mengenyahkan moral dari ilmu pengetahuan, secara terus-menerus mereduksi muatan moral dalam hukum (*morally-freighted terms in the law*). Kelley menunjukkan pemikiran Holmes dalam "Path of the Law" kental mengandung cara berpikir Positivisme sebagai berikut;

*"The law is reduced to predictions of what courts will do in fact (Holmes 1987, 457); legal duty is reduced to a prediction of certain consequences from certain conduct under certain conditions (Holmes 1897, 458). The true ground of any legal decision lies in the consequences of that decision (Holmes 1897, 466-7). The law is progressing toward an ideal, in which the content of the law will be based on rational choices, informed by scientific knowledge of the social consequences of different choices (Holmes, 1987, 468-9)."<sup>219</sup>*

Pandangan Holmes dan juga pemikir Realisme Hukum secara jelas adalah positivistik. Yang membedakan dengan Positivisme Hukum klasik, Realisme Hukum mendapat dasar filsafat dari versi baru filsafat Positivisme yang pragmatisme (misalnya, berakar dari filsafat John Dewey). Realisme Hukum sebagaimana pemikiran Positivisme Pragmatisme menghindari dari segala yang abstrak dan yang tidak lengkap, menghindari segala cara analisa kata demi kata untuk memecahkan soal, menghindari dasar a priori, menghindari sistem-sistem tertutup. Seorang Positivisme Pragmatisme lebih percaya pada hal-hal yang didasarkan pada pengalaman dibanding dengan cara renungan saja. Positivisme Pragmatisme memberi pendekatan baru pada hukum, yaitu lebih memberikan perhatian pada hasil-hasil dan akibat-akibat. Realisme Hukum berusaha mengetahui apakah hukum itu (what the law is) dan bukan bagaimana hukum yang seharusnya. Dalam mengadakan penelitian mengenai hukum, sikap penganut Realisme Hukum yang 'mereduksi' anasir-anasir moral dari hukum pada pokoknya sama dengan sikap yang diambil oleh penganut-

<sup>218</sup> Patrick J. Kelley, Holmes, *Langdell and Formalism*, Ratio Jurist, Vol. 15 No. 1, Maret 2002, hal. 26-51.

<sup>219</sup> Patrick J. Kelley, Holmes, *Langdell and Formalism*, Ibid.

penganut Positivisme Hukum. Karena itu, William James menyebut Realisme Hukum sebagai *a new name for some old ways of thinking*.<sup>220</sup> (Perselisihan Positivisme Hukum dan Realisme Hukum juga akan dibahas lebih lanjut dalam Bab. III).

Pertikaian sesama Positivisme antara Realisme Hukum dengan Positivisme Hukum berpengaruh pada wilayah metodologis antara Metodologi Penelitian Normatif (mendapat pengaruh Positivisme Hukum klasik) dan Metodologi Penelitian Empirisisme (mendapat pengaruh dan lebih dekat dengan Realisme Hukum) akan dibahas di bawah ini .

#### **4. Refleksi: Perselisihan Permanen antara Hukum Normatif versus Hukum Empiris**

Empirisisme (berasal dari bahasa Yunani *ἐμπειρία/empeiria*) adalah suatu aliran dalam filsafat yang menyatakan bahwa semua pengetahuan berasal dari pengalaman manusia.. Empirisisme lahir di Inggris dengan tiga eksponennya John Locke, George Berkeley, dan David Hume. Bagi penganut Empirisisme, akal tidak melahirkan pengetahuan dari dirinya sendiri melainkan dari pengalaman. Empirisisme klasik memandang pengamatan pancaindera sebagai satu-satunya sumber pengetahuan terpercaya. Menurut Locke, akal hanyalah secarik kertas tanpa tulisan yang menerima hal-hal dari pengalaman. Satu-satunya obyek pengetahuan adalah gagasan yang timbul karena pengalaman. Locke menjawab sebuah pertanyaan, "Kapan kita mulai berpikir?" Jawaban Locke yang kemudian menjadi landasan Empirisisme: *Nihil est in intellectu quod non antea fuerit in sensu* (tidak ada satu pun yang ada di dalam pikiran yang mendahului data-data inderawi).

David Hume melanjutkan pemikiran Empirisisme Locke dengan melakukan pembedaan antara kesan dan ide. Kesan merupakan penginderaan langsung atas realitas lahiriah, sementara ide adalah ingatan atas kesan-kesan. Menurutnya, kesan selalu muncul lebih dahulu, sementara ide sebagai pengalaman langsung tidak dapat diragukan. Dengan kata lain, karena ide merupakan ingatan atas kesan-kesan, maka isi pikiran manusia tergantung kepada aktivitas inderanya. Kesan maupun ide, menurut Hume, dapat sederhana maupun kompleks. Sebuah ide sederhana merupakan perpanjangan dari kesan sederhana. Begitu pula ide kompleks merupakan kelanjutan

<sup>220</sup> William James. *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*. New York: Longman Green and Co., 1907. Lihat juga, Soetiksno, *Filsafat Hukum*, Pradnya Paramita, hal. 73 – 75.

dari kesan kompleks. Namun, dari ide kompleks dapat diturunkan menjadi ide sederhana. Pikiran kita menurut Hume bekerja berdasarkan tiga prinsip. *Pertama*, prinsip kemiripan yaitu mencari kemiripan antara apa yang ada dibenak kita dengan kenyataan di luar. *Kedua*, prinsip kedekatan yaitu kalau kita memikirkan sebuah rumah, maka berdasarkan prinsip kedekatan kita juga berpikir tentang adanya jendela, pintu, atap, perabot sesuai dengan gambaran rumah yang kita dapatkan lewat pengalaman inderawi sebelumnya. *Ketiga*, prinsip sebab-akibat,<sup>221</sup> misalnya, dalam permainan bola bilyar, ketika bola satu membentur bola yang lain, maka akan muncul kesan bahwa dorongan dari satu bola dihadiri dengan gerakan bola kedua dan seterusnya. Padahal, menurut Hume, itu hanya merupakan kesan yang merangkai adanya hubungan kausalitas, padahal bola satu dan berikutnya sesungguhnya terpisah. sebagaimana dikutip oleh Edward J. Conry;

*”When we look about us toward external objects, and consider the operation of causes, we are never able, in single instance, to discover any... necessary connection, any quality, which binds the effect to the cause, and renders the one an infallible consequence of the other. We only find that one does actually in fact, follow the other. The impulse of one billiard ball is attended with motion in the second.... It appears then that this idea of necessary connection among events arises from a number of similar instances which occur .... But there is nothing in a number of instances ... except only, that after a repetition of similar instances, the mind is carried by habit, upon the appearance of one event, to expect its usual attendant ...”*<sup>222</sup>

Dalam sejarahnya, Empirisisme selalu bertikai dengan Rasionalisme. Tetapi dalam ranah Ilmu Hukum, Empirisisme berselisih dengan Ilmu Hukum Normatif. Padahal Ilmu Hukum Normatif, tidak bisa dipahami sepenuhnya sebagai Rasionalisme. Pertanyaannya, mengapa dalam Ilmu Hukum, Empirisisme justru berselisih dengan Normatif(isme)?

*Pertama*, David Hume membedakan hal-hal inderawi (*is, sein*) dan hal-hal yang seharusnya (*ought, sollen*) – moralitas ada di wilayah normatif, bukan empiris, sehingga hanya akan menghasilkan banyak pendapat subyektif, spekulatif, dan tak pasti.<sup>223</sup> Menurut filsuf Empirisisme ini, hanya yang empiri yang dapat menghasilkan kebenaran obyektif dan tidak spekulatif. Jeremy Bentham, pemikir Positivisme-

<sup>221</sup> Alfred Weber, *History of Philosophy*, <http://www.class.uidaho.edu/mickelsen/texts/Weber%20-%20History/locke.htm>, diakses 24 Juli 2009.

<sup>222</sup>

<sup>223</sup> Dennis Lloyd, *The Idea of Law*, London; Penguin Books, 1973, hal. 82.

Utilitarian, mengikuti gagasan Hume membedakan “*law as it is*” (hukum apa adanya atau yang dikenal oleh pancaindera) dari “*law as ought to be*” (hukum yang seharusnya atau yang diidealkan). Pemikiran Bentham dalam beberapa hal banyak mempengaruhi John Austin terutama penolakannya terhadap Hukum Kodrat (*law as ought to be*) untuk memungkinkan hukum positif (*law as it is*) menjadi kajian yang otonom.<sup>224</sup>

*Kedua*, Ilmu Hukum Normatif, menurut Hans Kelsen, harus membuat garis demarkasi tajam antara “*is*” (nyata) dan “*ought*” (harus/seharusnya). Meskipun pemikiran Kelsen masuk dalam aliran Positivisme Hukum, pandangannya berbeda dengan Jeremy Bentham dan Austin. Kelsen sebagaimana pandangan Kant dalam “imperatif kategoris”, meletakkan norma di wilayah ‘*ought*’ (yang seharusnya) bukan ‘*is*’ (yang ada). Kelsen melihat hakikat ‘*ought*’ masih merupakan makna subyektif dari tiap tindakan berkehendak yang ditujukan kepada perilaku orang lain. ‘*Ought*’ baru mempunyai makna obyektif, menurut Kelsen, apabila bersandar pada norma hukum, bukan pada kehendak individu (subyektif).

Berangkat dari pandangan Kelsen tersebut, maka Ilmu Hukum Normatif “Murni” (catatan: penambahan kata “murni” untuk membedakan dengan makna normatif yang dimaknai Bruggink sebagai sarat nilai) mengeliminasi “nilai” dari teorinya tetapi dalam waktu sama juga menolak semua elemen “*is*” (fakta empiris) atau kenyataan atau bekerjanya hukum di masyarakat (*law as it is in society*). “*Ought*” baru mempunyai makna obyektif hanya apabila bersandar pada norma (hukum positif).

Sesungguhnya Ilmu Hukum Empiris sama dengan Ilmu Hukum Normatif “Murni” menerima garis demarkasi antara “*is*” dan “*ought*”. Bedanya, Ilmu Hukum Empiris memisahkan secara tajam antara fakta dengan norma dengan lebih memusatkan perhatian pada “*is*” atau fakta bekerjanya hukum dalam kenyataan sebagai pusat perhatian dalam penelitian dan kurang memberi perhatian pada norma.

Sebagai perbandingan, di kalangan akademisi hukum Belanda, misalnya, De Geest, berperdapat bahwa “*is*” dan “*ought*” (harus) terpisah sama sekali. Bagi De Geest pencampuran “*is*” dan “*ought*” adalah suatu dosa ilmiah yang besar.<sup>225</sup>

<sup>224</sup> Ibid., hal. 98 – 102.

<sup>225</sup> Pendapat G. De Geest dalam, “Hoe Maken We can de Rechtwetenschap een Volwaardige” (Bagaimana Kita Membuat Ilmu Hukum menjadi suatu Ilmu yang Bernilai Penuh?) mengundang kritik ilmuwan hukum Belanda, Carel Smith yang berpendapat sebaliknya bahwa hukum sebagai “penilaian”, yang berarti “*is*” dan “*ought*” suatu yang tidak terpisah dalam hukum. Lihat, Carel Smith, Het

*Ketiga*, Hans Kelsen mengembangkan Ilmu Hukum yang diharapkan berdiri sejajar dengan Ilmu-ilmu Alam. Sebagaimana Ilmu-ilmu Alam yang melakukan pemurnian terhadap aspek-aspek non-eksak dan non-kuantitatif untuk mendapat pengetahuan ilmiah-obyektif, maka dengan cara yang kurang lebih sama, Ilmu Hukum dimurnikan dari anasir-anasir non hukum untuk mendapatkan hukum yang obyektif. Karena itu bukan suatu kebetulan jika Ilmu Hukum Normatif secara ketat melakukan pemurnian hukum, tidak menghendaki hukum terkontaminasi elemen-elemen asing (non hukum) dan masuknya Sosiologi-Empiris dalam kajian Ilmu Hukum dianggap intervensi anasir-anasir non hukum.

*Keempat*, titik berangkat atau pangkal pendekatan kedua metodologi berbeda. Ilmu Hukum Empiris sebagaimana ilmu-ilmu Empiris bekerja dengan cara induktif yaitu bertolak dari pengamatan data khusus, lalu mengambil kesimpulan umum. Sedangkan Ilmu Hukum Normatif "Murni" cenderung deduktif (silogisme), berangkat dari premis mayor (norma hukum), menuju fakta-fakta konkret/kasus (premis minor) yang dipandang tunduk pada premis mayor, lalu menarik konklusi.

Dari beberapa alasan tersebut, mulai sedikit tersingkap mengapa Ilmu Hukum Empiris dan Ilmu Hukum Normatif "Murni" cenderung berselisih. Di fakultas-fakultas hukum Indonesia terjadi 'permusuhan permanen'<sup>226</sup> antara penganut Metodologi Penelitian Hukum Normatif "Murni" yang mengklaim bahwa objek studi hukum itu norma/hukum positif dengan penganut Metodologi Penelitian Hukum Empiris yang lebih melihat bekerjanya hukum dalam kenyataan di masyarakat.

Sebagai klarifikasi, apa yang disebut Hukum Normatif, kita perlu merujuk pendapat Bruggink yang membuat perbedaan pandangan positivistik dan normatif di bawah ini,<sup>227</sup>

	Pandangan Positivistik	Pandangan Normatif
relasi inti	subjek-objek	subjek-subjek

---

Normative Karakter van de Rechtwetenschap: Recht als Oordeel (Diterjemahkan Arief Sidharta,"Karakter Normatif Ilmu Hukum: Hukum Sebagai Penilaian), FH Universitas Parahyangan, 2010.

<sup>226</sup> Sayangnya, pertikaian antara Metodologi Penelitian Hukum Normatif dan Metodologi Penelitian Hukum Empiris di Indonesia lebih pada persoalan suka atau tidak (almamater mana, siapa guru besarnya, dan sebagainya), bukan pada pertikaian paradigma dan persoalan epistemologis.

<sup>227</sup> J.J.H. Bruggink, Refleksi tentang Hukum, (diterjemahkan oleh Arief Sidharta), Bandung:Penerbit PT Citra Aditya Bakti, 1999, hal. 189.

jenis pengetahuan	Obyektif	inter-subjektif
sikap ilmuwan	pengamat/penonton	Peserta (partisipan)
Perspektif	Eksternal	Internal
teori kebenaran	teori korespondensi	teori pragmatic
Proposisi	hanya informatif atau empiris	juga normatif dan evaluatif
Metode	hanya metode pengamatan inderawi	juga metode lain
Moral	non-kognitif	Kognitif
hubungan hukum-moral	pemisahan antara hukum dan moral	hukum dan moral tidak dipisahkan
Ilmu	hanya Sosiologi Hukum Empirik dan Teori Hukum Empirik dalam arti sempit (yang lainnya termasuk keahlian hukum)	tiap Teori Hukum dalam arti luas dapat menjadi ilmu

Bruggink dalam tabel membedakan antara Positivisme dan Normatif. Menurut Bruggink, perbedaan antara pandangan Positivistik dan Normatif pertama-tama bertumpu pada perbedaan dalam teori kebenaran yang dianut pandangan-pandangan itu. Pandangan Positivistik berpegang teguh pada teori kebenaran korespondensi. Menurut teori ini, kebenaran itu adalah kesamaan antara teori dan dunia kenyataan (tentang teori-teori kebenaran akan dibahas lebih lanjut dalam Bab. III). Itu berarti bahwa hubungan sentral di dalam hubungan antar subyek (ilmuwan) dan obyek (dunia kenyataan). Teori yang berhasil berkorespondensi dengan dunia kenyataan, menghasilkan pengetahuan hukum obyektif sebagai produknya. Ilmuwannya bekerja pada perspektif eksternal, artinya ia mendekati sebagai seorang pengamat (*toeschouwer*) yang meregistrasi apa yang dilihatnya (apa yang tertangkap dalam pancaindera).

Moral yang memuat proposisi normatif dan evaluatif, menurut pandangan Positivistik, dianggap tidak rasional, non-kognitif, dan tidak bisa dibuktikan secara empiris. Karena itu, kaum Positivis yang mempelajari hukum secara ilmiah, pertama-tama memisahkan hukum dari moral.

Pandangan Normatif menurut Bruggink dipahami lebih filosofis-evaluatif sehingga dimaknai sebagai sesuatu yang sarat nilai (*value-laden*). Relasi inti subyek-subyek, bukan subyek-obyek, sehingga bertumpu pada kebenaran intersubjektif (memperoleh persetujuan yang cukup dari para subyek). Ilmumannya bekerja dari sudut suatu perspektif internal, artinya bahwa ia mendekati gejala-gejala yang hendak dipelajarinya sebagai seorang partisipan (*deelnemer*). Menurut pandangan Normatif, hukum dan moral tidak pisahkan sehingga hukum tidak bebas nilai.<sup>228</sup>

Tetapi pemahaman Bruggink tentang Normatif berbeda dengan di Indonesia. Ilmu Hukum Normatif, sebagaimana pandangan umum yuris di Indonesia, telah direduksi dan lebih dipahami berurusan dengan norma hukum (hukum positif).<sup>229</sup> Dalam perkembangannya di Indonesia, Hukum Normatif "Murni" berusaha konsisten dengan pemurnian hukum diantaranya ada yang bertanya, bagaimanakah metode penelitian ilmu hukum murni yang tidak tercemar dari moral. Bahkan lebih jauh, sebagaimana Kelsen, ajaran hukum tidak boleh terkontaminasi dengan anasir-anasir non hukum, misalnya Ilmu Sosial<sup>230</sup> menyebabkan Hukum Normatif Murni cenderung menutup pintu kerja sama dengan ranah ilmu lain, kecuali dengan logika dan hermeneutik secara terbatas. Bahkan Metodologi Penelitian Hukum Normatif Murni hendak membebaskan diri dari bayang-bayang positivisme dengan mencoba keluar dari ilmu-ilmu sosial, hingga mempermasalahkan pada wilayah yang paling teknis seperti menolak istilah "data" dan menggantikannya dengan istilah "bahan hukum".<sup>231</sup> Namun sebagai anak kandung Positivisme, ia (Ilmu Hukum Normatif Murni) tidak dapat benar-benar lepas dari darah ibu yang mengalir dalam tubuhnya, bahkan semakin mengesankan dirinya positivistik dengan menegaskan bahwa hukum hendaknya tidak melampaui hukum positif. Sampai di sini Ilmu Hukum Normatif Murni masih berada dalam wilayah kesadaran Positivisme tanpa berhasil beranjak dari sana.

Akibatnya, apa yang disebut Hukum Normatif di Indonesia jauh berbeda dengan apa yang dimaknai oleh Bruggink. Untuk memudahkan penguraian, peneliti

<sup>228</sup> Lihat, J.J.H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum* (terjemahan Arief Shidarta), Penerbit Citra Aditya Bakti, hal. 153, 157, 185-189.

<sup>229</sup> Lihat, Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji., *Op.Cit.*

<sup>230</sup> Lihat, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Jakarta ; Kencana, 2005, hal. 157 sebagai berikut; "...Terus terang, tulisan-tulisan *sosiolegal* apakah berupa tesis, disertasi, ataupun makalah sebaiknya tidak dirujuk karena menempatkan hukum hanya gejala sosial bukan sebagai norma."

<sup>231</sup> Penelitian normatif mengklaim dirinya tidak memerlukan "data", karena yang diperlukan adalah analisis ilmiah terhadap "bahan hukum". Lihat, Johnny Ibrahim, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia, 2005, hal. 216 – 217. Lihat juga, Peter Mahmud, *Ibid.* hal. 36 dan 141.

membuat tabel perselisihan sesama Positivisme: Hukum Empiris dan Hukum Normatif Murni, sebagai berikut;

Paradigma	POSITIVISME	
	Pandangan Hukum Empiris (Sosiologis)	Pandangan Hukum Normatif 'Murni' (Positivisme Hukum)
relasi inti	subjek-objek	subjek-objek
jenis pengetahuan	Obyektif	Obyektif
sikap ilmuwan	pengamat/penonton	Partisipan
Perspektif	Eksternal	Internal
teori kebenaran	teori korespondensi	teori koherensi
Proposisi	hanya informatif atau empiris	normatif yang direduksi hanya sebagai hukum positif
Metode	hanya metode pengamatan inderawi	Silogisme
Moral	non-kognitif	non-kognitif
hubungan hukum-moral	pemisahan antara hukum dan moral	pemisahan antara hukum dan moral
Ilmu	hanya Sosiologi Hukum Empirik dan Teori Hukum Empirik dalam arti sempit (yang lainnya termasuk keahlian hukum)	teori hukum dalam arti sempit

Penempatan Ilmu Hukum sebagai Ilmu Normatif (normologis), dipahami sempit bahwa Ilmu Hukum hanya berurusan dengan norma-norma hukum positif.<sup>232</sup> Padahal apa yang disebut normatif itu pada dasarnya merupakan ekstensi dari konsep-

<sup>232</sup> Di Indonesia, hukum normatif lebih dipahami sebagai norma yang direduksi sebagai hukum positif belaka (positivisme peraturan), berbeda dengan makna normatif yang diartikan oleh Bruggink sebagai suatu yang sarat nilai.

konsep filsafat nilai (aksiologis). Studi normatif yang hanya menyelidiki segi yuridis atau segi legalistiknya saja, lebih tepat menggunakan terminologi yuridis-formal ketimbang yuridis-normatif karena tidak semua hukum positif bernilai normatif. Misalnya, hukum positif dari seorang tiran yang memerintahkan pembasmian ras atau penganut agama tertentu, tidak memiliki nilai normatif apapun - meski aturan itu sah secara yuridis. Hukum positif yang sengaja dibuat untuk membuka celah si pembuat peraturan-perundangan melakukan korupsi juga tidak mempunyai nilai normatif – meski aturan itu dibuat melalui prosedur yang sah.

Mengapa peraturan itu tidak bisa disebut normatif? Karena peraturan tersebut menciderai keutamaan nilai (*summum bonum*) dan terang benderang bertentangan dengan akal sehat. Jika demikian, nilai yang menentukan sifat normatif dari suatu hukum, bukan karena ia berasal dari perintah pihak yang berkuasa seperti diajarkan Austin, bukan disandarkan pada norma hukum yang lebih tinggi sebagaimana yang dibayangkan Hans Kelsen, dan bukan dari sah tidaknya hukum itu sebagaimana diyakini kaum legisme. Ia normatif karena semata-mata mengandung keutamaan nilai.

Karena itu, hukum tidak selalu identik dengan keadilan, meski mungkin saja keadilan bisa didekati dari apa yang legal. Hukum bisa saja ada tetapi tidak sendirinya keadilan akan ada. Jika hukum diasumsikan identik dengan keadilan, maka pencarian keadilan di luar hukum akan dihentikan. Keadilan adalah suatu konsep yang jauh melebihi hukum. Keadilan itu berada dalam wilayah *noumena*, dan hukum itu adalah *fenomena*. Hukum tanpa keadilan memang bukan lagi hukum, tetapi keadilan tanpa hukum tetaplah keadilan, meskipun keadilan yang defisit.

Sedangkan Metodologi Penelitian Hukum Empiris awalnya memindahkan begitu saja Empirisme dalam Sosiologi klasik ke dalam penelitian hukum, misalnya mensyaratkan adanya hipotesis, variabel bebas dan variabel tergantung, bersifat deskriptif semata dan tanpa menilai, serta percaya hanya dengan mengkuantifikasi data<sup>233</sup> akan memperoleh data yang obyektif. Padahal dalam perkembangan Sosiologi sendiri, cara pandang Sosiologi Klasik seperti itu sudah banyak dikritik dan ditinggalkan, terutama oleh Mazhab Kritis Frankfurt yang melihat fakta tidak bebas

<sup>233</sup> Pendekatan kuantitatif dalam penelitian empiris memang sangat tepat untuk mendapatkan gambaran umum, pemetaan, hubungan kausal antar variabel. Namun pendekatan ini hampir tidak dapat digunakan untuk mendapatkan pemahaman yang mendalam tentang peristiwa hukum yang dikaji. Demikian pula, bekerjanya hukum dalam dunia nyata tidak mungkin semuanya ditangkap oleh indera, karena itu misalnya, mengapa masih membutuhkan wawancara untuk mengetahui persepsi informan yang tidak bisa ditangkap oleh indera. Persepsi tentu bukan persoalan yang empiris belaka.

nilai. Akademisi hukum yang antipati terhadap penelitian empiris sering salah paham dan masih mengira jika penelitian Sosio-Legal mengadopsi begitu saja Sosiologi klasik ke dalam penelitian hukum, misalnya mensyaratkan adanya hipotesis, variabel bebas dan variabel tergantung, dan mengkuantifikasi data untuk mengetahui dan meramalkan serta mengendalikan proses sosial (*savoir pour prévoir*).<sup>234</sup> Padahal dalam perkembangannya Metodologi Penelitian Hukum Empiris mengalami perkembangan revolusioner seperti etnografi, feminisme, dan penelitian-penelitian kualitatif lainnya.

Berbeda dengan Metodologi Penelitian Hukum Normatif Murni lebih menitikberatkan pada norma yang telah direduksi sebagai teks hukum positif dengan meletakkan peraturan perundang-undangan dan putusan hakim sebagai bahan hukum primer. Penelitian hukum menjadi terbatas menjadi studi tentang hukum positif. Metode penelitian demikian terjadi karena hukum dipandang sebagai suatu yang otonom penuh dan oleh sebab itu terpisah dari realitas sosial sehingga terisolasi (mengisolasi diri ?) dari masyarakatnya.

Konsekwensi dari Metodologi Penelitian Hukum Normatif Murni yang analitis ini memang lebih banyak bekerja 'di atas meja' (library based), sehingga kalangan yang menganut Metodologi Penelitian Hukum Empiris meremehkan dan menganggap penelitian normatif hanya menginventarisasi dan mengutip peraturan perundang-undangan, putusan-putusan hakim, dan risalah-risalah sidang. Bahkan ada yang mengatakan penelitian yang hanya menginventarisasi peraturan perundangan bukan termasuk penelitian. Banyak dijumpai dalam karya mahasiswa hukum, teks peraturan perundang-undangan, dimasukkan begitu saja untuk memenuhi ketebalan sebuah karya ilmiah. Dalam bagian itu, tidak ada analisis yang jelas, untuk tujuan apa dimuat dokumen hukum, atau pasal-pasal peraturan perundang-undangan tertentu. Demikian pula putusan pengadilan yang dijadikan sebagai bahan hukum disalin begitu saja, seringkali tidak ada analisis yang memadai yang memperlihatkan bahwa kasus hukum

---

<sup>234</sup> Menurut Hadjon, kesalahpahaman terhadap penelitian hukum ialah karena penelitian hukum normatif tidak menggunakan analisis kuantitatif (statistik) serta merta penelitian hukum dikualifikasikan sebagai penelitian kualitatif. Namun penelitian hukum normatif, menurut Hadjon, semestinya tidaklah diidentifikasi dengan penelitian kualitatif. Lihat, Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djamiati, *Argumentasi Hukum*, Gajah Mada University Press, 2005. Pada titik ini penulis sepakat dengan Hadjon bahwa Ilmu Hukum Normatif memang tidak bisa dikuantitatifkan melainkan kualitatif karena apa yang disebutkan normatif dengan sendiri menggambarkan kualitas tertentu (nilai). Tetapi penulis kurang sepakat dengan pendapat Hadjon yang menolak sama sekali pendekatan kuantitatif dan kualitatif. Menurut penulis, kuantitatif dan kualitatif hanya sebagai alat analisis, jadi kalau bukan kuantitatif atau kualitatif lalu menggunakan alat analisis apa ?

tersebut dibedah sedemikian rupa, direkonstruksi sehingga jelas duduk perkaranya, terkait dengan masalah penelitian yang dirumuskan, dan apa proses pembelajaran dari pertimbangan dan putusan hakim dari suatu kasus. Akibatnya, muncul kritik tajam terhadap penelitian normatif bahwa karya-karya penelitian tersebut sangat kering dan sumir meskipun sangat tebal sajian fisiknya.

Kritik ini mungkin sebagian benar, tetapi bisa salah karena Metodologi Penelitian Hukum Normatif seharusnya tidak sesederhana itu. Metodologi Penelitian Hukum Normatif berusaha menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisi normatifnya. Perhatian Ilmu Hukum Normatif sebagai ilmu praktis adalah menawarkan penyelesaian terhadap problem kemasyarakatan yang konkret. Metodologi Penelitian Hukum Normatif tidak hanya menginventarisasi dan mengutip hukum positif, melainkan menganalisis 'apa dibalik' isi norma hukum itu, bagaimana menafsirkannya (hermeneutika) secara gramatikal, historis, sistematis, teleologis, perbandingan hukum, dan futuris, berusaha mencari tahu bagaimana proses pembuatan norma itu, bagaimana *memorie van toelechting*, bagaimana politik hukum ketika norma hukum itu dirumuskan. Jika ditelaah lebih jauh, penelitian normatif yang benar-benar menghindari fakta (pembuatan hukum, bekerjanya hukum, dan implikasi yuridis) tidak sejalan dengan ilmu hukum normatif atau dogmatis sebagai bagian dari ilmu-ilmu praktis. Ilmu-ilmu praktis membutuhkan evaluasi terus-menerus dari kenyataan-kenyataan sosial. Mengkaji hukum secara tertutup, 'kedap air' dan terpisah dari aspek lainnya seperti politik, ekonomi, sosial, budaya, dan lainnya melemahkan daya antisipasi Ilmu Hukum terhadap kehidupan praktis. Bagaimana mungkin memisahkan hukum dengan basis sosialnya karena hukum pada akhirnya berpijak dan bekerja dalam masyarakat? Menghindarkan ilmu hukum dari fakta sosial adalah "menghianati" posisi Ilmu Hukum sebagai ilmu praktis yang diembannya.

Sedangkan kritik terhadap Metodologi Penelitian Hukum Empiris karena dianggap lebih menekankan penelitian lapangan dengan mengamati perilaku dan bekerjanya hukum dalam dunia nyata, tetapi kurang memberikan perhatian pada norma hukum. Sifat pragmatis dari Metodologi Penelitian Hukum Empiris hendak meneliti bagaimana perilaku masyarakat dan penegak hukum, lebih melihat ketentuan-ketentuan hukum dilaksanakan bukan bagaimana ketentuan hukum tertulis di atas kertas serta kandungan asas dan nilai di dalamnya. Karena kurang memberikan perhatian pada norma, kalangan yang menganut Metodologi Penelitian Hukum Normatif menganggap penelitian empiris bukan termasuk penelitian hukum. Kritik ini

sebagian bisa diterima karena hukum memang tidak bisa lepas dari karakternya yang normatif.

Di balik perselisihan-perselisihan tersebut, sebagaimana pandangan positivistik, Metodologi Penelitian Hukum Normatif Murni dan Metodologi Penelitian Hukum Empiris klasik, sama-sama memberikan nilai tinggi pada inderawi sehingga menolak apa yang mereka sebut meta-yuridis. Hanya bedanya, Hukum Empiris mempositivisasi fakta sosial (*law as it is observed in society*), sedangkan Hukum Normatif Murni mempositivisasi norma (*law as what it is in the books*). Dengan resiko terlalu menggeneralisasi dapat dikatakan bahwa Metodologi Penelitian Hukum Empiris berada dalam payung Positivisme Sosiologis, sedangkan Metodologi Penelitian Hukum Normatif Murni berada dalam ranah Positivisme Hukum..

Meskipun berkembang dengan jalan yang berbeda, baik Metodologi Penelitian Hukum Normatif Murni maupun Metodologi Penelitian Hukum Empiris (Sosiologi klasik) mempunyai beberapa persamaan fondasional. Persamaannya adalah keinginan untuk memperoleh penjelasan hukum yang obyektif dan bebas dari kepentingan-kepentingan subyektif. Kalau Metodologi Penelitian Hukum Normatif Murni menginginkan hukum murni, menyingkirkan anasir-anasir non hukum seperti moral, suatu sikap yang tentu berlawanan dengan pandangan aliran Hukum Kodrat. Sedangkan Metodologi Penelitian Hukum Empiris (Sosiologi klasik) menganggap hukum yang senyatanya hanya bisa diperoleh lewat pengamatan empiris dan harus membersihkan dari unsur-unsur yang melampaui fakta seperti metafisika yang tentu berseberangan dengan padangan yang adikodrati. Keduanya mengembangkan konsep teori murni dan obyektif. Apakah keduanya pewaris Positivisme? Positivisme sendiri adalah puncak pemurnian pengetahuan dari kepentingan-kepentingan subyektif.

Metodologi Penelitian Hukum Empiris (klasik) yang menolak metafisika berusaha melihat fakta dengan menghindari penilaian baik-buruk, sehingga mereduksi hukum hanya sebagai fakta empiris. Hukum diandaikan sebagai realitas empiris dan sama sekali tidak mengandung tujuan dan moral. Pada titik ini Hukum Empiris tidak ada bedanya dengan cara pandang Hukum Normatif Murni. Metodologi Penelitian Hukum Normatif Murni menolak sama sekali metayuridis. Hukum diandaikan sebagai kumpulan peraturan perundang-undangan yang tertulis hitam-putih diatas secarik kertas tanpa dimensi filosofis, moral, dan sebagainya. Hukum Normatif Murni tidak mempertanyakan tentang adil-tidaknya hukum, karena hal itu merupakan pertanyaan moral yang tidak relevan untuk diajukan (meskipun sebuah hukum terbukti tidak adil,

tetapi selama hukum itu masih berlaku, maka harus tetap disebut sebagai hukum positif). Dengan demikian, keduanya mengasumsikan dirinya netral dan bebas nilai. Tuntutan agar ilmu pengetahuan bekerja secara netral dan bebas nilai pada dasarnya berakar dalam pendekatan positivistik. Dengan demikian, kita menghadapi situasi aneh jika kedua metodologi yang sama-sama positivistik itu terus "bermusuhan", tidak saling menyapa atau saling menutup diri seolah air dengan minyak.

Akar salah paham persoalan yang menyebabkan "perselisihan permanen" antara Hukum Normatif Murni dengan Hukum Empirisisme sebenarnya adalah cara pandang Positivisme yang dikotomis memisahkan "is" dan "ought" dan menuntutnya sama sekali harus terpisah. Bagi kaum positivis pencampuradukan "is" dan "ought" adalah suatu dosa ilmiah yang besar. Menurut peneliti, "is" dan "ought" memang berbeda dan perlu dibedakan, tetapi keduanya tidak terpisah sama sekali. Kekhasan hukum adalah karakternya yang normatif. Norma (Latin) artinya pedoman. Sebuah normativitas mengindikasikan adanya keharusan (ought/sollen) bagi kita untuk melakukan suatu sikap tertentu. Meskipun benar bahwa norma berhubungan dengan dunia sollen tetapi ia (norma) akhirnya berpijak dan bekerja pada basis sosialnya, yakni masyarakat. Sehingga, hukum tidak normatif (sollen) semata, dan juga tidak empiris (is/sein) belaka. Dengan karakternya yang demikian, ada kesalinghubungan antara "ought" dan "is". Mengeksklusi yang satu demi yang lain hanya akan menghasilkan gambar yang tidak utuh tentang hukum. Bukankah absurd untuk membayangkan isi tanpa bentuk, atau bentuk tanpa isi?

Hemat peneliti, "juridis normatif" berada di dunia 'sollen' tetapi ia tidak kedap air dipengaruhi basis sosialnya (is), dan sebaliknya. Seperti kata para penganut Realisme Hukum: "tak mungkin seseorang hakim bisa menganalisis sebuah kasus hanya dengan mendasarkan diri pada norma hukum yang berlaku. Sebenarnya hakim itu sudah terpengaruh perspektif pendidikannya, gendernya, psikologinya, orientasi seksualnya, agamanya, status sosialnya, kelas sosialnya, atau ideologinya. Namun perlu ditambahkan, hakim tidak 'pada dirinya sendiri' (subjektif total), horizon hakim juga dipengaruhi teks hukum, pihak-pihak yang berperkara, dan sebagainya.

Kalau toh ia menganggap sebuah tafsir hukum sebagai monotafsir, maka sebenarnya ia telah melakukan kekerasan terhadap kemungkinan tafsir yang lain". Klaim "juridis normatif" adalah sebuah klaim yang sosiologis juga (karena didasarkan pada perspektif gender, orientasi seks, pendidikan, ideologi, dan sebagainya dari sang penafsir) tetapi yang "tak diakui" oleh si penafsir.

Dikotomi metodologi normatif dan empiris, menyebabkan dua metodologi selalu saling berlawanan dan menutup diri untuk tidak saling bekerja sama. Dikotomi itu juga mengandaikan tidak ada metodologi lain di luar yang normatif dan empiris. Ketika metodologi berubah menjadi ideologi, maka setiap ada tawaran metodologi di luar yang normatif dan empiris, cenderung akan ditolak karena dianggap tidak valid. Kalau metodologi saja harus diseragamkan, bagaimana mungkin membuka kemungkinan munculnya diskursus lain. Ilmu Hukum cenderung stagnan, karena akhirnya perselisihan epistemologi direduksi menjadi hanya mempertahankan dan melemahkan dua imperium: Metodologi Hukum Normatif dan Metodologi Hukum Empiris. Perdebatan sepanjang waktu di fakultas hukum hanya tentang apakah metodologi yang valid sepenuhnya normatif-deduktif atau sepenuhnya empirik-induktif. Perdebatan yang kadang berujung pada saling “mengharamkan” metodologi yang lain, membuat Ilmu Hukum menjadi kerdil. Debat-debat semacam ini hanya membuang waktu saja karena akan berakhir dengan kesia-sia belaka, seperti kesia-siaan pertengkaran antara penangkap ikan yang tengah memperdebatkan cara yang paling tepat untuk menangkap ikan, padahal ikan yang mereka tangkap beraneka ragam macamnya dan belum ada kesepakatan terlebih dahulu tentang tujuan dan jenis-jenis ikan yang akan mereka tangkap.

Demikian pula dalam ranah hukum, hukum bersifat multifaset, ia tidak cukup hanya didekati dua pendekatan itu sehingga perlu pendekatan-pendekatan lain dalam memahami, menjelaskan, dan menjalankan hukum. Metodologi bukan seperti keyakinan yang *‘pokoknya’* harus dilaksanakan. Metodologi digunakan sesuai tujuan dan permasalahan hukum yang hendak diteliti: Metodologi Hukum Normatif mempertanyakan “apa yang adil”; Metodologi Hukum Normatif “Murni” (studi yuridis-formal) tentang “apa dasar hukumnya”; Metodologi Hukum Empirik mengelaborasi “efektivitas bekerjanya hukum; apa sebabnya dan apa akibatnya”; bahkan jika perlu Metodologi Hukum Kritis mengungkap “kekuasaan ekonomi dan politik yang bermain dibalik bekerja atau tidak bekerjanya hukum”. Karena memiliki cara pandang sendiri-diri berdasarkan asumsi paradigmatik-teori yang dipilih, temuan-temuan berbagai ragam kajian hukum itu tentu akan mengisyaratkan jawaban-jawaban yang berbeda pula.

### BAB III

#### PERSELISIHAN EPISTEMOLOGI

##### 1. Epistemologi

Istilah epistemologi (bahasa Yunani; *episteme*) yang berarti mendudukan, menempatkan, atau meletakkan. Epistemologi, berdasarkan pengertiannya, merupakan cabang filsafat yang menelaah hakikat, pengandaian, dan pertanggungjawaban pengetahuan.

*“Epistemology, or the theory of knowledge is that branch of philosophy which is concerned with the nature and scope of knowledge, its presuppositions and basis, and in the general reliability of claims to knowledge.<sup>235</sup> It attempts to answer the basic question: what distinguishes true (adequate) knowledge from false (inadequate) knowledge ?<sup>236</sup>*

Epistemologi sering dikaitkan dengan *gnosis* (dari kata *gignosko*) yang berarti menyelami, mendalami.<sup>237</sup> Kadangkala secara semantik dikaitkan dengan suatu disiplin yang disebut *Critica* atau *Criteriologia* yang artinya mengadili, memutuskan, dan menempatkan.<sup>238</sup> Melalui pengertian ini dapat dilihat bahwa epistemologi merupakan suatu tindakan atau upaya intelektual untuk mengadili atau memutuskan pengetahuan yang benar dan tidak benar, serta mendudukan pengetahuan di dalam tempat yang sebenarnya.

Filsafat pengetahuan (epistemologi) adalah filsafat yang begitu kritis terhadap “dirinya sendiri” (pengetahuan) sehingga mempunyai sifat kontradiktoris di dalam dirinya. Sungguhpun demikian, darah sang ibu (renaissance), tetap mengalir pada diri si anak, epistemologi.<sup>239</sup> Refleksi hasil-hasil pengetahuan ilmiah memperlihatkan

<sup>235</sup> DW, Hamlyn, “*History of Epistemology*”, dalam Paul Edwards, *The Encyclopedia of Philosophy*, 1967, vol. 3 hal. 8,9.

<sup>236</sup> F. Heylighen, *Epistemology, Introduction*, Principia Cybernetica Web, 1993, hal 1.

<sup>237</sup> Aholiab Watloly, *Tanggung Jawab Pengetahuan Mempertimbangkan Epistemologi Secara Kultural*, Penerbit Kanisius, 2001, hal. 26 - 27.

<sup>238</sup> Pranarka dan A. Braker, *Epistemolog Kebudayaan dan Pendidikan*, Yogyakarta: Yayasan Studi Filsafat, 1979, hal. 4.

<sup>239</sup> Dalam tradisi pencerahan berlangsung pembersihan atau pemurnian teori dari kepentingan (obyektivitas) melalui dua jalur. Jalur pertama, mengutamakan kemampuan rasio manusia yang menganggap pengetahuan murni dapat diperoleh melalui rasio manusia karenanya bersifat *apriori* (Rene Descartes, Malebranche, Spinoza, Leibniz, dan Wolff). Pada jalur kedua, mementingkan peranan pengalaman dan pengamatan empiris terhadap objek pengetahuan karenanya bersifat *aposteriori* (Hobbes, Locke, Berkeley, dan Hume). Meskipun pangkal perolehan pengetahuan keduanya berbeda, keduanya sama-sama berkeyakinan bahwa suatu teori murni mungkin diperoleh dengan jalan membersihkan pengetahuan dari dorongan-dorongan dan kepentingan-kepentingan manusia (subyektivitas). Pencarian atas kebenaran seolah hanya bisa ditempuh dengan dua jalur (rasio dan

bahwa epistemologi menilai ilmu pengetahuan dari sudut pandang keilmiahannya. Bagi epistemologi, ilmu pengetahuan sebagai wacana normatif merupakan tempat kebenaran mengafirmasi diri. Epistemologi yang hendak mencari kebenaran dan kepastian pengetahuan, tidak sanggup melepaskan diri dari klaim pendasaran filosofis (filsafat fondasional) bagi ilmu pengetahuan yang sah tentang kenyataan.

Dalam modernisme, filsafat berpusat pada Epistemologi, yang bersandar pada gagasan tentang subyektivitas dan obyektivitas murni, yang satu sama lain terpisah tak saling berkaitan. Tugas pokok filsafat mencari fondasi segala pengetahuan (fondasionalisme), dan tugas pokok subyek adalah merepresentasikan kenyataan obyektif. Dalam perspektif fondasionalisme ini diyakini bahwa segala pengetahuan ilmiah positif akhirnya membutuhkan satu disiplin keras (*rigorous*) yang dapat menguji dan mendasari klaim-klaimnya tentang kebenaran. Disiplin ini adalah Epistemologi. Suatu ilmu baru disebut sah bila penemuan-penemuannya dapat memenuhi pengujian epistemologis. Jadi, epistemologis akan menyatakan dasar kesahihan sekaligus batas kesahihan pengetahuan.<sup>240</sup>

Ilmu pengetahuan merupakan disiplin yang tidak bisa dilepaskan dari munculnya suatu bentuk rasionalitas. Kalau rasionalitas mempunyai sejarah, hanya sejarah ilmu pengetahuanlah yang dapat menunjukkannya dan melacak perjalanannya. Sejarah epistemologi menganalisis bagaimana mengatasi hambatan-hambatan, prasangka-prasangka dan mitos-mitos. Epistemologi merupakan filsafat yang mempelajari masalah rasionalitas melalui ilmu pengetahuan, sekaligus hendak menguji pengetahuan dan mencari dasar-dasar paling ilmiah dari pengetahuan.<sup>241</sup>

Sejak Descartes, misalnya, epistemologi berupaya menguji pengetahuan dan mencari dasar-dasar yang paling akhir dan paling mutlak dari pengetahuan sejauh yang mampu dijangkau akal budi, sehingga tidak dapat dipertanyakan lagi pengandaian-pengandaian yang lebih dasariah. Dalam arti ini epistemologi bermaksud menguji sekaligus hendak menjadi ahli waris dari “filsafat pertama” (*prima philisophia*) atau yang lebih kita kenal dengan nama Ontologi.

Melalui Ontologi, filsuf mulai menyusun konsep-konsep tentang keapaan hakikat, dan apa yang disebut hakikat itu adalah inti kenyataan yang tidak berubah-

---

empiris) sehingga tidak menyisakan ruang lain di luar rasio dan empirisme sebagai jalan lain mencari kebenaran. Untuk lebih jelas lihat, F. Budi Hardiman, *Kritik Ideologi, Menyingkap Kepentingan Pengetahuan Bersama Jurgen Habermas*, Yogyakarta: Penerbit Buku Baik, 2004, hal. 6 – 9.

<sup>240</sup> Bambang Sugiharto, Ibid, hal. 68.

<sup>241</sup> Roberto Machado, 2003, *Kritik Arkeologi Foucault dalam Majalah Basis* (No 01-02, tahun ke-52), hal. 50-51

ubah.<sup>242</sup> Dalam ranah hukum, Ontologi Hukum adalah ajaran hal ada (*zijnleer*) dari hukum dengan mengajukan pertanyaan-pertanyaan tentang “hakikat” dari hukum, tentang isi pokok (*basisinhoud*) dari pengertian hukum, tentang “cita hukum”. Tentang isi pokok ini, misalnya, dicari nilai-nilai fundamental seperti kebebasan, keadilan, dan kepastian hukum. Ontologi tidak bermaksud mencari pengetahuan tentang hukum melainkan berupaya menetapkan suatu nilai dasar atau sebuah kaidah dasar (*basisnorm*), yang dengan demikian berfungsi sebagai titik tolak untuk menentukan nilai-nilai dan kaidah-kaidah yang lainnya, dan untuk membangun (pengembangan) sebuah ideologi, yang pada gilirannya mewujudkan bangunan dasar (*onderbouw*) bagi legitimasi dari aturan-aturan hukum, pranata-pranata hukum dan sistem-sistem hukum yang ada. Ketika orang tampaknya mencari apa yang menjadi (merupakan) inti dari apa yang yuridikal, sesungguhnya orang menunjukkan apa yang “seharusnya” dipandang sebagai nilai yang paling esensial dari hukum.<sup>243</sup>

Orang berkata: “hukum bertujuan untuk mewujudkan keadilan” padahal yang sesungguhnya dinyatakan “hukum (se)harus(nya) memperjuangkan keadilan”. Dengan begitu maka Ontologi Hukum memperlihatkan ciri-ciri yang sama seperti ideologi dan ajaran finalitas hukum, sehingga pengujian obyektif terhadap hasil-hasilnya menjadi tertutup dan paling jauh hanya dapat dicoba untuk mencapai konsensus intersubjektif.<sup>244</sup>

Jika Ontologi Hukum mengajukan pertanyaan tentang “hakikat” dari hukum maka “sang pewaris” Epistemologi Hukum meneliti kemungkinan-kemungkinan untuk dapat menjawab pertanyaan-pertanyaan demikian. Dalam Epistemologi Hukum ditelaah sejauh mana dimungkinkan pengetahuan tentang “hakikat” dari hukum atau tentang masalah-masalah kefilosofan tentang hukum lainnya.<sup>245</sup> Jadi Epistemologi Hukum berupaya menguji hukum dan mencari dasar-dasar yang paling akhir dan paling mutlak (hakikat hukum), sehingga tidak dapat dipertanyakan lagi pengandaian-pengandaian yang lebih fundamental.

---

<sup>242</sup> Lihat, F Budi Hardiman, Kritik Ideologi, op.cit., hal. 5 dan 133-134. Sejarah lahirnya Ontologi, bersamaan dengan munculnya filsafat di Yunani. Pada masa itu, filsuf mengartikan teori sebagai kontemplasi atas kosmos. Pencarian atas “hakikat” menyebabkan filsafat menarik garis batas antara “Ada” (yang tetap) dan “Waktu” (yang berubah-ubah), teori mulai dipisahkan dari praksis. Inilah bibit cara berpikir yang menyebabkan lahirnya Ontologi dalam sejarah pemikiran manusia.

<sup>243</sup> Jan Gijssels, Mark van Hoecke, Op.Cit., hal 59 -60.

<sup>244</sup> Ibid, hal. 60

<sup>245</sup> Ibid, hal. 60

Setelah (klaim) mencapai pada “hakikat hukum”, pada titik ini, Epistemologi Hukum yang semula adalah filsafat yang begitu kritis terhadap “dirinya sendiri” (pengetahuan), bukannya semakin meradikalkan “dirinya” namun menutup pintu kritik untuk menyudahinya. Ketika Epistemologi Hukum menutup pintu kritik (dialektika usai) setelah menganggap menemukan kebenaran paling akhir, maka “kritik” semacam itu sebenarnya tak dapat mencapai tujuannya karena “kritik” itu sendiri menjadi tujuannya.

## 2. Perselisihan Paradigma-paradigma Hukum

Belum ada teori atau ilmu pengetahuan yang berhasil mengklaim dirinya sebagai kebenaran abadi karena tidak bisa dibuktikan kesalahannya. Menurut Karl Popper, kemajuan ilmu pengetahuan bergerak secara evolusioner mulai dari problem (P1) yang diikuti oleh artikulasi suatu tentative theory atau teori sementara (TT) yang terbuka bagi falsifikasi atau error elimination (EE) dan memunculkan problem baru (P2), yang siap melahirkan suatu teori tentatif/sementara yang baru. Skema pergerakan ilmu pengetahuan bisa digambarkan sebagai berikut:<sup>246</sup>

P1 – TT – EE – P2

Sebuah teori harus terbuka untuk difalsifikasi, semakin tahan ia terhadap falsifikasi, maka ia semakin mendekati kebenaran, meski tidak berarti abadi. Pandangan Popper bahwa sains bergerak secara evolusioner dan meyakini adanya akumulasi kognitif yang memungkinkan teori satu dengan lainnya berkesinambungan. Konsep Popper kemudian dikritik oleh Thomas Kuhn dan Feyerabend. Pandangan yang evolusionis dan berkesinambungan dianggap masih meninggalkan jejak Positivisme pada pemikiran Popper, sebagaimana kritik Feyerabend terhadap pandangan Popper sebagai “seteguk air hangat dalam cangkir teh positivistik.”<sup>247</sup>

Menurut Kuhn, paradigma lahir bukan dari ruang hampa, ia lahir sebagai kritik terhadap paradigma lama yang tidak lagi dianggap memadai. Anomali muncul biasanya karena paradigma dominan gagal menjawab persoalan di masyarakat. Orang mulai meragukan kebenaran paradigma lama karena fakta-fakta anomali muncul berlawanan dengan apa yang seharusnya terjadi menurut paradigma lama. Muncul

<sup>246</sup> Karl Popper, *Objective Knowledge*, Oxford: Clarendon Press, 1972.

<sup>247</sup> Penjelasan “positivistic teacup” bisa ditemukan dalam Feyerabend, *Farwell to Reason*, London: Verso, 1987, hal. 282. Lihat juga, John Horgan, *The End of Science/Senjakala Ilmu Pengetahuan* (diterjemahkan Djejen Zainuddin, 1997, hal. 65.

perselisihan paradigma hingga menimbulkan krisis: kebenaran paradigma lama dipertanyakan secara radikal dasar-dasar ontologis, epistemologis, nilai-nilai yang selama ini digunakan hingga metodologis. Paradigma lama semakin tidak mampu mempertahankan diri, menyebabkan revolusi pengetahuan yang merupakan tahap awal dari lahirnya paradigma baru ditandai dengan absennya paradigma dominan. Apa yang disebut paradigma baru nanti akan menjadi paradigma lama dan menjadi mapan atau Kuhn menyebutnya sebagai '*normal science*' dan begitu seterusnya hingga ada kembali yang meragukan kebenarannya (anomali). Pada fase ini Kuhn melukiskan kemungkinan terjadinya "competing schools" sebagai berikut:

*"(E)arly developmental stages of most sciences have been characterized by continual competition between a number of distinct views of nature ... What differentiated these various schools was not one or another failure of method – they were all "scientific" ..."*<sup>248</sup>

(Tahap awal perkembangan ilmu sebagian besar telah ditandai oleh persaingan terus-menerus antara sejumlah pandangan yang berbeda dari sifat dasar ... Perbedaan berbagai mazhab/paradigma ini bukan satu atau kegagalan metode lain - mereka semua "ilmiah"....)

Kuhn menolak pandangan Popper bahwa ilmu pengetahuan sebagai proses pembangunan yang berkesinambungan. Menurut Kuhn, perkembangan ilmu pengetahuan bersifat revolusioner yang mampu menggoyahkan fondasi bangunan paradigma lama. Perbandingan antara Popper dan Kuhn adalah sebagai berikut:

Karl R. Popper	Thomas Kuhn
Ilmu pengetahuan berkembang secara evolusioner	Ilmu pengetahuan berkembang secara revolusioner
Ilmu pengetahuan obyektif	Ilmu pengetahuan bersifat intersubjektif
Rumus:P1-TT-EE-P2	Rumus: P1-Ns-An-Cr-R-P2

Meminjam cara pandang Popper dan Kuhn bahwa paradigma selalu dalam perselisihan epistemologis, di bawah ini disajikan perselisihan paradigma antara Positivisme Hukum dengan berbagai paradigma (aliran/mazhab) hukum diantaranya; Hukum Kodrat, Mazhab Sejarah, Legal Realism, Marxist Theory of Law, Hukum Progresif, Critical Legal Studies, dan Feminism Legal Theory.

<sup>248</sup> Thomas Kuhn, Op.Cit. hal 4

## 2.1. Hukum Kodrat dan Positivisme Hukum

Selama lebih dari 2000 tahun, para filsuf telah selalu berusaha mencari standar keadilan absolut yang dapat dipakai menilai baik dan buruknya hukum. Dalam sejarah pemikiran hukum, Hukum Kodrat dikaitkan dengan Socrates, Plato, Aristoteles, dan terutama Zeno (335-263 SM) yang mengajarkan Hukum Kodrat di Athena dan diberi nama stoa atau beranda tempat ia mengajar. Kaum Stoa (Stoicisme) mengajarkan keselarasan antara manusia sebagai mikrokosmos dan alam sebagai dunia besar (makrokosmos). Logos (budi atau jiwa-dunia) menguasai jagat raya, dan manusia hanya harus menguasai nafsunya agar dapat hidup selaras dengan alam dan hukum-hukumnya.<sup>249</sup>

Pada zaman Romawi Kuno, seorang ahli hukum Marcus Tullius Cicero, mengembangkan pemikiran hukum yang dipengaruhi cara berpikir kaum stoa. Cicero memaknai Hukum Kodrat dalam karyanya *On The Republic* sebagai berikut:

*“True law is right reason conformable to nature, universal, unchangeable, eternal, whose command urge us to duty, and whose prohibitions restrain us from evil. Whether it enjoins or forbids, the good respect its injunctions, and the wicked treat them with indifference. This law can not be contradicted by any other law, and is not liable either to derogation or abrogation. Neither the senate nor the people can give us any dispensation for not obeying this universal of justice. It needs no other expositor and interpreter than our conscience. It is not one thing at Rome, and another at Athens; one thing today and another tomorrow, but in all times and nations this universal law must for ever reign, eternal and imperishable. It is the sovereign master and emperor of all beings. God himself is its author, its promulgator, its enforcer. And he does not obey it flies from himself, and does violence to the very nature of man. And by so doing he will endure the severest penalties even if he avoid the other evils which are usually accounted punishments.”*<sup>250</sup>

Meskipun Hukum Kodrat merupakan suatu konsep yang di dalamnya banyak teori dan pendapat, ada prinsip yang mempersatukan yakni usaha manusia mencari keadilan dan percaya hukum berlaku universal. Pada Abad Pertengahan, kriterium kebenaran dalam Hukum Kodrat dipandang berasal dari kaidah-kaidah petunjuk Illahi, seperti yang telah dinaskahkan dalam kitab suci. Pendekatan teologis ini

<sup>249</sup> Pemikiran Hukum Kodrat dalam arti yang tidak ketat sebenarnya telah lama dirintis, jauh sebelum masa Socrates, seperti Anaximander, Phytagoras, Heraclitus, dan lain-lain. Lihat, Howard P. Kainz, *Natural Law: An Introduction and Re-examination*, Carus Publishing Company, 2004, ha. 1 – 12.

<sup>250</sup> *Ibid.*, hal. 11.

ditemukan dalam pemikiran Thomas Aquinas yang membuat hirarkhi dalam Hukum Kodrat sebagai berikut ini.<sup>251</sup>

- *Lex aeterna*, hukum abadi yang menguasai seluruh dunia. Hukum ini bersumber dari rasio Tuhan dan menjadi dasar bagi semua hukum yang ada. Rasio ini tidak bisa ditangkap oleh pancaindera manusia. Hanya sebagian kecil saja yang disampaikan kepada manusia.
- *Lex divina*, yaitu bagian dari ratio Tuhan yang bisa ditangkap atas dasar wahyu yang difirmankan dan sebagian dari *Lex divina* ini disebut ;
- *Lex naturalis*, yaitu yang merupakan Hukum Kodrat. Dikatakan bahwa Hukum Kodrat ini merupakan perwujudan *Lex aeterna* pada rasio manusia, atas dasar ini manusia dapat melakukan suatu penilaian, dapat menentukan mana yang baik dan mana yang buruk.
- *Lex positivis*, yang dibagi atas hukum positif yang dibuat oleh Tuhan, yang terdapat pada kitab-kitab suci, dan hukum positif buatan manusia. Hukum positif ini merupakan pelaksanaan dari Hukum Kodrat oleh manusia atas dasar persyaratan yang khusus yang diperlukan oleh keadaan dunia.

Dalam kerangka pemikiran Thomas Aquinas, dalam hirarki itu; *lex positivis* tidak boleh bertentangan dengan *lex naturalis* dan *lex divina*. Hukum dan moral saling bertautan dan tidak dapat dipisahkan. Bahkan kedudukan moral lebih tinggi dibanding hukum positif, yakni suatu hukum positif hanyalah sah sejauh sesuai dengan prinsip-prinsip moral dan firman Tuhan..Alasannya, ”we ought to obey God rather than men.”<sup>252</sup>

Perintis Positivisme Hukum, John Austin, menanggapi argumentasi aliran Hukum Kodrat Teologis itu dengan tajam;

*”Now, to say that human laws which conflict with the Divine law are not binding, that is to say, are not laws, is to talk stark nonsense. The*

<sup>251</sup> Lihat, Theo Huijbers, Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah, Yogyakarta : Kanisius, 2008, hal. 39 – 40.

<sup>252</sup> Lebih lanjut Thomas Aquinas membagi konsep hukum kodratnya atas 2 (dua) jenis yaitu : (1) *Principia prima*, yaitu azas-azas yang dimiliki oleh manusia sejak lahir dan tidak dapat diasingkan dari padanya, oleh karena itu *principia prima* tidak dapat berubah menurut tempat dan waktu ; (2) *Principia secundaria*, yaitu azas yang bersumber dari *principia prima*, sebaliknya tidak bersifat mutlak dan dapat berubah pada setiap waktu dan tempat. Seringkali azas ini sebagai penafsiran manusia dengan menggunakan rasionya terhadap *principia prima*. Penafsiran ini bervariasi, dapat baik atau buruk. Suatu tafsiran dapat mengikat umum jika hukum positif memberikan pada azas-azas ini kekuasaan mengikat, misalnya dalam bentuk undang-undang. Lihat, Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, diterjemahkan R.J. Henle, University of Notre Dame Press, 1985.

*most pernicious laws, and therefore those which are most opposed to the will of God, have been and continually are enforced as laws by judicial tribunals.*"<sup>253</sup>

Apabila penganut Hukum Kodrat beranggapan eksis atau tidaknya hukum positif tergantung apakah isinya adil atau tidak bertentangan dengan prinsip moral, sebaliknya Austin bersiteguh bahwa "*a law which exists is a law.*"<sup>254</sup>

Pada masa renaissance, Hukum Kodrat sempat tenggelam. Namun kemudian muncul dengan pendekatan yang berbeda dari sebelumnya, yakni pendekatan sekuler. Pandangan sekuler, tidak seperti Aquinas yang bersandar pada wahyu, melainkan sebagai sistem dalil-dalil normatif yang dideuksikan oleh akal budi (rasio). Menurut Grotius sumber hukum adalah rasio manusia, karena karakteristik yang membedakan manusia dengan makhluk lain adalah kemampuan akalnya, sehingga kemampuan akal-lah yang dapat membimbing manusia dalam menjalani kehidupan. Grotius mengagungkan kekuatan rasio. Rasio, menurut Grotius, merupakan kedaulatan budi seluruhnya yang merupakan pangkal dan sumber berpikir. Ia menyimpulkan bahwa Hukum Kodrat tetap ada meskipun tidak ada Tuhan, sebab akal budi manusia termasuk Hukum Kodrat. Sehingga, Bapak Hukum Kodrat Modern ini, membebaskan ilmu hukum dari teologi (*to emancipate jurisprudence from theology*).<sup>255</sup>

Meskipun dua pendekatan Hukum Kodrat (Teologis dan Sekuler) dalam beberapa hal mempunyai pandangan berbeda, namun keduanya percaya bahwa hukum berlaku universal. Berlakunya hukum positif itu dipertimbangkan berdasarkan nilai dari isi peraturan; apakah isi dari suatu hukum positif sesuai dengan hukum yang ideal yang kedudukannya diandaikan berada di atas hukum positif. Konsekwensinya, apabila hukum positif berseberangan dengan prinsip-prinsip Hukum Kodrat atau hukum itu dinilai tidak adil, hukum positif itu tidak layak lagi disebut hukum karena telah mengalami pembusukan hukum (*lex iniusta non est lex*). Sebagaimana dikatakan Augustine, "*A law that is unjust seem not to be a law.*"<sup>256</sup> Karena itu, hakim dalam memutus perkara, menurut Hukum Kodrat, harus mempertimbangkan keadilan dalam putusannya.

<sup>253</sup> John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, London: John Murray, 1913, hal. 73.

<sup>254</sup> H.L.A Hart, *Positivism and The Separation of Laws and Morals*, *Harvard Law Review* 71, 1958, hal. 593-629.

<sup>255</sup> Brian Tamanaha, *General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, 2006, hal. 21.

<sup>256</sup> Augustine, "*A law that is unjust seem not to be a law.*" dikutip oleh Brian Tamanaha, *General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, 2006, hal. 17.

Semua orang, menurut Mazhab Hukum Kodrat (baik pandangan Teologis maupun Sekuler), diandaikan mengetahui tentang dasar hidup moral dan rasional, yakni yang baik harus dilakukan, yang jahat harus dihindarkan (*bonum est faciendum, malum est vitandum*). Prinsip-prinsip moral itu, misalnya, berikanlah kepada setiap orang apa yang menjadi hak (*unicuique suum tribuere*), jangan merugikan seseorang (*neminem laedere*), dan sebagainya. <sup>257</sup> Kekuatan Hukum Kodrat menuntut agar hukum positif yang dibuat oleh manusia selalu dipertanggungjawabkan validitasnya pada prinsip-prinsip moral. Dengan demikian, teori Hukum Kodrat merupakan “kontrol transendental” terhadap kemungkinan untuk memanipulasikan hukum demi kepentingan-kepentingan pihak yang berkuasa. Keabsahan suatu hukum positif tidak semata-mata didasarkan pada wewenang pihak yang membuatnya, melainkan tergantung apakah isinya sesuai dengan prinsip-prinsip dalam ajaran Hukum Kodrat.

Ternyata, kekuatan Hukum Kodrat tersebut sekaligus merupakan kelemahannya. Ada sejumlah keberatan besar terhadap Mazhab Hukum Kodrat, yakni; *Pertama*, Semua standar dan kriteria kebenaran dalam Hukum Kodrat abstrak, tak akan pernah dapat dibuktikan betul-tidaknya secara empirik, maka teori Hukum Kodrat selalu mencari sumber pembenarannya pada intuisi, gagasan, atau cita-cita yang dianut oleh seorang filosof tertentu. Menggantungkan keberlakuan hukum positif kepada prinsip-prinsip yang abstrak tentu akan mengaburkan kepastian hukum. Kalau hakim, jaksa, dan advokat berselisih pendapat tentang prinsip-prinsip moral bagaimana pemecahannya? Siapa yang mempunyai otoritas untuk memutuskan pendapat mana yang benar atau sesuai dengan prinsip-prinsip moral? Sementara prinsip-prinsip moral tidak dapat dipastikan secara obyektif dan setiap orang bahkan filosof mempunyai pandangan sendiri tentang apa yang menjadi prinsip-prinsip moralitas.

*Kedua*, Hukum Kodrat yang bersumber pada norma agama (*lex divine*) pada umumnya disertai dengan sanksi. Norma agama diimani berasal dari kekuasaan yang Maha Kuasa (*superhuman authority*). Norma yang bersifat transendental itu lebih dipatuhi dan efektif dibandingkan hukum buatan manusia khusus bagi mereka yang percaya, tetapi akan muncul persoalan ketika diberlakukan bagi orang yang tidak mempercayainya sehingga bagaimana mungkin kepastian hukum bisa diperoleh?

Kelemahan-kelemahan Hukum Kodrat itu membuka pintu bagi aliran-aliran hukum untuk melakukan kritik. Positivisme Hukum kemudian lahir sebagai antitesa

---

<sup>257</sup> Theo Huijbers, Op.Cit, hal. 41.

terhadap Hukum Kodrat. Dalam perkembangannya, mazhab Positivisme Hukum tumbuh subur terutama pada masa kejayaan ilmu alam, para ilmuwan hukum menginginkan ilmu hukum mempunyai karakter sebagaimana ilmu alam yang dapat diprediksi dan dipastikan. Bahwa Positivisme Hukum bermasalah, baru disadari sepenuhnya oleh para ahli filsafat hukum pada waktu kelemahannya dimanfaatkan oleh rezim-rezim fasis. Kelemahan dasar Positivisme Hukum adalah mengindentikan hukum dengan undang-undang (hukum positif). Cara pandang Positivisme Hukum yang formalistik menghilangkan kemungkinan untuk mempertanyakan apakah norma yang diundangkan (hukum positif) itu adil atau tidak. Betapapun buruknya, asal norma itu sudah menjadi hukum positif, hakim dan masyarakat terikat kepadanya. Permasalahannya, bagaimana jika hukum yang seharusnya melindungi masyarakat terhadap kejahatan, justru dipakai untuk mengabsahkan kejahatan-kejahatan ? Bagaimana jika hukum positif digunakan oleh penguasa untuk mensahkan perbuatan-perbuatan yang terang-benderang bertentangan dengan paham masyarakat tentang apa yang adil dan martabat dasar manusia ? Apakah hakim harus tetap berposisi sebagai corong undang-undang ?<sup>258</sup>

Hukum positif, betapa pun lengkapnya, tetap saja terbatas. Terlebih lagi, hukum positif cenderung reaktif karena diciptakan setelah berbagai pengalaman buruk dalam berbagai kasus telah terjadi. Hukum Kodrat yang sempat tenggelam bangkit kembali dan balik mengkritik kelemahan-kelemahan Positivisme Hukum.

Perselisihan antara Hukum Kodrat dan Positivisme Hukum seolah tidak bisa didamaikan dan menjadi perselisihan permanen. Perbedaan mendasar antara Mazhab Hukum Kodrat dengan Positivisme terletak pada bagaimana menjawab pertanyaan mengenai berlakunya hukum positif. Mazhab Hukum Kodrat menghendaki berlakunya hukum positif dipertimbangkan berdasarkan nilai dari isi peraturan (material hukum); apakah isi dari suatu hukum positif sesuai dengan hukum yang ideal (prinsip-prinsip moral) yang kedudukannya diandaikan lebih tinggi di atas hukum positif. Sedangkan Positivisme Hukum menganggap berlakunya hukum

---

<sup>258</sup> Positivisme hukum menjadi soal amat serius pada periode sesudah Perang Dunia II. Ini terjadi pada pengadilan para mantan tentara Nazi Jerman. Salah satu yang paling terkenal ialah peradilan Adolf Eichmann tahun 1961. Eichmann disebut "Master of Death" bagi jutaan orang-orang Yahudi tahun 1944 di kamp-kamp konsentrasi. Sesudah perang, dia lari ke Argentina dan ditangkap serta diculik ke Israel untuk diadili atas tindakan kejinya sepanjang perang berlangsung. Dalam peradilan, Eichmann dijera dengan tuduhan telah melakukan "kejahatan atas kemanusiaan". Eichmann membela diri: "Bagaimana saya bisa dipersalahkan telah melakukan sebuah 'kejahatan' selagi pada waktu itu hukum yang berlaku (hukum positif) mewajibkan saya untuk melakukan semuanya itu?"

positif bukan dari segi materialnya sebagaimana pendapat Mazhab Hukum Kodrat melainkan dari segi formalnya. Hukum ditaati, menurut kaum positivis, bukan karena isinya dinilai baik atau adil, melainkan karena telah ditetapkan oleh penguasa yang sah.

Hukum menghendaki hukum terpisah dari moral. Austin dan Kelsen (dijelaskan lebih terperinci dalam bab II) menolak hukum terkontaminasi anasir-anasir non hukum seperti moral. Pemurnian hukum dari anasir-anasir non hukum dibaca sebagai aliran pemurnian yang ingin memahami hukum yang berlaku semata-mata dari dirinya sendiri, dan menolak memberikan sedikit pun mengenai peraturan hukum. Namun pemikir Positivisme Hukum modern, Hart sedikit berbeda. Masuknya moralitas sebagai isi minimum hukum merupakan hal yang wajar, bahkan relevan. Dengan masuknya moralitas sebagai isi minimum hukum, Hart membedakan dirinya dari sebagian besar penganut Positivisme Hukum yang tegas memisahkan hukum dan moral.

Di balik perselisihan permanen antara Hukum Kodrat dan Positivisme Hukum, apabila dikritisi sebenarnya kedua aliran tersebut mempunyai tujuan yang sama, yakni mengarahkan dan mendisiplinkan orang kepada tatanan yang sah. Dengan kata lain, baik Hukum Kodrat dan Positivisme Hukum sama sekali tidak mengizinkan perbuatan-perbuatan “menyimpang”, ”melanggar”, anomali” di luar tatanan yang telah ditetapkan, sebagai contoh pencurian.

## **2.2.Mazhab Sejarah dan Positivisme Hukum.**

Pemikiran Von Savigny harus dipahami secara historis. Pada masa itu, Jerman baru lepas dari pendudukan Napoleon sehingga sentiment para nasionalis meresap dalam pemikiran hukum. Disamping itu, muncul reaksi aliran Romantik terhadap Pencerahan yang cenderung menekankan pada rasio.<sup>259</sup>

Jantung ajaran Mazhab Sejarah bahwa hukum tidak dibuat melainkan tumbuh bersama dengan masyarakat (*Das Recht wird nicht gemacht, est ist und wird mit dem Volke*). Atas argumentasi ini, Friederich Karl von Savigny menerbitkan pamflet menolak ide Thibaut yang mengusulkan koodifikasi Jerman (Prusia) berdasarkan

<sup>259</sup> Roscoue Pound, *Interpretation of Legal History*, New York:MacMillan Company, 1923, hal. 19 -34. Lihat juga, Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, 2001, hal. 29.

Napoleon Code. Alasan von Savigny, hukum tidak berlaku universal, setiap bangsa memiliki kesadaran hukum, kebiasaan, budaya yang berbeda dengan bangsa lain yang ditemukan dalam jiwa bangsa (*Volksgeist*). *Volksgeist*, menurut von Savigny, ‘unik, tertinggi, dan realitas mistis’ sehingga ia tidak dipahami secara rasional melainkan dipersepsikan secara intuitif. *Volksgeist* tidak didesain, lahir secara alamiah sebagai warisan bangsa (*the biological heritage of people*).<sup>260</sup> *Volksgeist* bangsa Jerman tidak mungkin dapat dipersamakan dengan bangsa Perancis.

Pada titik ini, von Savigny menolak Hukum Kodrat sekaligus Positivisme Hukum. Namun, dalam tulisan ini penulis lebih memusatkan kritik Mazhab Sejarah terhadap Positivisme Hukum. Pemikiran Positivisme Hukum yang menyatakan bahwa hukum dibuat oleh penguasa yang sah, oleh von Savigny dianggap gagal mengapresiasi sumber hukum yang sesungguhnya.<sup>261</sup>

Menurut von Savigny, ‘*in the earliest time ... the law will be found to have already attained a fixed character peculiar to the people, like their language, manners, and constitution,*’ (dalam waktu paling awal ... hukum akan ditemukan telah mencapai karakter tetap khas bangsa, seperti bahasa, tata krama, dan konstitusi).

Ada hubungan organik antara hukum dan karakter bangsa sebagaimana dinyatakan von Savigny “...*Law grows with the growth, and strengthens with the strength of the people, and finally dies away as the nation loses its nationality.*”<sup>262</sup> (Hukum tumbuh dengan perkembangan, dan memperkuat dengan kekuatan rakyat, dan akhirnya lenyap karena bangsa itu hilang kebangsaannya). Pertumbuhan hukum pada dasarnya adalah proses yang tidak disadari dan organis. Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan adalah kurang penting dibandingkan dengan adat-kebiasaan. Pandangan yang demikian, bisa dipahami mengapa mazhab sejarah kurang menyukai kodifikasi. Kodifikasi hukum selalu membawa efek, yakni menghambat perkembangan hukum. Sejarah berkembang terus, tetapi hukum sudah ditetapkan, maka sama saja menghentikan sejarah hukum pada suatu masa tertentu.

Pemikiran Savigny ini kemudian diteruskan oleh salah seorang muridnya yakni Puchta. Pengaruh mazhab Sejarah Hukum meluas ke Inggris dan dikembangkan

<sup>260</sup> Lihat, MDA. Freeman, Llyod Introduction to Jurisprudence, London: Sweet Maxwell, 2001, hal. 905.

<sup>261</sup> Friederich Karl von Savigny, Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence (diterjemahkan A. Hayward), New York: Arno Press, 1931 dikutip oleh Brian Z. Tamanaha, A General Jurisprudence of Law and Society, Op.Cit., hal. 29.

<sup>262</sup> MDA. Freeman, Llyod Introduction to Jurisprudence, Op.Cit., hal 907

oleh Henry Maine.<sup>263</sup> Kelompok ini menyerang mazhab Positivisme Hukum dengan mengatakan bahwa hukum bukan hanya yang dikeluarkan oleh penguasa dalam bentuk undang-undang namun hukum adalah jiwa bangsa (*volkgeist*) dan substansinya adalah aturan tentang kebiasaan hidup masyarakat. Perbedaan tajam antara mazhab Sejarah Hukum terhadap Positivisme Hukum terletak pada sumber dan bentuk hukum. Jika Positivisme Hukum lebih menekankan hukum pada bentuk formalnya, maka Mazhab Hukum Sejarah berpendapat sebaliknya, tidak hanya penguasa, rakyat yang terdiri dari kompleksitas unsur individu dan kelompok juga mempunyai kekuatan melahirkan hukum (sebagaimana ungkapan Cicero: di mana ada masyarakat disitu ada hukum). Hukum, menurut mazhab Hukum Sejarah, bukan diciptakan melainkan ditemukan.

Ketegangan antara dua mazhab ini diredakan oleh mazhab *Sociological Jurisprudence* yang mencoba mengambil "jalan tengah" dengan mensintesis basis argumentasi yang berkembang pada kedua mazhab itu. Tokoh dibalik mazhab *Sociological Jurisprudence* adalah Eugen Ehrlich. Ajaran dari Eugen Ehrlich bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the centre of gravity of legal development is not in legislation, nor in juristic, nor in judicial decision, but in society*).<sup>264</sup>

Rumusan tersebut menunjukkan kompromi yang cermat antara hukum tertulis sebagai kebutuhan masyarakat hukum demi adanya kepastian hukum dengan *living law* sebagai wujud penghargaan terhadap pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan hukum.

---

<sup>263</sup> Henry Maine (1882-1888) membuat skema evolusi dalam kerangka studi sejarah hukum dari masyarakat status ke kontrak. Menurut Maine, di dalam sistem hukum adat masyarakat-masyarakat sederhana itu hak-hak warga masyarakat akan diberikan sehubungan dengan status-status mereka di dalam masyarakat. Di dalam hukum primitif, status seseorang di dalam masyarakat (keluarga, suku, atau desa) akan menentukan hak-haknya atas tanah, atas jodoh yang boleh dipilih dan atas obyek-obyek hukum lainnya lagi. Di dalam sistem hukum masyarakat feodal, status sosial seseorang (yang diperolehnya ketika lahir) pun akan menentukan segala-galanya. Di lain pihak di dalam masyarakat-masyarakat eropa pada abad ke 19 (dimana Maine pada waktu itu hidup dan kehidupan didasarkan pada pertukaran barang dan pembagian kerja) mobilitas sosial adalah bentuk gambarannya yang paling ideal. Mobilitas sosial ini terjadi atas dasar kontrak-kontrak dan sekaligus meruntuhkan struktur-struktur sosial yang kaku. Kontrak adalah suatu pranata yang memungkinkan individu-individu membuat norma bagi dirinya sendiri melalui persetujuan-persetujuan. Hak-haknya ditentukan oleh kontrak-kontrak, dan tidak oleh status.

<sup>264</sup> Lihat, M.D.A. Freeman, *Llyod's Introduction to Jurisprudence* (London: Sweet & Maxwell LTD), 2001, hal659 – 700.

### 2.3. Realisme Hukum dan Positivisme Hukum

Hakim formalis, terutama di Amerika Serikat pada periode 1895 – 1937, mengasumsikan hukum adalah obyektif dan kedap dari persoalan sosial. Sampai abad 20 sebagian besar akademisi dan praktisi hukum percaya bahwa hakim dan pengadilan mekanis di mana hakim menerapkan hukum dan menyumbangkan putusan tanpa preferensi politik dan ideologi mereka.<sup>265</sup>

Cara pandang formalistik (varian dari Positivisme Hukum yang melihat hukum sebagai teks formal sekaligus mengabaikan konteks) dikritik oleh kaum Realis. Karl Llewellyn pada tahun 1930 menerbitkan esay dengan judul “ A Realistic Jurisprudence—The Next Step”. Juga tahun 1930, Jerome Frank menerbitkan *Law and The Modern Mind* menyerang apa yang dia lihat sebagai khayalan tentang hukum dan pengadilan.

Kaum formalis terbagi dua; yaitu *rule formalism* dan *conceptual formalism*. *Rule formalism* mengajarkan bahwa hukum identik dengan peraturan perundang-undangan (teks formal). Hakim hanya bekerja secara mekanis (sebagai corong undang-undang) mencari jawaban yang benar atas setiap kasus dengan hanya mengandalkan undang-undang. Sementara, *conceptual formalism*, mengajarkan bahwa hukum adalah konsep-konsep dan prinsip-prinsip seperti asas kebebasan berkontrak (*liberty of contract*) dan konsep hak milik (*property ownership*) yang berhubungan satu dengan lainnya secara logis dan melekat dalam substansi hukum.<sup>266</sup>

Realisme Hukum memandang setiap kasus hukum adalah unik. Sementara cara berpikir *rule formalism* cenderung menjatuhkan putusan dengan menyandarkan undang-undang sebagai premis mayornya merupakan tindakan generalisasi. Kritik Realisme Hukum terhadap *rule formalism* adalah generalisasi terhadap semua kasus hukum sama dengan menjauhkan hukum dari kenyataan. Karena itu, hakim membuat kekeliruan ketika mereka menerapkan hukum yang sama pada situasi fakta yang berbeda. Realisme Hukum berpendapat, hakim selayaknya menjadikan fakta-fakta inilah sebagai patokan, bukan undang-undang.

Kritik Realisme Hukum terhadap *conceptual formalism*, sebagaimana dalam ungkapan Oliver W. Holmes Jr., “*The life of the law has not been logic, it has been experience.*” Kritik Holmes tidak hanya tertuang dalam tulisan, tetapi dipraktekkan

<sup>265</sup> Brian Z. Tamanaha, *Understanding Legal Realism*, Legal Studies Research Paper Series, ST John’s University School of Law, 2008.hal. 1- 25.

<sup>266</sup> Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, 2006, hal. 48.

dalam kasus peradilan, misalnya menerobos konsep *'laissez-faire'* dalam kasus *Lochner v. New York*.<sup>267</sup> Hakim O.W Holmes melakukan dissenting opinion dan mengkritik pendapat mayoritas MA yang dibuat hanya mengakomodasi sebuah konsep, logika, dan teori ekonomi saja (*laissez-faire*), tanpa melihat banyak hasil penelitian tentang resiko kerja buruh pabrik seperti gangguan pernafasan; fakta empiris mengenai lemahnya posisi tawar buruh; dan mempersoalkan konstitusi.<sup>268</sup>

Kekhasan Realisme Hukum bahwa hukum adalah “tidak menentukan” (*legal indeterminacy*). Karl Llewellyn secara radikal memperlihatkan ‘*legal indeterminacy*’ bahwa “*a statute cannot go beyond its text*” (perundang-undangan tidak dapat melampaui teksnya), tetapi juga prinsip bahwa “*to effect its purpose a statute must be implemented beyond its text*” (untuk mempunyai akibat pada tujuannya sebuah peraturan perundang-undangan harus diimplementasikan melampaui teksnya).<sup>269</sup> *Legal indeterminacy* mempunyai makna dua hal; pertama, bahwa hukum secara rasional tidak menentukan, dalam pemahaman bahwa hukum yang tersedia tidak linier membenarkan sebuah putusan unik. Kedua, bahwa hukum adalah juga tidak menentukan secara eksplanatori atau secara sebab-akibat, dalam pemahaman bahwa alasan hukum tidak mencukupi untuk menjelaskan mengapa hakim memutuskan sebagaimana mereka putusan.<sup>270</sup>

Secara khusus, semua kaum Realis menyokong apa yang disebut sebagai “*the core claim of realism*”. Ada persamaan pendapat diantara para Realis yakni dalam memutus kasus, para hakim akan merespon stimulus fakta dari kasus tersebut daripada kepada aturan hukum dan alasan-alasan formal. Meskipun semua penganut realism menerima “*the core claim*”, tetapi ada perbedaan pandangan antara dua sayap, yakni “*The Sociological of Wing of Realism*” dengan “*The Indiosyncrasy Wing of Realism*”.<sup>271</sup> Pertama, “*The Sociological of Wing of Realism*” diwakili oleh Olphant, Moore, Karl Llywellin, dan Felix Cohen – berpikir bahwa keputusan pengadilan jatuh ke dalam pola yang dapat diprediksikan. Pola yang dimaksud tentu bukan aturan hukum yang ada, melainkan fakta. Dari fakta ini, kaum realis menyimpulkan bahwa

<sup>267</sup> Brian Z. Tamanaha, *Understanding Legal Realism*, Legal Studies Research Paper Series, ST John’s University School of Law, 2008.

<sup>268</sup> Ibid.

<sup>269</sup> Karl Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and The Rules and Cannons about How Statutes are to be Constructed*, *Vanderbilt Law Review* No. 3, 1950, 401

<sup>270</sup> Tamanaha, Loc.Cit.

<sup>271</sup> Brian Leiter, *American Legal Realism*, dalam *Philosophy of Law and Legal Theory* (diedit oleh Martin P. Golding dan William A. Edmundson), The Blackwell Publishing, 2005, hal. 54.

berbagai kekuatan sosial mempengaruhi para hakim, memaksa mereka merespon pada fakta-fakta dengan cara yang sama dan dapat diprediksi. Pernyataan populer Kaum Realis sebagaimana diungkapkan Karl Llywellin: “what the judge ate for breakfast determines his or her decision!”<sup>272</sup>

Pandangan kedua, “*The Indiosyncrasy Wing of Realism*” secara berbeda diwakili oleh Jerome Frank dan Hutcheson yang mengklaim bahwa apa yang menentukan respon hakim kepada fakta dari suatu kasus khusus adalah fakta yang khusus tentang psikologi atau personalitas dari individu hakim tersebut. Frank berpendirian bahwa personalitas dari hakim adalah faktor sangat penting dalam pengelolaan hukum (*the personality of the judges the pivotal factor in law administration*). Teori konvensional yang menetapkan bahwa “*rule plus fact = decision*” dikoreksi oleh Frank. Menurut pandangan Frank sendiri adalah ‘stimuli yang berdampak pada hakim’ (*the stimuli affecting the judge*) ditambah ‘personalitas hakim’ (*the personality of judge*) = ‘putusan’ (*decision*).<sup>273</sup> Pada titik ini terlihat bahwa Frank dipengaruhi oleh psikoanalisa Freud di mana kunci pada personalitas meletakkan pada kedalaman yang terkubur dari ketidak sadaran (*to lay in the buried depths of the unconscious*).<sup>274</sup>

Apabila dilacak secara epistemologis, pemikiran Realisme Hukum dipengaruhi pragmatisme (filsafat yang dikembangkan John Dewey dan William James) yang tumbuh subur di Amerika Serikat. Seorang pragmatisme, lebih percaya pada pengalaman daripada yang diperoleh dari logika (*a priori*) dan konsep yang abstrak. Pragmatisme memberi pengaruh pendekatan baru terhadap hukum, yaitu menekankan perhatian pada hasil dan akibat. Akibatnya, sikap dan cara pandang Realisme Hukum cenderung “*rules skeptic*” sebagaimana dalam ungkapannya “*for, after all, rules are merely words and those words can get into action only through decision*”.<sup>275</sup> Itulah mengapa kaum Realisme Hukum lebih mengarahkan perhatiannya pada putusan hakim (pada hasil konkrit)), bukan peraturan.

Apabila dipetakan, perbedaan mendasar antara Realisme Hukum (*Legal Realism*) dan Positivisme Hukum:

<sup>272</sup> Ibid.

<sup>273</sup> Jerome Frank, *Are Judges Human ?*, University of Pennsylvania Law Review, 1931, hal 242 dikutip oleh Brian Leitner, *American Legal Realism*, Op.Cit.hal.54

<sup>274</sup> Brian Z Tamanaha, *Understanding Legal Realism*, Op.Cit.hal.54

<sup>275</sup> Ibid., hal. 25.

- Realisme Hukum percaya pada hal-hal yang didasarkan pada pengalaman (metode induktif) daripada yang diperoleh melalui logika. Ia meragukan peranan logika dalam hukum yang mengambil kesimpulan tentang pengertian-pengertian yang artinya telah pasti baik yang dapat diperoleh dari penalaran hukum dan dasar-dasar yang bersifat konsep. Sementara Positivisme Hukum percaya untuk memperoleh kepastian hukum, mereka menggunakan sistem logika tertutup (dijelaskan lebih lanjut dalam Bab. II).
- Realisme Hukum menekankan penyelidikan mengenai kemungkinan-kemungkinan (*study of probabilities*) dan memprediksi hasil (*to predict outcomes*) terhadap pengaruh unsur-unsur non logis seperti kepribadian (personality) dan prasangka (prejudice) hakim, dibandingkan bunyi undang-undang dan logika hukum. Sedangkan Positivisme Hukum lebih memusatkan perhatian pada peraturan perundang-undangan (teks formal).
- Realisme Hukum lebih melihat bagaimana hukum bekerja di masyarakat (*how the rules of law work*), sedangkan Positivisme Hukum lebih memperhatikan hukum di atas kertas (*law as it is written in the books*).
- Realisme Hukum lebih mengarahkan perhatian pada hal-hal yang terakhir pada hasil-hasil dan akibat-akibat dari pada prosedural formal. Sedangkan Positivisme Hukum lebih menekankan sah atau tidaknya hukum, sesuai dengan prosedural formal.

Perbedaan-perbedaan mendasar antara Realisme Hukum dan Positivisme Hukum itu terlihat bagaimana dalam hakim memutus, sebagaimana dikutip oleh Brian Z. Tamanaha;

*“How do judges judge? According to the formalist, judges apply the governing law to the facts of a case in a logical, mechanical and deliberative way. For the formalist, the judicial is a “giant syllogism machine” and the judge acts like a “highly skilled mechanic.” Legal realism, on the other, represent a sharp contrast ...For the realist, the judge “decides by feeling and not by judgment; by ‘hunching’ and not by ratiocination” and later uses deliberative faculties “not only to justify that institution to himself, but to make it pass muster.”<sup>276</sup>*

<sup>276</sup> Brian Z. Tamanaha, *Beyond The Formalist – Realist Divide*, Princeton University Press, 2010, hal. 1.

Dibalik sejumlah perbedaan, Realisme Hukum dengan Positivisme Hukum sama-sama menghindari dari segala hal yang abstrak dan metayuridis. Sebagaimana kita ketahui, Positivisme Hukum lahir sebagai kritik terhadap Hukum Kodrat yang abstrak (dan berbau metafisika) sehingga gagal memberi jaminan kepastian hukum. Untuk memurnikan hukum dan mencapai kepastian, Positivisme Hukum kemudian mengindentikan hukum dengan hukum positif. Padahal, apa yang tercantum dalam hukum positif belum tentu menjadi kenyataan hukum. Cara berpikir yang formalistik itu, kritik Jerome Frank, , merefleksikan suatu keinginan yang kekanak-kanakan untuk kepastian dan keamanan (*reflected merely an infantile wish for certainty and security*).<sup>277</sup>

#### 2.4. Marxist Theory of Law dan Positivisme Hukum

Sejak semula, kaum positivis yang dipelopori Bentham dan Austin mengatakan bahwa hukum adalah “*command of the sovereign*”. Hukum adalah produk penguasa atau hanya penguasa yang berwenang membuat hukum. Tetapi pengertian Bentham dan Austin berbeda dengan Karl Marx. Jika Bentham mengatakan bahwa hukum dibuat dan dilaksanakan penguasa “for the greatest happiness of the greatest number” (demi setinggi-tingginya kebahagiaan bagi sebanyak-banyaknya orang), sebaliknya Marx mengatakan hukum dibuat sebagai alat “the ruling class” untuk menekan atau menindas “the ruled class”.

Dalam kasus pencurian, Positivisme Hukum melihat pencurian apabila perbuatan itu memenuhi unsur-unsur dalam hukum positif. Tetapi, *Marxist Theory of Law* melihat pencurian tidak secara formalistik, melainkan menelusuri hakikat eksploitasi. Menurut Marx, pencurian “nilai lebih” ketika buruh buruh terasing dari hasil pekerjaannya dalam *mode of production* yang kapitalistik, sebagaimana dijelaskan dalam *Capital*;

“*The labour, turned into the process by which the capitalist consumes labour power, exhibits two characteristic phenomena. First, the labourer works under the control of the capitalist....Secondly, the product is the property of the capitalist and not that of the labourer, its immediate producer. Suppose that a capitalist pays for a day’s labour power at its value; than the right to use that power for day.*”<sup>278</sup>

<sup>277</sup> Brian Leiter, *American Legal Realism*, University of Texas: Public Law Research Paper No. 42, 2002 dalam [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=339562](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=339562) (diakses tanggal 28 Juni 2010).

<sup>278</sup> Karl Marx, *Capital I*, Foreign Languages Publishing House, Moscow, 1959, hal. 184-185.

(Terjemahan bebas: Buruh, berubah menjadi proses (produksi) yang mana kaum kapitalis menghisap tenaganya menunjukkan dua fenomena karakteristik; (1) buruh bekerja dibawah control kapitalis....(2) hasil kerja buruh menjadi milik kaum kapitalis, bukan milik buruh sebagai produsen. Kaum kapitalis membayar upah berdasarkan hari kerja; kemudian menggunakan tenaganya berdasarkan hari kerja.)

*The exact form of this process is therefore M-C-M' where M' = M + DM = the original sum advanced plus an increment. This increment or excess over the original value I call "surplus value". The value originally advanced, therefore, not only remains intact while circulation, but adds to itself a surplus-value or expands itself. It is this movement that converts it into capital.*<sup>279</sup>

(Terjemahan bebas: bentuk sesungguhnya dari proses ini adalah uang-barang dagangan-uang, Di mana uang yang pertama sebagai modal ditambah laba (tambahan nilai uang) sama dengan modal baru. Tambahan uang baru atau kenaikan nilai uang baru itu disebut nilai lebih (laba). Uang pada awalnya atau modal awal tidak hanya untuk sirkulasi tetapi untuk mencipta nilai lebih, kemudian nilai lebih itu ditambahkan kepada capital awal menjadi capital (baru).

Analisis Marx terhadap kapitalisme bisa begitu tajam, karena dia berangkat dari analisis situasi buruh yang dianggap sebagai salah satu *komoditi*. *Komoditi* adalah barang dan jasa yang diproduksi untuk dikonsumsi. Adam Smith mengatakan, bahwa *komoditi* memiliki *nilai pakai* (use value) yang berbeda-beda tergantung pada kegunaannya. Tetapi persoalannya dalam kapitalisme produsen tidak pernah mengkonsumsi sendiri *komoditinya*. Dibutuhkan pembeli agar produksi bisa berlanjut. Pada titik inilah Marx menemukan *nilai tukar* (exchange value) dari *komoditi*. *Nilai tukar* *komoditi*, menurut Marx, tidak selamanya diukur dari kegunaannya (*nilai pakai*), tetapi dari hukum permintaan dan penawaran di pasar. Semakin banyak suatu *komoditi* ditawarkan semakin turun *nilai tukarnya*, demikian sebaliknya. Dan ketika buruh dianggap sebagai *komoditi*, maka upah buruh tergantung pada jumlah buruh yang menjual tenaganya di pasar. Eksistensi kemanusiaan buruh direduksi sebagai barang. Di sinilah asal-usul eksploitasi buruh dimulai. Analisis Marx berbeda dari Adam Smith, suatu *komoditi* tidak hanya memiliki *nilai pakai* (use value), yaitu kemampuan *komoditi* tersebut dalam memuaskan kebutuhan manusia; tetapi juga 'nilai tukar' (*exchange value*), yaitu nilai suatu *komoditi* ketika diperjual-belikan di pasar. Di sinilah Marx berpendapat, bahwa upah buruh merupakan faktor penentu *nilai tukar* barang dan jasa di pasar:

---

<sup>279</sup> Ibid., hal. 150.

*The use of a commodity belongs to him (the capitalist, dd), just as much as the right to use any other commodity, such as a horse he had hired for a day. The use of a commodity belongs to its purchaser, and the seller of labour-power, by giving his labour, does no more, in reality, than part with the use-value he has sold. From the instant steps into the workshop, the use-value of his labour-power and therefore also its use, which is labour, belongs to the capitalist. By the purchase of labour-power, the capitalist incorporates labour, as a living agent of fermentation, into the lifeless constituents of the product, which also belong to him. From his point of view, the labour process is nothing more than the consumption of the commodity purchased, i.e. of labour-power; but he can consume this labour-power only by adding the means of production to it. The labour process is a process between things the capitalist has purchased, things which belong to him. Thus the product of this process belongs to him just as much as the wine which is the product of the process of fermentation going on in his cellar.<sup>280</sup>*

Jadi dapat disimpulkan, bahwa keuntungan kapitalis terutama tidak diperoleh dari laba bersaing dengan kapitalis lain, tetapi dari biaya produksi di mana upah buruh merupakan komponen utamanya. Cara penghisapan begitu rahasia dan terselubung, karena itu buruh tidak merasa dihisap, karena kaum buruh bekerja sudah dibayar dalam bentuk upah yang diterimanya dan disetujui. Upah dalam bentuk uang sebagai tanda keterasingan manusia dengan hasil pekerjaannya. Manusia yang bekerja tidak butuh hasil kerjanya berupa barang, tetapi ia butuh nilai tukar, yaitu uang. Dalam sistem ekonomi kapitalisme, buruh terasing dan dipisahkan dari hasil pekerjaannya, karena ia begitu menghasilkan barang, barang itu bukan menjadi miliknya melainkan majikannya, buruh hanya memperoleh upah. Bukankah itu pencurian “nilai lebih” (surplus value)<sup>281</sup>?

“Nilai lebih” adalah “buah” yang dihasilkan oleh buruh tetapi tidak dapat dimilikinya karena dicuri oleh majikan. Jadi dapat disimpulkan, bahwa keuntungan kapitalis terutama tidak diperoleh dari laba persaingan dengan kapitalis lain, namun dari pencurian nilai lebih upah buruh. Bagaimana jika buruh mengadukan kepada aparat penegak hukum bahwa nilai lebihnya telah dicuri oleh majikan ? Argumentasinya, pembagian kerja antara pemilik alat produksi dengan pekerja melahirkan skema hubungan penghisapan atau pencurian “nilai lebih” (surplus value).

<sup>280</sup> Marx, Karl, *Capital I*, New York, Vintage Books, 1977, hal. 292.

<sup>281</sup> “Nilai lebih” (surplus value) yang merupakan keuntungan kapitalis, menurut Marx, ternyata diperoleh dari memeras buruh. Katakanlah buruh diupah Rp 30.000 untuk 8 jam kerja. Ternyata dalam 4 jam kerja buruh sudah dapat memproduksi barang seharga Rp. 30.000, seharusnya buruh bisa pulang. Tapi karena sudah terikat kontrak kerja, maka buruh harus memberikan secara gratis 4 jam berikutnya kepada kapitalis.

Argumensi “pencurian nilai lebih” dengan sendirinya kemungkinan besar akan ditolak oleh Positivisme Hukum. Kaum positivis (mungkin) kurang sensitif karena “pencurian nilai lebih” itu telah dibenarkan (tidak diatur?) oleh hukum formal. Aparat penegak hukum tentu tidak akan meneruskan ke pengadilan karena tidak menemukan hukum positif yang melarang “pencurian nilai lebih”.

Akar persoalannya cukup dalam. Para ahli hukum berabad-abad berpegangan pada konsep bahwa hak milik adalah hubungan manusia dengan barang. Artinya, dalam relasi hak milik manusia berposisi sebagai subyek sedangkan barang obyeknya. Tetapi perkembangan kapitalisme dan industrialisasi menghadirkan suatu keadaan baru, di mana buruh dilihat sebagai salah satu faktor produksi, seperti tanah, mesin, dan modal. Cara memproduksi (*mode of production*) yang dijalankan menurut prinsip-prinsip ekonomi kapitalisme (dengan modal sedikit untuk mendapatkan laba sebesar-besarnya) mendehumanisasi buruh sebagai salah satu faktor produksi. Eksistensi buruh direduksi sebagai barang (obyek hak milik). Hal ini merupakan perubahan luar biasa, namun hukum secara konservatif tetap melihat hubungan kepemilikan sebagai hubungan manusia dan barang. Akibatnya, hukum tidak mampu melindungi buruh yang sudah direduksi sebagai barang. Keadaan stabil yang demikian, disatu sisi akan menguntungkan pihak-pihak yang sudah berada pada posisi mapan (kelas atas), baik dalam kekayaan maupun status sosial, tetapi disisi lain menahan mobilitas vertikal kelas bawah.<sup>282</sup> Implikasinya, seorang buruh yang mengambil barang hasil pekerjaannya tanpa ijin majikannya dapat dijerat pasal 362 KUHP tetapi sebaliknya buruh tidak dapat mengadakan pencurian “nilai lebih” dengan pasal yang sama. Pencurian “nilai lebih” terhadap buruh bukan suatu pelanggaran hukum. Menurut Marx, hukum adalah alat legitimasi dari kelas ekonomi tertentu. Mengapa peraturan di bidang perburuhan cenderung tidak menguntungkan buruh? Menurut Marx, karena hukum telah dikuasai oleh kelas pemilik modal. Isu utama dalam hukum, menurut Marx, bukanlah keadilan. Anggapan bahwa hukum itu tatanan keadilan, hanyalah ilusi para ahli hukum belaka. Faktanya, hukum melayani kepentingan ‘orang berpunya’. Ia tidak lebih dari sarana penguasaan dan piranti para pengeksploitasi yang

---

<sup>282</sup> Kepastian hukum sudah menjadi semacam ideologi dalam kehidupan ber hukum, sehingga diperlukan pemahaman kritis terhadapnya. Secara sosio historis, masalah kepastian hukum muncul bersamaan dengan kebutuhan sistem produksi ekonomi kapitalis yang membutuhkan suatu tatanan hukum baru yang mendukung kebutuhan sistem ekonomi baru waktu itu dalam memberikan prediktabilitas.

menggunakannya sesuai kepentingan mereka. Hukum merupakan salah satu unsur ideologi kelas dan yang menyebabkan terjadinya alienasi.<sup>283</sup>

Dalam perspektif *Marxist Theory of Law*, analisis tentang hukum dalam bingkai “infra-struktur dan supra-struktur”. Infra struktur adalah fakta hubungan-hubungan ekonomi dalam masyarakat. Hubungan ekonomi itu menjadi faktor determinan terhadap ‘supra-struktur’ yaitu kelembagaan-kelembagaan sosial non ekonomi, seperti hukum, sistem politik, corak budaya, dan lain sebagainya. Semua elemen dalam supra-struktur meneguhkan dan pantulan dari kepentingan infra struktur), atau dengan kata lain bangunan bawah (infra-struktur sebagai “real foundation”<sup>284</sup>.

Apabila Positivisme Hukum dengan teori “*command of the sovereign*” mempercayai hukum sebagai yang netral dan bebas nilai, sebaliknya *Marxist Theory of Law* melihat hukum hanya refleksi dari kepentingan ekonomi semata sebagaimana dikatakan E.P Thompson;”...*the rule of law is only another mask for the rule of class.*”<sup>285</sup> Cara berpikir deterministik (ekonomi) menyebabkan hukum kehilangan eksistensinya, karena hukum semata-mata hanya pantulan dari kepentingan ekonomi.

## 2.5. Hukum Progresif dan Positivisme Hukum

Kata progresif berasal dari *progress* yang berarti adalah kemajuan. Hukum diharapkan mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.<sup>286</sup>

Jika Positivisme Hukum melihat hukum hukum sebagai sesuatu yang final, Hukum Progresif mengatakan sebaliknya, hukum tidak bisa disebut sebagai suatu tipe hukum yang mutlak dan selesai. Hukum Progresif beranggapan bahwa insitusi hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as process, law in the making*). Hukum progresif bisa diibaratkan sebagai papan petunjuk, yang selalu memperingatkan, hukum itu harus terus-menerus merobohkan, mengganti,

<sup>283</sup> Bernard L. Tanya et.al, *Teori Hukum*, Genta Publishing, hal 97-98.

<sup>284</sup> M.D.A Freeman, Llyod’s Introduction to Jurisprudence, London: Sweet & Maxwell, 2001, hal. 958 – 965.

<sup>285</sup> E.P. Thompson, *Whigs and Hunters The Origin of The Black Act*, Penguin Books, 1977, hal. 259.

<sup>286</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Penerbit Kompas, 2007, hal. 228.

membebaskan hukum yang mandek, karena tidak mampu melayani lingkungan, yang berubah. Karena itu, menurut Satjipto Rahardjo Hakim, harus berani melakukan suatu rule breaking, yaitu berani melakukan terobosan-terobosan hukum yang bersifat progresif, demi membantu bangsa dan negaranya dari keterpurukan.<sup>287</sup>

Hukum yang progresif tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak dan final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran itulah, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus-menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan ini bisa diverifikasikan ke dalam faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan sebagainya. Inilah hakikat hukum yang selalu dalam proses menjadi. .”<sup>288</sup>

Jika Positivisme Hukum mengajarkan hukum untuk hukum, sebaliknya Hukum Progresif mengikuti maksim, ”hukum adalah untuk manusia dan masyarakat, bukan hukum untuk hukum”. Pernyataan hukum adalah untuk manusia mengandung arti bahwa hukum adalah sarana untuk membahagiakan manusia. Apabila ketika terjadi permasalahan di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan dalam skema hukum. Hukum tidak pernah bisa melayani manusia apabila ia tidak juga bekerja dengan penuh perasaan dan kepedulian (*compassionate*). Untuk bisa melayani manusia dengan baik, maka hukum tidak bisa hanya menghitung dan mengeja pasal undang-undang, melainkan juga bekerja dengan modal empati dan keberanian (*dare*) dan itu belum mampu dilakukan dengan mesin.<sup>289</sup>

Orientasi hukum progresif bertumpu pada aspek peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Peraturan akan membangun suatu sistem hukum positif yang logis dan rasional. Sedangkan aspek perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang dibangun. Satjipto Rahardjo tampaknya lebih memusatkan perhatian pada aspek perilaku dibanding peraturan dengan mengutip ucapan Taverne, ”Berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk sekalipun saya bisa membuat putusan yang baik.”

<sup>287</sup> Satjipto Rahardjo, Tidak Hanya Memeriksa dan Mengadili, *Harian Kompas*, 2 November 2007.

<sup>288</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresi (Penjelajahan ...)* Loc.Cit. hal. 1

<sup>289</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, hal107.

Perselisihan pemikiran antara Positivisme Hukum dan Hukum Progresif memuncak, ketika Hukum Progresif mulai masuk ke wilayah yang paling “suci” bagi Positivisme Hukum, yakni; kepastian hukum. Ideologi kepastian hukum memperoleh pembenaran atau dukungan teori dari cara berpikir hukum yang legalistik. Kepastian hukum, menurut pisau analisis Satjipto Rahardjo, bergandengan erat dengan keinginan untuk mempertahankan status quo. Situasi ini menghendaki agar semua terpaku pada tempat atau kotak masing-masing, tanpa hampir sama sekali memberi kelonggaran untuk keluar dari kotak-kotak tersebut. Ideologi kepastian hukum berpihak kepada suatu dunia yang final (*finite scheme*) di mana dinamika atau pergerakan-pergerakan akan menggoyahkan dan merobohkan ideologi tersebut dan oleh karena itu “harus diredam”.

Satjipto Rahardjo mengkritik pengadilan yang terisolasi atau dengan ungkapan lain sebagai corong undang-undang. Semangat liberal dan legalisme-positivistik yang sangat kuat di abad ke-19 itu memberikan landasan teori bagi munculnya pengadilan yang terisolasi dari dinamika masyarakat. Cara berpikir positif-tekstual yang kurang lebih hanya “mengeja” suatu peraturan, memang amat mudah, tetapi dangkal. Satjipto Rahardjo mengingatkan kembali pendapat Paul Scholten, seorang pemikir hukum Belanda, yang mengatakan, ” hukum itu ada dalam undang-undang, tetapi masih harus ditemukan”<sup>290</sup> . Satjipto Rahardjo berpendapat; “Hukum itu tidak ada untuk diri sendiri, tetapi hukum itu mengabdikan kepada manusia dan masyarakat. Berangkat dari situ maka menjalankan hukum tidak dapat dilakukan secara matematis atau dengan cara “mengeja pasal-pasal undang-undang.”<sup>291</sup>

Jika Positivisme melihat pengadilan relatif tenang, sementara Satjipto Rahardjo dengan gelisah mengatakan, “...Pengadilan modern bukan lagi merupakan rumah keadilan, melainkan (juga) untuk menerapkan undang-undang dan prosedurnya. Pengadilan bukan lagi merupakan “arena keadilan”, melainkan menjadi “arena para gladiator hukum”, seperti advokat, hakim dan jaksa. Datang ke pengadilan bukan lagi semata untuk mendapatkan keadilan, tetapi untuk menang. Melalui permainan hukum dan prosedur, pengadilan berubah menjadi tempat bermain

<sup>290</sup>Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, hal. 56.

<sup>291</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Penerbit Kompas, 2007, hal. 87. Lihat juga, Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif (Penjelajahan Suatu Gagasan)*, Majalah Hukum Newsletter No. 59, Jakarta: Yayasan Pengkajian Hukum, 2004, hal. 1.

silat. Terjadilah “persidangan undang-undang dan prosedur” dan bukan ”persidangan keadilan”, sehingga dengan sinis orangpun bicara “trials without justice”.<sup>292</sup>

Positivisme Hukum menghendaki kepala hakim dikosongkan (imparsial, netral, dan obyektif). Persoalannya hakim bukan mesin. Apakah pada waktu membaca undang-undang itu kepala hakim benar-benar (bisa) dikosongkan ? Apakah pembacaan teks oleh hakim sepenuhnya berlangsung secara bebas nilai ? Menurut Satjipto Rahardjo, tidak sesederhana itu. Selama hakim adalah manusia, kompleks atau predisposisi pilihan yang ada padanya akan menentukan bagaimana suatu teks dibaca dan diartikan.<sup>293</sup> Mengutip peneliti behaviouralism Glendon Schubert, pertimbangan dan putusan hakim banyak dipengaruhi oleh pendidikan, agama, etnis, afiliasi-afiliasi politik, ideologi, status sosial, ekonomi, dan karir sebelum menjadi hakim.<sup>294</sup>

Di balik perselisihan Hukum Progresif dan Positivisme Hukum, ada semacam paradoks. Positivisme Hukum adalah jantung dari Hukum Modern. Kritik terhadap Hukum Modern, maka kritik harus ditujukan kepada jantungnya, yakni Positivisme Hukum. Itulah mengapa Hukum Progresif mengkritik Hukum Modern dengan cara mengkritik Positivisme Hukum. Namun Hukum Progresif mengandung semacam paradoks. Hukum Progresif yang melakukan kritik terhadap Hukum Modern, tidak lain mengandung semangat modernisme, yakni progresivitas. Karakter modernisme adalah “progresif” itu sendiri. Progresif sebagai karakter modernisme cenderung mendiskualifikasi masa lalu<sup>295</sup> dan selalu berupaya menuju kebaruan dan kemajuan. Ketika modernisme terus-menerus mengejar kebaruan, ia kemudian selalu mencari bentuk kompensasi. Tetapi karena tidak menemukan esensi, supaya diakui eksistensinya, maka modernisme menutupinya dengan mode.

## 2.6. Critical Legal Studies dan Positivisme Hukum

Sampai dengan pertengahan tahun 1970-an pendidikan dan praktek hukum di Amerika Serikat didominasi oleh paradigma *formalisme hukum (legal formalism)*. Paradigma ini sama dengan positivisme hukum yang muncul di Eropa Barat pada

<sup>292</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Penerbit Kompas, 2007, hal. 14.

<sup>293</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, 2006, hal. 55.

<sup>294</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, hal. 97.

<sup>295</sup> Paradoks yang peneliti maksud adalah Hukum Progresif tidak bermaksud mendiskualifikasi hukum adat dan moralitas sebagai produk masa lalu. Sebaliknya Satjipto Rahardjo justru “mengadvokasi” hukum adat dan moralitas yang dipinggirkan oleh Hukum Modern.

abad 19 seiring dengan munculnya positivisme ilmu-ilmu sosial. Seperti halnya Positivisme Hukum, mazhab Formalisme Hukum menganggap hukum sebagai sebuah sistem yang netral, obyektif dan otonom. Dengan kata lain, hukum merupakan norma yang terlepas dari politik, moral, kebudayaan atau kebiasaan sehari-hari. Perumusan dan praktek hukum tidak dilakukan secara terstruktur secara rasional dan logis (metode deduktif) berdasarkan konsep dan asas-asas hukum tertentu.

CLS mengkritik metode Langdell (Formalisme Hukum) yang lebih memusatkan pada kasus; bagaimana hukum diterapkan secara obyektif, formalistik, dan dapat diprediksikan. Pendekatan Formalisme Hukum hanya menyiapkan mahasiswa sebagai tukang dan menjadi bagian ekonomi kapitalisme. Pendekatan ini mengisolasi mahasiswa dan menjadi bagian dari sekur kapitalisme. Para lawyer yang bekerja untuk korporasi hanya melayani klien yang mau membayarnya tanpa kritis mempertanyakan tentang keadilan dan ketidakadilan.

Pada tahun 1977 di kota Madison, negara bagian Wisconsin, Amerika Serikat diadakan konferensi bertema “*Conference on Critical Legal Studies*”. Konferensi tersebut diselenggarakan dan dihadiri oleh para akademisi hukum yang terlibat dalam gerakan hak-hak sipil – diskriminasi ras, gender, kelas – dan kampanye anti perang Vietnam. Mereka menganggap mazhab *formalisme hukum* tidak dapat menjawab berbagai bentuk diskriminasi yang ada di masyarakat Amerika dan juga Perang Vietnam. Konferensi ini mencari alternatif baru, maka lahirlah *gerakan Critical Legal Studies*.<sup>296</sup>

Gagasan tersebut antara lain mendapat inspirasi dari mazhab *realisme hukum* yang muncul di Amerika Serikat pada tahun 1920-an dengan tokoh seperti Oliver Wendell Holmes dan Jerome Franks. Dipengaruhi oleh filsafat pragmatisme, mazhab *realisme hukum* mendorong orang untuk memperhatikan praktek hukum terutama yang dilakukan oleh hakim, bukan pada asas dan teori hukum. Menurut mereka ternyata banyak faktor non-hukum – seperti pandangan hidup pribadi, situasi politik dan kepentingan sosial - yang sebenarnya mempengaruhi hakim saat memeriksa dan memutuskan kasus hukum.<sup>297</sup>

Tokoh dibalik gerakan hukum kritis ini adalah Roberto M. Unger, Duncan Kennedy, Karl Klare, Mark Kelman, Mark Tushnet, Morton Horwitz, Jack Balkin.

<sup>296</sup> Ifdhal Kasim, 1999, “Berkenalan dengan Critical Legal Studies”: Kata Pengantar buku Roberto M. Unger, *Gerakan Studi Hukum Kritis*, Jakarta, ELSAM, hal. X-XI.

<sup>297</sup> Dennis Lloyd, 1973, *The Idea of Law*, Middlesex, Penguin Books, hal. 213-217.

Para tokoh ini memiliki ideologi keilmuan yang beragam. Walau ideologi keilmuan mereka beragam, mereka disatukan oleh anggapan bahwa hukum tidak terpisah dari sosial, ekonomi, dan politik, sebagaimana dalam deklarasinya; “...*law is an instrument of social, economic, and political domination, both in the sense of furthering the concrete interests of dominators and in that of legitimating the existing order.*”<sup>298</sup>

Dengan demikian, Critical Legal Studies (CLS) melihat hukum dibentuk oleh berbagai faktor non-hukum: kepentingan ekonomi, ras, gender, atau politik. Pembentukan hukum senantiasa mengandaikan interaksi dan negosiasi berbagai kelompok masyarakat. Akibatnya analisa hukum doktrinal hanya akan mengisolasi hukum dari konteks sosial-politiknya, dan membuat hukum tidak bisa mengatasi berbagai masalah sosial politik: diskriminasi ras, gender, agama, atau kelas.

CLS secara elektis meminjam perspektif *Marxism* dalam melihat hukum yang tidak pernah bebas kepentingan. Pengaruh *Marxism* dalam CLS terlihat dalam kritiknya terhadap asas ‘*Equality before the Law*’. CLS melihat hukum berpihak. Mereka mengkritik asas ‘*Equality before the Law*’ yang diyakini oleh kalangan positivis dan liberal, ternyata hanya retorika belaka.

Namun CLS tidak sepenuhnya sama dengan *Marxism*. Bedanya, *Marxism* melihat hukum semata-mata hanya sebagai alat kelas yang berkuasa untuk menindas kelas bawah, tetapi bagi CLS hukum bukan hanya instrumen ekonomi belaka melainkan pada derajat tertentu hukum itu semi otonom.<sup>299</sup> Dalam perkembangannya, CLS tidak hanya berbicara masalah kelas sebagaimana *Marxism* tetapi juga diskriminasi ras, gender, lingkungan dan sebagainya.

CLS menolak anggapan tentang netralitas obyektivitas hukum sebagaimana yang diyakini Positivisme Hukum. Sebab - menurut Roberto M. Unger - setiap metode hukum tertentu akan menghasilkan pilihan hukum tertentu. Dengan kata lain metode hukum yang dipilih oleh praktisi hukum akan menghasilkan keputusan hukum yang tertentu pula. Setiap pembuatan hukum dengan sendirinya mencerminkan nilai-nilai sosial-politik tertentu. Tentang hal ini Unger mengkritik obyektivisme dan formalisme, “*The first concern has been the critique of formalism and objectivism.*”<sup>300</sup>. CLS menusuk jantung formalisme hukum sebagaimana dianut sistem hukum liberal dengan mengajukan keberatan, yaitu terhadap konsep *the rule of law*. Dalam

<sup>298</sup> Louis B. Schwartz, “With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land,” dikutip oleh Brian Z. Tamanaha, *Law as Means to an End*, O.Cit., hal. 121.

<sup>299</sup> Brian Z. Tamanaha, *Law as Means to an End*, Ibid.,

<sup>300</sup> Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, hal. 5.

prespektif CLS, tidak ada yang dinamakan *the rule of law*, karena yang ada adalah *the rule of the rulers*.

## 2.7. Feminisme dan Positivisme Hukum

Positivisme Hukum mengajarkan bahwa hukum itu netral atau obyektif. Asumsi netralitas hukum bukan lahir dari ruang kosong melainkan mempunyai akar ideologi tertentu, sebagaimana dikritisi pemikir Feminis, Margot Stubbs sebagai berikut;

*“Positivism in law is structurally connected to a deeper set of presuppositions about society that are expressed under the rubric of “liberalism”. Liberal philosophy embraces legal positivism in the way it presents the legal system as neutral, independent and apolitical mechanism for resolving social tension. This presentation of law is given its political expression in the notion of the “Rule of Law”---that is, the legal doctrine that all people are equal under the law and can expect from it a neutral and unbiased determination of their rights.”*<sup>301</sup>

(terjemahan bebasnya sebagai berikut: Positivisme hukum terhubung secara struktural ke sebuah perangkat yang lebih dalam dari pengandaian tentang masyarakat yang dinyatakan dalam rubrik "liberalisme". Filsafat Liberal mengikuti ajaran positivisme hukum dalam cara menyajikan sistem hukum sebagai mekanisme netral, independen dan apolitis untuk menyelesaikan ketegangan sosial. Presentasi hukum adalah ekspresi politik yang ada dalam pengertian tentang "Rule of Law" --- yaitu, doktrin hukum bahwa semua orang adalah sama di mata hukum dan dapat mengharapkan dari sebuah tekad netral dan tidak bias penentuan hak-hak mereka.”

Sebaliknya para feminis melihat hukum sejak awal sudah tidak netral, pembentukan hukum dipengaruhi ideologi dominan yang sarat dengan nilai-nilai patriarkhi. Hukum yang diyakini netral atau obyektif, bagi para feminis, sebenarnya tidak ada, karena disadari atau tidak, berbagai hukum itu dibuat lebih merupakan pantulan dari nilai patriarkhi. Misalnya, dalam Undang-undang Perkawinan No. 1 tahun 1974 mendomestikasi peran perempuan hanya sebagai ibu rumah tangga. Pasal 31 ayat 3 menyebutkan, ” Suami adalah kepala keluarga dan istri adalah ibu rumah tangga”. Kemudian pasal 34 ayat 1 disebutkan, bahwa suami wajib....memberikan segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya.” Sedangkan pasal 34 ayat 2 mengatur kewajiban istri untuk mengurus rumah tangga. Apabila suami atau istri melalaikan kewajibannya, maka masing-masing pihak dapat

<sup>301</sup> Margot Tubbs, Op.Cit., hal. 456-457.

mengajukan gugatan ke pengadilan (Pasal 34 ayat 3). UU Perkawinan ini jelas tidak memberi kesempatan istri mencapai kemandirian ekonomi dan tergantung secara ekonomi terhadap suaminya.

Kaum feminis mengkritik hukum yang bersifat phallocentrisme, yakni suatu pemikiran yang menjadikan laki-laki sebagai pusat tolok ukur dalam memandang suatu hal. Dalam hukum pidana, misalnya, perempuan hanya dilihat sebagai obyek seksual. Dalam pasal 285 KUHPidana, misalnya, perkosaan dirumuskan: "Barang siapa dengan kekerasan atau dengan ancaman kekerasan memaksa perempuan yang bukan istrinya bersetubuh dengan dia, dihukum, karena memperkosakan, dengan hukuman penjara selama – lamanya dua belas tahun."<sup>302</sup>

Unsur-unsur yang terdapat dalam tindak pidana ini antara lain: dengan kekerasan atau ancaman kekerasan; memaksa perempuan yang bukan istrinya; untuk melakukan hubungan seksual (bersetubuh). Menurut Arrest Hoge Raad (Mahkamah Agung Belanda) tanggal 5 Februari 1912 yang di maksud dengan "bersetubuh" yaitu tindakan memasukkan kemaluan laki – laki ke dalam kemaluan perempuan yang pada umumnya menimbulkan kehamilan, dengan kata lain bilamana kemaluan laki – laki itu mengeluarkan air mani di dalam kemaluan perempuan.<sup>303</sup> Permasalahannya, bagaimana jika seandainya "perkosaan" itu terjadi tidak dalam bentuk persetubuhan, misalnya dengan memasukkan penis ke mulut dan anus atau memasukkan benda-benda lain ke vagina ? Bagaimana jika yang melakukan perkosaan adalah suami sahnyanya? Pertanyaan ini tidak dapat dijawab jika hanya mengartikan hukum positif secara skripturalistik. Jika para penegak hukum (polisi, jaksa, hakim) hanya menggunakan hukum positif dan logika formal (pasal 285 KUHP) *an sich* dalam kasus-kasus perkosaan, maka kemungkinan akan banyak kasus perkosaan yang lepas dari jeratan hukum karena perbuatannya tersebut tidak termasuk dalam unsur-unsur pasal 285 KUHP.

Pandangan netralitas atau obyektivitas hukum hanya akan mengaburkan dan membenarkan kenyataan marginalisasi kaum perempuan dan berbagai kelompok minoritas lainnya, karena itu, Margot Tubbs menyarankan memahami hukum sebagai suatu tidak otonom dan tidak netral;

---

<sup>302</sup> R.Soesilo, *Kitab Undang – Undang hukum Pidana*, Politea – Bogor,199, hlm.210

<sup>303</sup> R. Soesilo., *Ibid.*, hal. 169

*“Feminist legal inquiry needs, in short, a different starting point if it is to understand the specific way in which law mediates class relations, specifically the class relations of sex. From a feminist perspective, “the law” must be understood NOT as autonomous from society, but as being a form of practice through which existing sex and economic class relations are reproduced.”*<sup>304</sup>

(terjemahan bebasnya: Singkatnya, penelitian feminisme hukum membutuhkan titik awal yang berbeda jika ingin memahami cara tertentu di mana hukum memediasi hubungan kelas, khususnya hubungannya dengan relasi gender. Berangkat dari perspektif feminis, "hukum" harus dipahami BUKAN sebagai otonom (yang terpisah) dari masyarakat, tetapi sebagai bentuk praktek di mana relasi antar seks dan kelas ekonomi direproduksi.)

Setelah membuktikan ilusi netralitas dan obyektivitas hukum, para pemikir feminis mengusulkan hukum yang berpihak. Pemikir feminis, Patricia A. Cain, misalnya, mengatakan: *“to be classified as feminist, legal scholarship should be based on women’s experience”* (untuk dapat diklasifikasikan sebagai feminis, pemikiran hukum harus didasarkan pada pengalaman perempuan.)<sup>305</sup>

Anggapan tentang ketidakmungkinan netralitas hukum dan perlunya keberpihakan, mengantar para feminis pada perdebatan yang panjang. Dalam peta feminisme --- dengan resiko terlalu menggeneralisasi --- feminisme “gelombang pertama” memperjuangkan hak pilih bagi perempuan, hak pendidikan dan pekerjaan.

Setelah tahun 1920-an, pada fase ini lahir feminisme “gelombang kedua” suatu istilah yang diperkenalkan oleh Marsha Weinman Lear untuk merujuk pada pembentukan kelompok-kelompok pembebasan perempuan di Amerika, Inggris, dan Jerman pada akhir 1960-an. Istilah “gelombang kedua” untuk menyatakan secara tidak langsung bahwa feminisme “gelombang pertama” telah berakhir. Feminisme “gelombang kedua” menggugat ketidaksamaan laki-laki dan perempuan. Perempuan, misalnya, hanya diperbolehkan menekuni pekerjaan domestik. Sementara pekerjaan domestik dipandang inferior dibanding pekerjaan publik.

Dalam bidang hukum, kaum feminis mempertanyakan, bagaimana kesetaraan gender dapat diwujudkan dalam hukum?<sup>306</sup> Jika menurut Positivisme Hukum, hukum yang baik adalah yang netral dan obyektif, sedangkan bagi para feminis anggapan seperti ini sebenarnya malah melegitimasi ketidaksetaraan gender, orientasi

<sup>304</sup> Ibid.

<sup>305</sup> Patricia A. Cain, “Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories” dalam D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundation*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, hal. 359.

<sup>306</sup> Feminist Legal Theory (FLT) atau Feminist Jurisprudence mempengaruhi pemikiran hukum selama beberapa dekade terakhir. Pemikiran awal dari FLT itu sendiri dipengaruhi gelombang-gelombang pemikiran feminis, khususnya gelombang kedua dari feminis Amerika yang merefleksikan ketertarikan feminis pada bidang hukum, tepatnya pada akhir tahun 1960-an hingga awal 1970-an.

seksual, etnisitas, dan kelas yang ada dalam masyarakat. Pada akhir tahun 1960-an dan khususnya selama tahun 1970-an, di Amerika dan Eropa para feminis mulai mengkritik netralitas hukum. Sejak itu mereka berusaha membentuk teori hukum berprespektif feminis (*feminist jurisprudence*).

Perubahan utama dalam teori feminis “gelombang kedua” sejak 1970 merupakan langkah dari memperkecil perbedaan antara perempuan dan laki-laki untuk merayakan suatu perspektif yang berpusat pada perempuan. Feminisme “gelombang kedua” saat ini berkomitmen untuk memperluas secara radikal egalitarianisme yang didasarkan pada pemahaman yang canggih terhadap ketertindasan karena pembagian gender yang dipaksakan. Feminisme “gelombang kedua” merupakan proyek transformasi yang radikal dan bermaksud menciptakan sebuah dunia yang terfeminisasi.

Para pemikir Feminis-Liberal percaya bahwa kesetaraan gender dapat diwujudkan apabila kedudukan perempuan setara dengan pria dihadapan hukum. Karena itu, perempuan harus mempunyai hak sama sebagaimana pria dalam hal pekerjaan, pendidikan, politik, dan perlakuan sama lainnya. Melalui perlakuan setara antara laki-laki dan perempuan, maka masalah diskriminasi pekerjaan domestik dan publik akan diatasi.

Namun Feminisme gelombang kedua yang dipahat oleh kalangan liberalisme menghadapi masalah praksis. Menyamakan hak-hak hukum pekerja perempuan dengan laki-laki akan membuat pekerja perempuan terancam diberhentikan atau memberhentikan diri karena haid, mengandung, dan melahirkan. Kemampuan perempuan untuk haid, hamil, melahirkan, dan menyusui membuat perempuan harus diberi hak yang berbeda dari pria. Tak bisa dihindari, perbedaan biologis antara perempuan dan laki-laki itulah yang kemudian mendorong gerakan Feminisme (dengan berbagai alirannya) memperjuangkan hak perempuan atas cuti haid, melahirkan dan menyusui. Kesetaraan yang diidentikan dengan kesamaan perempuan dan laki-laki terbukti keliru, bahkan justru menjadi bumerang bagi kaum perempuan sendiri. Ide Feminisme-Liberal tentang perlakuan setara dianggap tidak memadai karena masih mengandaikan tempat bekerja netral, padahal sudah ditata sedemikian rupa sehingga lebih menguntungkan pekerja laki-laki. Pendukung pemikiran “perlakuan istimewa” kemudian mengoreksi kekeliruan ide perlakuan setara. Para pendukung “perlakuan istimewa” (di Indonesia sering disebut “*affirmative action*”) menganggap haid dan melahirkan sebagai bukti adanya perbedaan biologis antara

laki-laki dan perempuan. Karena itu, hak pekerja laki-laki dan pekerja perempuan tidak mungkin sama. Cuti haid dan melahirkan adalah bentuk pemberian hak istimewa (perlakuan istimewa).<sup>307</sup>

Argumentasi perlakuan setara dan perlakuan istimewa justru mengundang kritik di dalam penganut feminisme itu sendiri. Menurut Lucinda M. Finley, kedua pandangan itu sibuk mencari cara bagaimana menetralsir masalah “kelainan” dan inferioritas biologis perempuan agar mereka setara dengan pria.<sup>308</sup>

Kritik Posfeminis terhadap Feminisme karena pada umumnya masih menganggap setiap perempuan memiliki identitas yang sama (homogen). Karena menganggap persoalan perempuan homogen, sehingga teori hukum feminis hanya sebagai alternatif dari teori hukum patriarkhis.

Posfeminisme memecah konsensus Feminisme. Posfeminisme tidak antifeminis, melainkan kritik terhadap epistemologi feminisme yang terjebak dalam esensialisme. Kritik dilontarkan pada asumsi feminisme yang bercorak monovokal dan memukul rata penyebab penindasan perempuan sehingga strategi pembebasan yang ditawarkan kurang-lebih sama. Sebaliknya, posfeminisme ingin menggeser konsep debat “persamaan” menjadi “perbedaan”. Pertanyaan yang diajukan posfeminisme kepada klaim feminisme adalah apakah setiap perempuan memiliki pengalaman yang sama sehingga bisa diuniversalkan?<sup>309</sup>

Posfeminisme melihat setiap perempuan memiliki pengalaman dan identitas yang berbeda. Perbedaan identitas itu dapat ditengarai dari kategori kelas, orientasi seksual, rasial, dan sebagainya. Dari sini, posfeminisme mampu menyingkap bahwa musuh perempuan bukan hanya patriarki, tetapi juga homogenisasi identitas perempuan. Kegagalan feminisme yang didasarkan esensialisme adalah advokasinya yang berlandaskan pada kesamaan dan pengabaian yang melekat pada perbedaan.

Di balik perselisihan sesama Feminisme dengan berbagai variannya, secara umum dapat dikatakan bahwa Teori Hukum Feminis menolak perspektif Positivisme Hukum yang mengajarkan hukum harus netral dan obyektif. Sebagai alternatifnya, Teori Hukum Feminis menawarkan metode hermeneutika dalam melihat hukum -- maupun yang lebih radikal: dekonstruksi.

<sup>307</sup> Linda J. Kreiger and Patricia N. Cooney “The Miller-Wohl Controversy: Equal Treatment, Positive Action and the Meaning of Women’s Equality” dalam Donny Danardono dalam “Perempuan dan Hukum” diedit oleh Sulistyowati, Yayasan Obor, 2006, hal. 10-12.

<sup>308</sup> Lucinda M. Finley, “Trancending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate” dalam Donny Danardono, Ibid.

<sup>309</sup> Aan Brooks, *Postfeminism, Cultural Theory and Cultural Forms*, London: Routledge, 1997.

Perselisihan antara paradigma-paradigma hukum di atas itu menunjukkan bahwa pemikiran tentang hukum bukan merupakan konsep yang tunggal. Konsep tentang hukum tidak seragam, satu paradigma hanya merupakan satu dari sekian banyak kebenaran paradigma yang masing-masing memiliki kerangka teori dan metodologinya sendiri-sendiri. Setiap filsuf hukum cenderung membenarkan pemikirannya sehingga paradigma hukum selalu bersaing dan mendiskualifikasikan paradigma yang lain.

Perselisihan epistemologis di atas itu menunjukkan bahwa konsep hukum ternyata tidak dapat dimaknai secara tunggal, bahwa realitas hukum itu beraspek, berfaset, dan berdimensi majemuk, maka sudah selayaknya menyadarkan pengembangan hukum teoretis maupun praktis dapat membuka diri untuk mendalami berbagai pendekatan dalam disiplin hukum ini. Keluasan cara pandang dalam hukum akan mendorong pertumbuhan disiplin hukum ke arah tampilan wajah hukum yang lebih akomodatif terhadap perubahan yang terus terjadi. Di balik semua refleksi itu, ketidaksamaan cara pandang dalam melihat hukum itu juga mengundang pertanyaan fundamental: apakah *Jurisprudence* itu ilmu atau bukan ?

### 3. Perdebatan Epistemologis: Apakah *Jurisprudence* Itu Ilmu atau Bukan?

Apakah *Jurisprudence* itu ? Hingga kini, *jurisprudence* belum bisa didefinisikan. Dalam kalangan yuris belum ada kesepakatan tentang makna *Jurisprudence* sebagaimana ungkapan dalam pepatah latin: *quot homines, tot sententiae* (berapa banyak orang, begitu banyak pendapat). Yang bisa dilakukan adalah sebatas memberikan uraian tentang apa dan bagaimana tentang *jurisprudence* secara parsial.

Namun, apabila dilacak pada asal katanya: *Jurisprudence* berasal dari bahasa latin, yakni *Iurisprudence*. *Iurisprudence* berasal dari kata “*Iuris*” dan “*Prudens*”. *Iuris* dapat diterjemahkan sebagai *Adil*, atau *Ius* yang mempunyai makna Keadilan. Kata kedua, “*Prudens*” mempunyai arti Kebijakan. Dalam khasanah Ilmu Hukum Indonesia, kata *Jurisprudence* sering diterjemahkan sebagai Disiplin Hukum atau Ajaran Hukum.<sup>310</sup>

<sup>310</sup> Lihat, Antonius Cahyadi, Pengantar ke Filsafat Hukum, Predana Media Group, 2007, hal. 27-28. Lihat juga, M.D.A Freeman, Op.Cit., hal. 1.

### 3.1. Apakah Ilmu ?

Sebelum melanjutkan perdebatan apakah *Jurisprudence* itu ilmu atau bukan, perlu dipahami terlebih dahulu apa yang dimaksud dengan ilmu itu.

Ilmu secara etimologi berasal dari bahasa Latin "*scientia*" yang berarti "pengetahuan", adalah sebuah upaya untuk membangun pengetahuan dalam bentuk penjelasan yang teruji dan dapat diprediksikan tentang dunia.<sup>311</sup>

Menurut Arief Sidharta, istilah ilmu menyanggah dua makna, yakni sebagai produk dan sebagai proses. Sebagai produk, ilmu adalah pengetahuan yang terkaji kebenarannya dalam bidang tertentu dan tersusun dalam suatu sistem. Sedangkan sebagai proses, istilah ilmu menunjuk pada kegiatan akal budi manusia untuk memperoleh pengetahuan dalam bidang tertentu secara bertatapan atau sistematis.<sup>312</sup>

C.A. Van Peursen mengemukakan ciri-ciri ilmu dan dunia pra-ilmiah sebagai berikut; 1.) Ilmu hanya semata-mata memaparkan dan menjelaskan, hanya berurusan dengan fakta-fakta saja; sedangkan pengalaman sehari-hari lebih bermuatan nilai-nilai, tidak hanya memaparkan melainkan menilai dan memberikan pedoman-pedoman dalam sisi kesusilaan; 2.) Ilmu bertolak dari teori, sedangkan pemikiran non-ilmiah (di luar ilmu) bertolak dari "prasangka-prasangka" – mitos, gambaran dunia religius, ideologi. 3.) Ilmu adalah obyektif, pengalaman sehari-hari lebih banyak subyektif, di dalamnya emosionalitas memainkan peranan yang besar. 4) Ilmu lebih terarah pada abstraksi; pendekatan yang tidak ilmiah terhadap kenyataan adalah jauh lebih konkret, sehingga hal ini terikat kultur, sedangkan ilmu adalah universal.<sup>313</sup>

Ciri-ciri ilmu "ketat" (*rigorous*) yang disusun oleh Van Peursen tampak lebih dekat dengan perspektif Ilmu-Ilmu Alam. Pada abad ke-19, apa yang disebut ilmu masih terbatas pada cabang-cabang studi yang berkaitan dengan fenomena alam semesta. Selama abad ke-19, kata "ilmu" menjadi semakin berhubungan dengan studi disiplin Ilmu-ilmu Alam termasuk fisika, geologi kimia, dan biologi. Perbedaan ilmu dan non-ilmu dinilai berdasarkan apakah suatu ilmu menggunakan metode ilmiah atau tidak. Hanya ilmu-ilmu yang menggunakan metode ilmiah saja yang produknya digolongkan kebenaran ilmiah. Metode ilmiah merupakan suatu kriteria yang memilah antara kebenaran sains dan non-sains. Kebenaran sains, menurut penganut

<sup>311</sup> Karl Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (2nd English ed.). New York, NY: Routledge Classics, 2002, hal. 3.

<sup>312</sup> Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar Maju, hal. 104.

<sup>313</sup> C.A. van Peursen, *Filsafa Ilmu (Filosofie van de Wetenschappen)*, Diterjemahkan oleh Arief Sidharta, Pusat Kajian Humaniora Universitas Katolik Parahyangan, 2005, hal. 6.

Positivis, adalah kebenaran yang diperoleh melalui metode verifikasi di bawah kondisi-kondisi yang terkontrol secara ketat. Hal ini yang menyebabkan ilmu mengklaim dirinya ilmiah-obyektif dan meninggalkan studi tentang pemikiran manusia dan masyarakat.

Ilmuwan, Max Born, justru meragukan bahwa ilmu selalu obyektif. Born yang juga fisikawan justru menunjukkan bahwa semua pengetahuan, termasuk Ilmu Alam dan Ilmu Sosial, adalah subyektif. Born mengatakan: "*Thus it dawned upon me that fundamentally everything is subjective, everything without exception. That was a shock.*" (Oleh karena itu menyadarkan saya bahwa pada dasarnya segala sesuatu adalah subyektif, segala sesuatu tanpa terkecuali. Itu mengejutkan.)<sup>314</sup>

Disadari atau tidak, keabsahan kebenaran sains atau ilmiah menjadi ideologis tatkala ia merasa memiliki keistimewaan atas kebenaran-kebenaran non-sains. Kalangan Posmodernisme mengkritisi dikotomi ilmiah (paling benar dan pasti) dan pra-ilmiah (mitos, prasangka) dengan mengatakan;

*"The Enlightenment claimed to have replaced the authority of tradition and of prejudice, with the allegedly eternal protocols of reason, that stand outside history. But, according to Gadamer, the hostility to prejudice is itself rooted in the prejudice of rationalism. The universality of reason is the greatest prejudice of the Enlightenment. Reason itself concrete, historical, what is accepted as reasonable within a particular (linguistic) tradition... But, this rehabilitation of prejudice and tradition is not, for Gadamer, an apologia for the univocal power of the past..."*<sup>315</sup>

Cara pandang ilmuwan terhadap ilmu ternyata berbeda-beda. Ada yang mencirikan ilmu itu obyektif, adapula yang berpendapat ilmu bukan suatu yang obyektif. Klaim netralitas dan obyektivitas ilmu mendapat tantangan justru dari kalangan Fisika yang selama ini mengklaim dirinya sebagai ilmu yang paling pasti. Karena keterbatasannya, ahli Matematika dan Fisika mulai mengakui bahwa mereka hanya sanggup merumuskan beberapa segi saja dari alam semesta dengan memakai rumus-rumus matematika. Max Born, Einstein, Werner Heisenberg dan para ahli

<sup>314</sup> Max Born, *Natural Philosophy of Cause and Chance* Clarendon, Oxford, 1949; 1965, hal. 162.

<sup>315</sup> Costaz Douzinas, at.all. *Postmodern Jurisprudence*, Routledge, 1991, hal 34. Posmodernisme sebagai kritik terhadap modernisme dan keluar dari tradisi enlightenment yang positivistik. Meski beraneka warna, filsafat bernapaskan posmodernisme bersatu dalam penolakan "cerita-cerita besar" (*grand narrative*), menolak pemikiran dikotomis (*binary opposition*), menolak totalisasi dan obyektivitas ilmu pengetahuan. Penekanan posmodernisme pada right of different (hak untuk berbeda) sehingga tidak ada kebenaran tunggal (yang ada adalah "kebenaran dan kebenaran"). Dengan gaya dekonstruksinya, posmodernisme memutus (*discontinuity*) klaim kebenaran tunggal beserta seluruh rasionalitas yang membenarkannya.

fisika kuantum menemukan bahwa di dunia atom sebab dan akibat tidak terpaat secara mekanis, bahwa satu sebab dapat mempunyai akibat lebih dari satu, yang masing-masing ditentukan oleh kemungkinan: bahwa tak seorang pun mampu meramalkan akan terjadinya suatu rangkaian peristiwa sesudah suatu peristiwa yang lain, kecuali sebagai kemungkinan yang dapat dihitung-hitung.

### 3.2. Apakah *Jurisprudence* itu Ilmu atau Bukan?

Kalangan yang meragukan *jurisprudence* sebagai ilmu karena hukum mencari kebenaran melalui metode pertikaian (*adversary method*) di pengadilan, bukan melalui riset ilmiah.<sup>316</sup> Kebenaran dalam hukum pun dapat berubah dari waktu ke waktu.

Pertanyaan “apakah Ilmu Hukum itu ilmu atau bukan” sebenarnya merupakan perdebatan lama, yang menonjol adalah perdebatan pemikir hukum Belanda yang berpengaruh, yakni Scholten dan Langemeijer. Scholten berpendapat bahwa metode ilmiah bidang ilmu hukum (*rechtswetenschappelijke methode*) dicirikan oleh tuntutan-tuntutan yang menyanggah suatu karakter ilmiah tipikal: dalam pengolahan yang dilakukannya atas hukum positif (undang-undang, putusan peradilan, doktrin) ilmuwan hukum berupaya mencapai obyektivitas (hal mengambil semua bahan-bahan terberi yang relevan ke dalam peninjauan, penelaahan, pembahasannya) berupaya mencapai kesatuan (hal menghindari pertentangan langsung, upaya mencari koherensi internal) dan berupaya mencari kesederhanaan (dengan bersaranakan suatu pembentukan pengertian yang sepadat mungkin). Walaupun Ilmu Hukum itu juga, bahkan terutama, merupakan suatu “ars” (seni), suatu kemahiran, ia tidak keliru menyanggah namanya itu.<sup>317</sup>

<sup>316</sup> Peter Ladefoged, ‘menyatakan bahwa hukum bukan ilmu dalam,’ The Law is Not Science: The Validity of Voice Identification.” Keraguan Ladefoged itu dari hasil risetnya tentang bagaimana peranan saksi ahli dan hakim dalam pengadilan dengan mengatakan, “*Sometimes expert opinion has evidential value, and sometimes it does not. Judges often have to make rulings about whether a given recording is acceptable as evidence, unfortunately there is no scientific data on which they can base their rulings because every case is different... It's not science, but it's the law.*” (terjemahan bebasnya: Kadang-kadang pendapat ahli memiliki nilai bukti, dan kadang-kadang tidak. Hakim seringkali harus membuat keputusan tentang apakah sebuah rekaman yang diberikan dapat diterima sebagai bukti, sayangnya tidak ada data ilmiah yang mereka dapat mendasarkan keputusan mereka karena setiap kasus berbeda... Ini bukan ilmu, tapi hukum.” Lihat, Peter Ladefoged, The Law is Not Science: The Validity of Voice Identification, disampaikan dalam 146th ASA Meeting, Austin, TX, November 2003. Lihat. <http://www.acoustics.org/press/146th/Ladefoged.htm>

<sup>317</sup> Visser't Hooft, Filsafat Ilmu Hukum (Filosofie van de Rechtswetenschap), Diterjemahkan oleh Arief Sidharta, Bandung: Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2009, hal. 24 -26.

Namun Lengemeijer dalam karyanya berjudul "*Inleiding tot de wijsbegeerte des rechts*" meragukan sifat keilmuan dari Ilmu Hukum. Legemeijer meletakkan titik-berat pada ihwal bahwa Ilmu Hukum itu beroperasi dengan berbagai bahan terberi yang sangat berbeda-beda ("deduksi dogmatikal dari tatanan undang-undang, mendalami kekuatan-kekuatan penggerak yang telah berpengaruh pada sejarah undang-undang, hal menentukan tradisi sebelum penetapan undang-undang, hal memperhitungkan dampak praktikal dari berbagai putusan ...") dan bahwa akhirnya dari keseluruhan bahan-bahan terberi yang bermacam-ragam yang dengan metode-metode tersebut dikumpulkan (dikompilasi) harus ditarik kesimpulan akhir "dengan penilaian tentang baik dan buruk". Penilaian akhir Legemeijer,<sup>318</sup>

"Apakah kegiatan ini layak dinamakan 'ilmu', orang dapat meragukannya Saya akan menjawab tidak. Menurut pendapat saya, kegiatan yuris, baik yang teoritikal maupun praktikal, tidak dapat diletakkan pada satu garis (tidak dapat dibandingkan atau disamakan) dengan kegiatan manusiawi lainnya. Ia adalah bukan ilmu, sebab apa yang dicarinya adalah sesuatu yang lain ketimbang kebenaran, bukan seni, sebab ia tidak berupaya mencapai keindahan dan diarahkan pada pemuasan kepentingan-kepentingan manusia yang tidak amat idiil, juga bukan teknik, karena ia adalah lebih ketimbang sekedar penerapan dari bahan-bahan terberi yang sudah pasti dan juga tujuannya, yang terhadapnya ia dapat dimanfaatkan, tidak bebas dari penilaian ulang"

Jika ilmu dimaknai secara ketat (*rigorous*) sebagaimana dalam fisika, kimia, dan biologi, maka hukum tidak bisa dikategorikan ilmu. Namun, jika hukum dipahami dalam pengertian ilmu yang "luas" maka hukum juga bersifat ilmiah. Filsuf hukum Belanda, Visser't Hooft menanggapi perdebatan "apakah Ilmu Hukum itu Ilmu atau bukan" dengan "santai" mengatakan, "Bagi Ilmu Hukum sebagai demikian pengiyaan (afirmasi) atau penyangkalan tentang keilmiahannya adalah tidak relevan, ia dengan tenang melanjutkan kegiatannya."<sup>319</sup>

Jika hukum diandaikan sebagai ilmu, perdebatan belum juga usai, terutama pertanyaan mengenai di mana posisi ilmu hukum itu ?

Ilmu pengetahuan awalnya berkembang dalam dua jalur. Jalur pertama, rasionalisme mengutamakan kemampuan rasio manusia yang menganggap pengetahuan murni dapat diperoleh melalui rasio manusia. Jalur pertama ini dirintis oleh Plato yang menekankan peranan intuisi. Plato beranggapan bahwa pengetahuan

---

<sup>318</sup> Ibid.

<sup>319</sup> Ibid.

sejati adalah pengetahuan tunggal yang tidak berubah-ubah, yaitu pengetahuan yang menangkap idea-idea. Pengetahuan manusia bersifat *a priori* (mendahului pengalaman), sudah melekat pada rasio itu sendiri, maka tugas manusia hanyalah mengingat kembali apa yang menjadi *a priori* di dalam rasionya, yaitu idea-idea. Kebenaran *a priori* adalah kebenaran dari akal budi sehingga dikelompokkan dalam ilmu-ilmu formal. Jalur rasionalitas ini menampakan diri kembali di dalam filsafat modern, yang tampil dalam diri filsuf seperti Rene Descartes, Malebranche, Spinoza, Leibniz, dan Wolff. Mereka beranggapan bahwa pengetahuan sejati dapat diperoleh dalam rasio sendiri dan bersifat *a priori*, yang dihasilkan dari pernyataan-pernyataan logis, analitis, dan matematis.<sup>320</sup> Jalur ini dalam perkembangannya disebut Ilmu Formal.

Pada jalur yang berseberangan, mementingkan peranan pengalaman dan pengamatan empiris terhadap objek pengetahuan karenanya bersifat *a posteriori* (dari apa yang sesudahnya). Pada jalur ini berdiri Aristoteles yang mengutamakan abstraksi. Menurut Aristoteles, pengetahuan sejati adalah hasil pengamatan empiris. Pengetahuan bersifat *a posteriori*, maka tugas manusia adalah mengamati unsur-unsur yang berubah-ubah dan melakukan abstraksi terhadap unsur-unsur itu sehingga dari yang partikular diperoleh yang universal. Kebenaran *a posteriori* adalah kebenaran yang berasal dari pengalaman. Jalur Empirisme ini pada filsafat modern mendapat pengolahan dan pengembangan pemikiran dari Hobbes, Locke, Berkeley, dan Hume yang berdiri di garis ini. Para filsuf ini beranggapan bahwa pengetahuan sejati dapat diperoleh melalui 'evidensi pengamatan inderawi'.<sup>321</sup> Jalur ini dalam perkembangannya disebut Ilmu Empiris.

Ilmu formal dan Ilmu Empirik sebagaimana dipaparkan di atas, termasuk ke dalam Ilmu Teoritikal, yakni ilmu yang ditujukan untuk semata-mata memperoleh pengetahuan ilmiah dalam suatu bidang, yakni pengetahuan yang benar atau yang dapat dipertanggungjawabkan secara rasional. Jadi, tujuan ilmu-ilmu teoritikal adalah untuk memperoleh dan mengubah pengetahuan ilmiah. Produk ilmu-ilmu ini dapat dan dalam kenyataan memang digunakan dalam masyarakat untuk memecahkan

<sup>320</sup> F. Budi Hardiman, *Kritik Ideologi Menyingkap Kepentingan Pengetahuan Bersama Jurgen Habermas*, Buku Baik, 2004, hal. 6.

<sup>321</sup> *Ibid.*, hal. 7

masalah dan meningkatkan kesejahteraan, jadi digunakan di luar ilmu-ilmu itu sendiri. Penerapan Ilmu Teoritikal yang demikian itu disebut Ilmu Teknik dan Teknologi.<sup>322</sup>

Pasangan Ilmu Teoritikal adalah Ilmu Praktikal yang harus dibedakan dari praktik penerapan Ilmu Teoritikal yang dikemukakan tadi. Ilmu Praktikal adalah ilmu yang mempelajari aktivitas penerapan itu sendiri sebagai obyek telaahnya. Penerapan kelompok ilmu ini disebut "ars" dalam bahasa latin yang padanannya keahlian berkeilmuwan atau kemahiran yang dapat dan harus dipertanggungjawabkan secara ilmiah. Ilmu Praktikal bertujuan untuk mengubah keadaan, atau menawarkan penyelesaian terhadap masalah konkret. Termasuk ke dalam kelompok ilmu ini adalah Etika, Teologi, Ilmu Teknik, Ilmu Kedokteran, Ilmu Hukum, Ilmu Manajemen, Ilmu Komunikasi, Polemologi, dan sebagainya. Bagi Ilmu Praktikal dan penerapannya berlaku kaidah moral yang disebut moral keahlian atau etika profesi. Kelompok ilmu ini dalam dinamika kegiatan ilmiahnya terbuka bagi berbagai pengaruh dari luar lingkungan ilmu dan nilai-nilai manusiawi, setidaknya-tidaknya pengaruh tersebut lebih besar ketimbang bagi kelompok Ilmu Teoritikal.<sup>323</sup>

Kembali kepada Ilmu-ilmu Formal dan Ilmu-ilmu Empiris sebagai Ilmu Teoritikal. Dalam perkembangannya, Ilmu-ilmu Formal dan Ilmu-ilmu Empiris dibagi sebagai dalam tabel dibawah ini:<sup>324</sup>

	Ilmu-Ilmu Formal (Rasionalisme)	Ilmu-Ilmu Empiris
Hal-hal yang diteliti	Sistem perhitungan, sistem penalaran	Gejala faktual
Pendekatan kebenaran	Lebih mengutamakan penalaran akal budi (formal, deduktif)	Lebih mengutamakan pengamatan indra (empiris, induktif)
Kebenaran yang dihasilkan	Kebenaran logis (a priori)	Kebenaran empiris (a posteriori)
Ilmu yang termasuk kelompok ini	Logika, Matematika	Ilmu-ilmu alam dan ilmu-ilmu kemanusiaan

<sup>322</sup> Arief Sidharta, Ilmu Hukum Indonesia, Bandung:Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan,2010, hal. 48.

<sup>323</sup> Ibid, hal. 49.

<sup>324</sup> Dimodifikasi dan diolah dari berbagai literatur

--	--	--

Ilmu-ilmu Alam (*Naturwissenschaften*) mempelajari alam semesta dengan segala isinya termasuk manusia sebagai obyek. Kelompok ilmu ini mempelajari aspek-aspek dari kenyataan yang secara langsung dapat ditangkap oleh pancaindera, dengan atau tanpa instrumen. Dalam Ilmu-ilmu Alam, data inderawi (data empirik) itu persis sebagaimana data tersebut secara langsung menampakan diri dan ditangkap oleh pancaindera, dan tidak seperti pada Ilmu-ilmu Kemanusiaan yang mempelajari data inderawi sejauh data tersebut menyatakan sesuatu yang lain. Ciri lain dari kelompok ilmu ini adalah bahwa obyektivitasnya adalah obyektivitas dari data sebagai obyek. Tentang obyek studinya, kelompok ilmu ini mengandaikan berlakunya suatu bentuk *determinisme*, dalam arti bahwa aksi tertentu niscaya menimbulkan reaksi tertentu. Dalam determinisme setiap kejadian selalu memiliki sebab dan akibat. Kejadian di masa kini adalah akibat rangkaian kejadian di masa lalu. Demikian pula kejadian di masa depan adalah akibat rangkaian kejadian di masa kini. Dengan demikian, masa depan bersifat pasti (*determined*) dan dapat diprediksi — asalkan kita mengetahui semua variabel yang berpengaruh. Karena itu, dalam kelompok Ilmu-ilmu Alam dituntut bahwa setiap eksperimen pada prinsipnya harus dapat diulang. Terkait pada sifat ini, adalah ciri lainnya yakni cara kerjanya yang analitik dan bersifat eksak. Dalam kelompok ilmu ini digunakan metode Penjelasan (*erklaren*) yang diarahkan untuk menemukan hubungan atau hukum kausalitas deterministik dalam gejala yang ditelaahnya, yakni keajegan yang niscaya berlaku atau terjadi (*wetmatigheid*) dalam gejala-gejala yang tidak tunduk pada kemauan manusia. Sehubungan dengan metode ini, gejala yang diteliti dipandang sebagai kejadian khusus dari sebuah hukum yang umum. Dalam menerapkan metode ini, dilakukan pengukuran eksak dengan bersaranakan matematika terhadap semua faktor yang berperan dalam gejala yang diteliti. Untuk memperoleh hasil semurni mungkin, maka gejala yang hendak diteliti diisolasi.<sup>325</sup>

Ilmu-ilmu Alam (*Naturwissenschaften*) dan Ilmu-ilmu Kemanusiaan (*Geisteswissenschaften*) yang disatukan dalam kelompok ilmu-ilmu empiris menimbulkan persoalan. Bagaimanapun, penerapan ilmu-ilmu alam pada ilmu-ilmu kemanusiaan seperti memperlakukan manusia sebagai alam ternyata mengandung

---

<sup>325</sup> Arief Shidarta, Ilmu Hukum, Op.Cit., hal. 45-46.

masalah. Ketika obyektivisme diarahkan kepada ilmu-ilmu tentang manusia (*geisteswissenschaften*), tindakan-tindakan manusia yang tidak dapat diprediksi ataupun ditempatkan dalam bingkai 'hukum-hukum alam yang tetap'. Manusia sebagai objek pengetahuan memiliki kekhasan yang tidak dimiliki alam lainnya, seperti manusia memiliki akal budi, perasaan, cita-cita, dan struktur kesadarannya dapat berubah-ubah sesuai dengan ruang dan waktu.

Beberapa pemikir kemudian berusaha membedakan ilmu-ilmu kemanusiaan dengan ilmu-ilmu alam dengan memberi pendasaran metodologis baru. Usaha memisahkan ilmu-ilmu kemanusiaan dari ilmu-ilmu alam berlangsung dalam perdebatan yang cukup panas dan disebut perdebatan tentang metode (*methodenstreit*).<sup>326</sup> Pada peralihan abad menuju abad ke-20, ketika Positivisme bergerak menuju puncaknya Wilhelm Dilthey merefleksikan secara mendalam ilmu-ilmu budaya dengan maksud meletakkan landasan filosofis yang kokoh untuk kelompok ilmu yang ia sebut Ilmu-ilmu Kemanusiaan (*Geisteswissenschaften*) untuk membedakan sekaligus menyetarakan dengan Ilmu-ilmu Alam (*Naturwissenschaften*). Pada mulanya Dilthey membedakan kedua kelompok ini berdasarkan obyek penelitiannya. Kelompok Ilmu-ilmu Alam (*Naturwissenschaften*) mengkaji dunia fisik sedangkan Ilmu-ilmu Budaya mengkaji dunia manusia dalam pengertian konteks kehidupan. Kemudian ia menyadari bahwa pembatasan pada wilayah obyek tidak mencukupi, fisiologi juga menangani manusia tetapi bukan merupakan bagian Ilmu-ilmu Budaya.<sup>327</sup>

<sup>326</sup> Adorno, *The Positivist Dispute in German Sociology*, New York, Harper & Row Publisher, 1976, hal. Xv-xviii. Lihat juga Fransisco Budi Hardiman, *Ibid.*, hal. 13

<sup>327</sup> Dilthey melihat perbedaan antara kedua kelompok tersebut tidak dapat dipandang sebagai perbedaan ontologis tetapi epistemologis. Epistemologi Dilthey berhubungan dengan upaya memperjuangkan pemikiran transendental kedalam syarat kemungkinan pengetahuan historis dengan mencontoh *Kritik Rasio Murni* Kant. Bagaimanapun sebagai anak zamannya, Dilthey tetap tidak dapat melepaskan diri dari upaya mengejar obyektivitas seperti dipahami Ilmu-ilmu Alam. Dengan mereduksi hubungan antara penghayatan, ekspresi, dan pemahaman pada struktur dunia-kehidupan secara transendental Dilthey mereduksi pengetahuan pada kutub transendental dan jatuh pada obyektivisme. Lihat, Karlina Supeli, *Pengantar Filsafat Ilmu*, Makalah Kuliah STF Driyarkara, 2009, hal. 1-4.

Perbedaan Ilmu-ilmu Alam dan Kemanusiaan<sup>328</sup>

	Ilmu-Ilmu Alam	Ilmu-ilmu kemanusiaan
Hal-hal yang diteliti	Gejala faktual berupa realitas fisik alam semesta	Gejala faktual berupa kompleksitas manusia secara keseluruhan
Cara kerja	Menerangkan (erklaren)	Memahami (verstehen)
Tingkat objektivitas	Menuntut objektivitas yang sangat tinggi	Intersubyektivitas
Reaksi terhadap penelitian	menyelidiki gejala-gejala pengalaman yang dapat diulangi terus-menerus dengan hasil spesifik yang sama (menghasilkan 'hukum-hukum').	Menyelidiki peristiwa-peristiwa individual dan unik yang sekali terjadi (menghasilkan 'nilai')
Ilmu yang termasuk kelompok ini	Biologi (botani, zoologi, antropologi, entomologi) dan ilmu-ilmu alam (ilmu fisika, ilmu kimia, astronomi, geologi	Ilmu sosial, ilmu sejarah, ilmu bahasa, (ilmu hukum?) <sup>329</sup>

Akan tetapi, tidak semua ilmuwan setuju pemisahan secara ketat antara Ilmu-ilmu Alam dengan Ilmu-ilmu Humaniora. Wilson, misalnya, menolak pemisahan yang ketat kedua bidang ilmu tersebut. Pemisahan yang ketat akan menyebabkan pendangkalan dalam masing-masing bidang ilmu itu.<sup>330</sup>

Dalam pemetaan ilmu-ilmu itu, Ilmu Hukum berada di mana ? Bernard L. Tanya mengelompokan Ilmu-Ilmu Hukum merupakan bagian dari Ilmu Humaniora (Ilmu-ilmu kemanusiaan). Sebagai bagian dari Ilmu Humaniora, maka Ilmu Hukum harus tunduk pada 'sistem pemikiran' Ilmu Humaniora: berporos pada manusia sebagai subyek budaya --- pencipta sekaligus pasien kebudayaan ciptaannya. Itu berarti, hukum, selain harus dilihat sebagai wujud maksud-maksud manusiawi --- yang hanya bisa dipahami dalam kerangka motif, ideal, dan keprihatinan pencipta dan

<sup>328</sup> Dimodifikasi dan diolah dari berbagai literatur.

<sup>329</sup> Tanda tanya sebagai simbol masih dalam perdebatan.

<sup>330</sup> Edward Wilson, *Consilience (The Unity of Knowledge)*, New York: Alfred A. Knopf, 1998.

penggunanya. Mempelajari hukum sebagai titik tolak dari manusia sebagai subyeknya.<sup>331</sup> Meletakkan hukum sebagai Ilmu Humaniora melihat hukum sebagai pergulatan manusia dalam mencari dan memperoleh keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, bukan peraturan hukum itu sendiri. Hukum bukan untuk hukum, melainkan untuk (kebahagiaan, kesejahteraan) manusia.<sup>332</sup>

Pada garis yang berseberangan, Philipus M. Hadjon dan Peter Mahmud Marzuki, meletakkan Ilmu Hukum sebagai sesuatu yang bersifat 'sui generis'. Ilmu hukum disebut 'sui generis' artinya tidak ada bentuk ilmu yang dapat dibandingkan dengan Ilmu Hukum. Philipus M. Hadjon meletakkan Ilmu Hukum sebagai 'sui generis' karena Ilmu Hukum memiliki "karakter normatif ilmu hukum, terminologi ilmu hukum, jenis ilmu hukum dan lapisan ilmu hukum" yang tidak dimiliki oleh ilmu-ilmu lain. Sebagaimana pemikiran Philipus M. Hadjon yang mendudukan Ilmu Hukum sebagai 'sui generis', Peter Mahmud Marzuki menegaskan Ilmu Hukum tidak bisa diklasifikasikan ke dalam Ilmu Sosial maupun Ilmu Humaniora, sebagaimana dinyatakan dalam tulisannya:

"Oleh karena ilmu hukum merupakan merupakan studi tentang hukum, ilmu hukum tidak dapat diklasifikasikan ke dalam ilmu sosial yang bidang kajiannya kebenaran empiris. Ilmu sosial tidak memberi ruang untuk menciptakan konsep hukum. Studi-studi sosial hanya berkaitan dengan implementasi konsep hukum dan acapkali hanya memberi perhatian terhadap kepatuhan individu terhadap aturan hukum. Tidak berbeda dengan halnya dengan humaniora. Humaniora tidak memberikan tempat untuk mempelajari hukum sebagai aturan tingkah laku sosial. Dalam studi humaniora, hukum dipelajari dalam kaitannya dengan etika dan moralitas... Oleh karena itu tidaklah tepat mengklasifikasi Ilmu Hukum ke dalam Ilmu Sosial maupun Ilmu Humaniora."<sup>333</sup>

<sup>331</sup> BernaBernard L. Tanya, *Beban Budaya Lokal Menghadapi Huku Negara; Analisis Budaya atas Kesulitan Sosio-Kultural Orang Sabu Menghadapi Regulasi Negara*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2000, hal. 4.

<sup>332</sup> Satjpto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, Jakarta: Uki Press, 2006.

<sup>333</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, 2008, hal. 27 – 34. Menurut peneliti, pandangan Ilmu Hukum sebagai 'sui generis' di atas sebetulnya lebih pada klaim ontologis ketimbang sebuah argumentasi epistemologis dan metodologis. Karena Ilmu Hukum Normatif tidak turun dari ruang hampa, seharusnya dijelaskan bagaimana historisitas diskursif (bagaimana asal usul Ilmu Hukum hingga bagaimana 'perpisahan' dengan ilmu lain) menyebabkan ia (Ilmu Hukum) menjadi ilmu yang tersendiri (*sui generis*). Namun bila hanya mengatakan ilmu hukum itu berbeda dengan ilmu yang lain, sama halnya dengan mengatakan bahwa warna abu-abu, dinamakan demikian karena dia berbeda dengan hitam atau putih. Padahal bisa saja abu-abu merupakan kombinasi antara hitam dan putih. Dengan mengatakan warna itu adalah abu-abu dengan alasan tidak suka hitam dan putih, maka penyebutan warna abu-abu tidak memiliki signifikansi apapun. Sama halnya dengan menyebut Ilmu Hukum adalah *sui generis* karena tidak menyukai Ilmu-Ilmu Sosial, maka tidak mempunyai signifikansi apapun.

Sementara Arief Sidharta mencoba menjernihkan dengan terlebih dahulu mengklasifikasi ilmu-ilmu ke dalam dua kelompok besar, yakni Ilmu Teoritikal dan Ilmu Praktikal.<sup>334</sup> Arief Sidharta meletakkan Ilmu Hukum dalam Ilmu-ilmu Praktis atau Praktikal. Ilmu-ilmu Praktis ini kemudian dibedakan menjadi dua kelompok, yaitu ilmu Praktis Nomologis dan Ilmu Praktis Normologis. Ilmu Praktis Nomologis berusaha memperoleh pengetahuan berdasarkan asas kausalitas-deterministik. Dalam Ilmu Praktis Nomologis berlaku rumus, "Jika A (ada atau terjadi) maka B (ada atau terjadi). Arief Sidharta menunjuk Ilmu Kedokteran sebagai contoh ilmu praktis nomologis.

Ilmu Praktis Normologis, sebaliknya tidak berupaya menemukan hubungan kausalitas, melainkan bertumpu kepada asas imputasi (menautkan tanggung jawab/kewajiban) kepada subyek tertentu dalam situasi peristiwa atau keadaan tertentu. Berdasarkan imputasi berlaku, "jika A (terjadi atau ada), maka seyogyanya B (terjadi).

Arief Sidharta menempatkan Ilmu Hukum masuk dalam jajaran Kelompok Ilmu Praktis-Normologis. Ilmu hukum adalah ilmu praktikal yang berarti ilmu yang secara langsung mempelajari cara menemukan dan menawarkan penyelesaian terhadap masalah konkret, yang dalam kegiatan pengembanannya berkonvergensi semua produk-produk ilmu-ilmu lain yang relevan untuk menetapkan proposisi hukum yang akan ditawarkan sebagai putusan untuk penyelesaian masalah konkret yang dihadapi. Ilmu-ilmu praktis membutuhkan evaluasi terus-menerus dari kenyataan-kenyataan sosial. Realitas sosial ini adalah realitas yang kaya dengan nilai-nilai, maka menghindarkan ilmu hukum dari nilai-nilai adalah "menghianati" posisi ilmu praktis yang diembannya. Karena itu, meskipun obyek telaahnya adalah tata hukum positif, menurut Arief Sidharta, agar produknya selalu kontekstual dan mendekati keadilan, maka dalam pengembanannya Ilmu Hukum harus melibatkan Sosiologi Hukum, Sejarah Hukum, dan Filsafat Hukum.<sup>335</sup>

<sup>334</sup> Ilmu Teoritikal bertujuan untuk memperoleh dan mengubah pengetahuan, dan Ilmu Praktikal mengubah keadaan. Arief Sidharta, *Konsep Ilmu*, Makalah Lepas, Tanpa Tahun, hal. 19.

<sup>335</sup> Arief Sidharta, *Refleksi Struktur Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar Maju, hal. 1999. Lihat juga, Arief Sidharta, *Ilmu, Teori, Filsafat Hukum*, Makalah lepas, tanpa tahun, hal. 1-3.

### Skema Klasifikasi Ilmu-ilmu

A. Filsafat (refleksi abstrak-spekulatif atas realitas sebagai keseluruhan atau tentang eksistensi manusia), obyeknya: realitas sebagai keseluruhan

B. Ilmu-ilmu positif : (aspek realitas tertentu)

i. Ilmu Formal : 1. Logika  
2. Matematika  
3. Teori Sistem

*interpretasi*

Ilmu-ilmu  
Teoretikal

ii. Ilmu Empirik : 1. Ilmu-ilmu Alam  
a. Biologi  
b. Non-Biologi  
2. Ilmu-ilmu Manusia  
a. Ilmu-ilmu Sosial  
b. Ilmu-ilmu Sejarah  
c. Ilmu-ilmu Bahasa

*diimplimentasi &  
berkonvergensi  
ke dalam*

bertujuan  
hanya untuk  
memperoleh  
pengetahuan  
yang benar  
tentang suatu  
aspek realitas

iii. Ilmu-ilmu Praktikal :

1. Nomologikal : a. Biologi : Ilmu Kedokteran  
(Jika A, maka B) b. Non-Biologi : b.1. Teknik  
b.2. Teknologi

2. Normologikal : a. Otoritatif : Ilmu Hukum  
(Jika A, seyogianya B) b. Non-Otoritatif : Etika, Pedagogi, Manajemen,  
dsb.<sup>336</sup>

(Skema dibuat oleh Arief Sidharta)

<sup>336</sup> Arief Sidharta, Ibid., Arief Sidharta tidak menjelaskan secara eksplisit Ilmu Hukum masuk dalam bagian Humaniora ataupun menjadi ilmu tersendiri ("sui generis"). Namun dalam "Konsep Ilmu" Arief Sidharta, secara implisit bahwa Ilmu Hukum, seperti juga Ilmu Kedokteran, menempati kedudukan istimewa, karena berhubungan dengan manusia dan masyarakat (kehidupan sehari-hari manusia). Lihat, Arief Sidharta, Konsep Ilmu, Op.Cit., hal. 20.

#### 4. Ilmu Sosial dan Ilmu Hukum: Benarkah sama sekali Terpisah ?

Jika Ilmu Hukum didudukan dalam Ilmu-ilmu Praktis berarti ia membutuhkan evaluasi terus-menerus dari kenyataan-kenyataan sosial. Realitas sosial ini adalah realitas yang kaya dengan nilai-nilai, maka menghindarkan ilmu hukum dari nilai-nilai (bebas nilai) adalah “menghianati” posisi ilmu praktis yang diembannya. Karena itu, meskipun obyek telaahnya adalah tata hukum positif, Ilmu Hukum tetap memerlukan kerjasama dengan ranah ilmu lain.

Filsuf Jurgen Habermas hingga Richard Posner telah memprediksikan bahwa krisis dalam kultur hukum modern akan mendorong pengadilan memberikan peranan pada ilmu-ilmu sosial yang lebih penting dalam formasi putusan hakim jika peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi tidak dapat menyediakan jawaban terhadap permasalahan hukum.<sup>337</sup> Hakim James B. McMillan, sependapat tentang peranan ilmu sosial dalam hukum dengan mengatakan, “*Social science ... is entitled to a respected place in the halls of justice. The Study of people and their problems is a natural prerequisite of the legal decision of problem among people*”.<sup>338</sup>

Permasalahannya, tidak mudah bagi pengadilan menerima ide untuk menggunakan begitu saja ilmu sosial dalam menyelesaikan perkara. Terlebih lagi, antara ilmu hukum dan ilmu sosial terjadi semacam “*the clash of cultures*” sebagaimana diperdebatkan Donald Bersoff, Patrick Driessen, David Faigman, Valerie Hans, Edward Imwinkelried, Contance Lindman, Frank MacHovec, John Monahan, Laurens Walker, dan Alexander Tandford.<sup>339</sup> Praktisi hukum dan ilmuwan sosial seperti individu-individu dari kultur profesi yang berbeda sehingga tidak bisa saling berkomunikasi secara efektif. Ada semacam garis demarkasi yang bermain di wilayah diskursif, yang mendikotomikan antara ilmu hukum dan ilmu sosial sebagai berikut;

- hukum memproduksi “*idiographic knowledge*” sementara ilmu pengetahuan sosial memproduksi “*nomothetic knowledge*”.<sup>340</sup>
- Penemuan hukum didasarkan pada kepastian dan absen dari keraguan sedangkan ilmu sosial didasarkan pada kemungkinan dan generalisasi.<sup>341</sup>

<sup>337</sup> Rosemary J. Erickson dan Rita J. Simon, *The Use of Social Science Data in Supreme Court Decisions*, University of Illinois Press, 1998, hal. 5.

<sup>338</sup> McMillan, James B, *Social Science and The District Court: The Observations of a Journeyman Trial Judge*, Law and Contemporary Problems 39 (1) hal. 157 – 163.

<sup>339</sup> Rosemary J. Erickson dan Rita J. Simon, *Op.Cit*, hal 5-6.

<sup>340</sup> Russel A. Jones, *Research Methods in the Social and Behavioral Sciences*, Sunderland, Mass: Sinauer Associations, 1985.

- Hukum bersifat normatif dan preskriptif, menjelaskan bagaimana seharusnya orang berperilaku (*how people should behave and ought to be*), sedangkan ilmu sosial bersifat deskriptif, berusaha tidak menilai, menjelaskan bagaimana orang berperilaku (*how people do behave*).<sup>342</sup>
- Hukum cenderung tertutup, sedangkan ilmu sosial terbuka dan proses yang terus-menerus membuka kemungkinan revisi bagi penemuan-penemuan berikutnya.<sup>343</sup>

Di samping perbedaan-perbedaan mendasar antara dua kultur (ilmu hukum dan ilmu sosial) tersebut, terdapat perbedaan metode dalam pencarian kebenaran. Hukum mencari kebenaran melalui metode pertikaian (*adversary method*) di pengadilan, sedangkan ilmu sosial melakukan pembuktian kebenaran melalui riset ilmiah. Sebagian ilmuwan sosial ‘alergi’ dengan pendekatan hukum. Mereka berpendapat, apabila dua bidang ilmu ini bekerja sama dikhawatirkan ‘*adversary method*’ yang lazim digunakan dalam praktik hukum di pengadilan mencemari dan merusak ilmu sosial. Sebagaimana Constance Lindman dengan cemas menyatakan, “*evidentiary value of social science evidence can be distorted by the adversary process*.”<sup>344</sup>

Sebaliknya, ilmuwan hukum juga mencemaskan apabila hukum bekerja sama dengan ilmu sosial akan mencemari kemurnian hukum itu sendiri. Hans Kelsen dalam “*The Pure Theory of Law*” (sebagaimana dalam Bab II) mengajarkan hukum tidak boleh terkontaminasi elemen-elemen asing (non hukum). Sementara secara tegas, Peter Mahmud Marzuki menganggap masuknya ilmu-ilmu sosial ke wilayah ilmu hukum sebagai “bencana”.<sup>345</sup>

<sup>341</sup> Patrick A. Driessen, *The Wedding of Social Science and the Courts: Is the Marriage Working ?*, *Social Science Quarterly* 64, 1983, hal. 476-493.

<sup>342</sup> Max Weber sebagaimana dikutip dan didiskusikan Lewis Coser dalam “Master of Sociological Thought” beranggapan bahwa ilmu empiris tidak dapat menasihati orang apa yang seharusnya mereka lakukan. Lihat, Lewis Coser, *Master of Sociological Thought*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1997.

<sup>343</sup> Frank MacHovec sebagaimana dikutip Rosemary J. Erickson dan Rita J. Simon, membedakan, “law is a limited, closed system, seeking a decision one way or the other while science is a continues process ... and therefore more of an open system.” Rosemary J. Erickson dan Rita J. Simon, *Ibid*.

<sup>344</sup> Constance R. Lindman, *Source of Judicial Distrust of Social Science Evidence: A Comparison of Social Science and Jurisprudence*, *Indiana Law Journal* 64, 1989, hal. 755-768.

<sup>345</sup> Lihat, Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Penerbit Kencana, 2005.

“*The clash of cultures*” antara ilmu hukum dan ilmu sosial mengandaikan “air dan minyak”, seolah dua bidang ilmu tidak dapat bekerja sama, meskipun asumsi-asumsi esoterik itu bisa diterobos dengan argumentasi;

*Pertama*, hukum yang paling formal sekalipun, ia tetap harus berpijak pada basis sosialnya (masyarakat). Karena itu, hukum membutuhkan evaluasi terus-menerus dari kenyataan sosial. Menjauhkan hukum dari ilmu sosial, bukankah sama dengan “menghianati” hukum (sebagai ilmu praktis-normologis) yang dalam kenyataannya bekerja untuk dan di dalam masyarakat ?

*Kedua*, bukti keterikatan hukum pada kenyataan sosial adalah pengadilan di mana hakim harus memeriksa fakta-fakta sebelum menjatuhkan putusannya. Di dalam amar putusannya, hakim memberikan pertimbangan-pertimbangan secara khusus mengenai fakta-faktanya untuk kemudian disusul dengan pertimbangan mengenai hukumnya.

*Ketiga*, proses-proses hukum tidak dilihat sebagai suatu peristiwa yang mengalami insulasi, yakni hanya melihat kejadian itu sebagai suatu perjalanan penerapan atau penafsiran peraturan-peraturan hukum saja, melainkan ia sebagai proses terwujudnya tujuan-tujuan sosial di dalam hukum. Maka, yang tengah berlangsung di situ adalah juga suatu proses *interchange* dari kekuatan-kekuatan serta sektor-sektor kehidupan di dalam masyarakat. Pengadilan, misalnya, hanya salah satu mata rantai dari suatu proses sosial yang lebih besar. Lembaga pengadilan tidak berdiri sendiri secara otonom dengan cara menetapkan menurut pendapatnya sendiri apa yang merupakan hukum, melainkan ia sesungguhnya melakukan sebagian saja dari suatu rangkaian proses yang panjang. Pengadilan itu sesungguhnya menerima *input*-nya dari bidang-bidang atau sektor-sektor kehidupan lain di dalam masyarakat, seperti politik, ekonomi, dan sebagainya. Demikian pula, maka output yang dihasilkannya harus memperoleh tempatnya di dalam masyarakat.<sup>346</sup>

*Keempat*, terlebih lagi, hukum positif itu tidak pernah lengkap (dan tidak mungkin lengkap) mengatasi, melingkupi, dan mengantisipasi persoalan di masyarakat. Karena itu, Ilmu Hukum (sebagaimana ilmu lain) tidak mungkin esoterik, melainkan perlu bekerja sama dengan ranah ilmu lain. Hukum tentu seharusnya tidak hanya

---

<sup>346</sup> Satjipto Rahardjo, Pemanfaatan Ilmu-Ilmu Sosial bagi Pengembangan Ilmu Hukum, Genta Publishing, 2010, hal. 18-19.

berhubungan dan bekerjasama dengan ilmu sosial, tetapi juga dengan bidang lain seperti ilmu kedokteran, psikologi, fisika, kimia dan sebagainya.<sup>347</sup>

## 5. Refleksi : Meragukan Esensialisme dan Kebenaran Tunggal

Kalau kita sepakat mendudukan hukum sebagai obyek ilmu, maka ia harus diandaikan tidak akan pernah mengalami stagnasi, sebagaimana disampaikan oleh ilmuwan hukum Belanda, Kees Waaldijk; *"Science is about increasing the body of knowledge. Unanswered questions get answers; and answers get falsified or not. Legal science should not be an exception. Scholarly legal research should aim and succeed at yielding new knowledge."*<sup>348</sup>

Permasalahannya, fakultas-fakultas hukum di Indonesia memperlakukan ilmu dan metodologi layaknya ideologi atau bahkan seperti "agama". Karena membeku menjadi 'keyakinan', perkembangan Ilmu Hukum stagnan, karena cenderung esoterik, tidak membuka diri untuk saling bekerja sama, bahkan saling mengucilkan. Sejauh ini, dalam konsep paradigmatisnya, konsep hukum tidak tunggal. Para penganut Hukum Kodrat mengatakan bahwa hukum itu suatu norma di alam ide (normatif) tentang keadilan, kebaikan, dan keindahan (*law as ought to be*). Pada garis yang berseberangan, kaum Formalis (Legisme) membatasi pengertian hukum yang dirumuskan dalam hukum positif (*law is written in the books*). Dalam perkembangannya, sekalipun Ilmu Hukum diklaim sebagai suatu ilmu *sui generis* (hanya sebagai ilmunya para yuris profesional), akan tetapi, tidak mungkin menutup dirinya dari kajian-kajian apa yang disebut *the social significance of law*, maka para Sosiolog Hukum mengembangkan kajian *law as it is in society*.

Mengkaji hukum hanya dari sisi normatifnya tentu tidak bisa melihat hukum senyatanya. Terlebih lagi, kesenjangan *das sollen* dan *das sein* di Indonesia begitu

<sup>347</sup> Hukum bisa saja mengklaim dirinya sebagai monodisipliner dan menutup kerja sama dengan bidang ilmu lain. Tetapi kenyataannya, ia tidak bisa bekerja sendirian. Kasus Munir, misalnya, tanpa kerja sama dengan ilmu kedokteran mustahil akan diketahui apa penyebab kematiannya. Dengan bantuan ilmu kedokteran dan kimia ditemukan barang bukti 460 miligram arsenik. Dengan ilmu kedokteran dan kimia pula, bisa diketahui kapan ia diracun, apakah saat berangkat di bandara Soekarno Hatta, transit di bandara Singapura, atau setelah pesawat lepas landas dari bandara Singapura menuju Amsterdam sehingga penyelidikan bisa dikembangkan untuk mengetahui siapa pelakunya. Lalu, masih mungkinkah hukum dan ilmu hukum sebagai monodisipliner ?

<sup>348</sup> Kees Waaldijk, *The Character of Scholarly Legal Research: Paradigms, Problems, Questions, Hypotheses, Sources, Methods*, Leiden, Makalah Kursus untuk PhD. Research, 13 Oktober 2010 di Leiden Law School - Universiteit Leiden, hal 1.

tajam, hukum tidak selalu linear dari apa yang ada dalam kitab undang-undang, melainkan yang berlaku seringkali melenceng dalam praktik. Demikian pula sebaliknya, melihat hukum dari sisi empiris semata, tidak bisa menjelaskan hukum sebagai sistem atau tata norma yang positif, sebab ia hanya berhenti kepada deskripsi gejala-gejala saja. Artinya, aliran-aliran hukum hanyalah potongan-potongan yang tidak utuh, seharusnya saling menyapa, bekerja sama, saling melengkapi, dan tidak saling mengucilkan.

Baik perselisihan paradigma maupun kerjasama dalam berbagai disiplin ilmu (interdisipliner) diperlukan bagi perkembangan Ilmu Hukum. Namun, jika perselisihan membuat para pihak menutup diri dan mengucilkan yang lain karena mengklaim dirinya paling benar merupakan sifat kekanak-kanakan.

Apabila klaim kebenaran ditunggangkan, ia akan sangat mudah berubah menjadi tirani. Dalam ilmu pengetahuan, kebenaran dan kesalahan keduanya adalah wajar-wajar saja, bahkan perlu dalam konstelasi paradigma. Argumentasi yang paling kuat dalam menentang kebenaran ilmiah yang absolut adalah sejarah diskursif, betapa perubahan cepat dalam teori yang sebelumnya dianggap kebenaran ilmiah digugurkan oleh teori 'baru'<sup>349</sup> (bahkan dalam ilmu alam atau eksakta sekalipun). Ketika sebuah teori menggugurkan teori dan metodologi sebelumnya, lalu bagaimana kita bisa yakin bahwa ada teori dan metodologi tunggal ?

Klaim atas kebenaran dan sangkalan atas kebenaran tersebut dalam ranah ilmu pengetahuan adalah masalah biasa, karena disadari ilmu pengetahuan sendiri tidak mampu meraih kebenaran absolut. Perbedaan cara pandang dalam melihat dan memahami kebenaran membuka jalan bagi pluralitas kebenaran. Pluralitas kebenaran harus terus dihidupkan supaya tidak terjebak dalam suatu ide tentang fondasi yang bersifat totaliter. Hanya dengan begitu tuntutan manusia terhadap 'kebenaran' dan 'kebenaran' akan selalu terbuka untuk didiskusikan.

---

<sup>349</sup> Apa yang disebut 'baru' kadang tidak benar-benar baru, bisa saja ia berupa hasil sintesa dan konvergensi.

## BAB IV

### HAKIM dan PENGADILAN: MUNGKIKAH OBYEKTIF?

Kegelisahan yang selalu membayangi epistemologi Ilmu Hukum adalah tentang obyektivisme. Hal ini dapat dilihat polemik antara penganut Formalisme dan Realisme. Penganut Formalisme melihat hukum sebagai otonom, bersifat lengkap, perintah logis, dan menentukan dan percaya bahwa hakim terlibat dalam metode deduksi murni seperti mesin (tanpa melibatkan perasaan) dari “*body of law*” untuk menghasilkan kebenaran tunggal. Hakim formalis mengasumsikan bahwa hukum itu obyektif, tidak terkontaminasi anasir-anasir non hukum seperti ekonomi, sosial, politik, dan budaya.

Sebaliknya, penganut Realisme tidak mempercayai formalisme hukum, menunjukkan bahwa hukum tersebut penuh dengan kesenjangan dan kontradiksi, bahwa hukum adalah tidak menentukan, bahwa ada pengecualian untuk hampir setiap aturan hukum dari prinsip, dan bahwa prinsip-prinsip hukum dan preseden dapat memberikan hasil yang berbeda. Para realis berpendapat bahwa hakim memutuskan sesuai dengan preferensi pribadi mereka dan kemudian membangun analisis hukum untuk membenarkan hasil yang diinginkan. Mereka berusaha untuk melemahkan anggapan Formalisme dengan menunjukkan tindakan mengadili tidak impersonal, melainkan sudah terinfeksi oleh nilai-nilai pribadi hakim.

*“How do judges judge ? According to the formalists, judges apply the governing law to the facts of a case in a logical, mechanical, and deliberative way. For the formalists, the judicial system is a “giant syllogism machine,” and the judge acts like a “highly skilled mechanic.” Legal realism, on the other hand, represents a sharp contrast .... For the realists, the judge “decides by feeling and not by judgment; by ‘hunching’ and not by ratiocination” and later uses deliberative faculties “not only to justify that intuition to himself, but to make it pass muster.”<sup>350</sup>*

(Terjemahan bebasnya: Bagaimana hakim mengadili ? Menurut formalis, hakim menerapkan hukum yang mengatur terhadap fakta-fakta dari sebuah kasus dengan cara yang logis, mekanis, dan musyawarah. Untuk formalis, sistem peradilan adalah mesin silogisme "raksasa", dan hakim bertindak seperti seorang mekanik "terampil." Realisme Hukum, di sisi lain, mewakili sebuah kontras yang tajam .... Untuk realis, hakim "memutuskan dengan perasaan dan bukan oleh penilaian; oleh 'prasangka' dan bukan dengan rasio

<sup>350</sup> Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, Princeton University Press, 2010

“dan kemudian menggunakan kemampuan deliberatif "tidak hanya untuk membenarkan intuisi itu untuk dirinya sendiri, tetapi untuk membuatnya dapat diterima.” )

## 1. Dari Obyektivisme ke Intersubjektif

### 1.1. Obyektivisme

*“Sewaktu pendidikan calon hakim, hakim selalu diajarkan untuk berpikir dan bersikap obyektif. Hakim berbeda dengan pengacara dan jaksa. Pengacara itu subyektif ke subyekif, sementara jaksa obyektif ke subyektif, sedangkan hakim harus dari obyektif ke obyektif sehingga sisi kemanusiaan si hakim seperti rasa iba, marah, empati, kepentingan, ideologi, dan sebagainya tidak boleh bercampur dengan hukum positif ketika memutus perkara ,”*<sup>351</sup>

Ungkapan klasik yang digunakan untuk menyakinkan bahwa hakim itu obyektif dan tidak berpihak (netral) adalah *“the rule of law, not men”*; *“law is reason, not passion”*; *“judge are mere mouthpiece of the law.”* Hakim John Marshal menekankan bahwa *“court are mere instruments of law, and can will nothing.”*<sup>352</sup>

Bagi pandangan yang menekankan obyektivitas akan berpendapat bahwa putusan hakim yang baik adalah menjamin kepastian hukum. Hukum harus diterapkan sebagaimana adanya. Tidak boleh ada pandangan pribadi dalam memutus perkara. Hukum adalah hukum. Apakah hukum yang diterapkan baik atau buruk, adil atau tidak, bukanlah tugas hakim untuk menilai. Menilai adalah urusan etika yang tidak boleh bercampur dengan hukum. Pandangan yang menekankan obyektivitas dalam pengadilan dijustifikasi prinsip bahwa hakim wajib memutus menurut hukum.<sup>353</sup>

Sebelum diskusi lebih jauh, ada baiknya kita kembali mendiskusikan tentang ‘obyektivisme’. Pada bab II sebelumnya, telah dibahas bahwa obyektivisme dan netralitas tidak lahir dari ruang kosong, tetapi mempunyai akar filsafat yang panjang.

<sup>351</sup>. wawancara dengan salah seorang hakim yang memeriksa dan memutus dalam perkara Manisih (kasus pencurian sisa penen randu) wawancara, tanggal 25 Februari 2010. *“Sewaktu SI, saya mendapat kuliah filsafat hukum tentang aliran-aliran hukum. Saya suka Positivisme Hukum karena tidak suka berkhayal dan lebih bisa memberi kepastian hukum. Positivisme Hukum, menurut Austin dan Kelsen, supaya ada koridor hukum yang pasti memutus berdasarkan peraturan yang berlaku,”* kata hakim tersebut.

<sup>352</sup> Brian Tamanaha, *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, 2006, hal.234.

<sup>353</sup> Bandingkan dengan Bagir Manan, *Menegakan Hukum Suatu Pencarian*, Jakarta:Asosiasi Advokat Indonesia, 2009, hal. 188.

Pencarian kebenaran “sejati”, setidaknya selalu melibatkan dua kutub, yakni kutub subyek mengetahui, dan kutub obyek yang diketahui. Subyek mengetahui adalah orang yang mengetahui, sedangkan obyek yang diketahui adalah realitas.

Masyarakat Abad Pertengahan di Eropa meyakini ada suatu bentuk tatanan realitas obyektif yang berdiri independen dari subyek. Misalnya, mereka meyakini adanya realitas tertinggi yang sepenuhnya terlepas dari dunia ini. Di dalam filsafat, istilah tersebut kurang lebih terangkum pada kata ‘metafisika’. Di dalam bidang religius, keyakinan atas realitas metafisis semacam ini dapat dilihat pada istilah-istilah tertentu, seperti tuhan, surga, neraka, dan setan. Pemikiran Abad Pertengahan bercorak teosentris.<sup>354</sup> Cara berpikir masyarakat abad pertengahan, mengabaikan peranan subyek dan lebih menekankan kekuatan ilahiah di luar subyek (obyektivisme).

Rene Descartes berjasa merehabilitasi rasio yang sekian abad menjadi hamba sahaya keimanan. Semua bentuk makna obyektif metafisis yang bersifat tradisional disangsikannya secara metodis, sehingga ia sampai pada suatu bentuk pengetahuan yang pasti, yakni “cogito ergo sum” (‘aku berpikir maka aku ada’).<sup>355</sup> Rasionalisme Descartes menekankan peranan mutlak subyek di dalam mengkonstitusikan realitas. Pada titik ini, Descartes menggerakkan pendulum dari kutub obyek ke subyek. Subyek yang menciptakan realitas, sehingga realitas dapat diketahui.

Argumen Descartes menimbulkan reaksi keras dari filsuf-filsuf empirisisme seperti pada Hobbes, Berkeley, Locke, dan Hume. Bagi penganut Empirisisme, akal tidak melahirkan pengetahuan dari dirinya sendiri melainkan dari pengalaman. Terutama Hume, yang pemikirannya paling radikal menolak prinsip sebab-akibat, misalnya, dalam permainan bola bilyar, ketika bola satu membentur bola yang lain, maka akan muncul kesan bahwa dorongan dari satu bola dihadiri dengan gerakan bola kedua dan seterusnya. Padahal, menurut Hume, itu hanya merupakan kesan yang merangkai adanya hubungan kausalitas, padahal bola satu dan berikutnya sesungguhnya terpisah.<sup>356</sup> Hume menolak kausalitas. Dalam pandangan Hume, obyek-obyek itu hadir secara mandiri.

<sup>354</sup> Lihat, Sindhunata, *Dilema Usaha Manusia Rasional*, Jakarta:Gramedia, 1983, hal. 98.

<sup>355</sup> Lihat, Rene Descartes, *Philosophical Essays and Correspondence*, dikumpulkan dan diedit oleh Roger Ariew, Hackett Publishing Company, Inc, 2000.

<sup>356</sup> Harold W. Noonan, *Hume on Knowledge*, Routledge, 1999, hal.73-76.

Pertentangan antara Rasionalisme dan Empirisisme menginspirasi Immanuel Kant melahirkan filsafat transendental. Terutama pandangan David Hume, yang penolakannya terhadap asas kausalitas menggoyahkan kedudukan fisika, yang mendorong Kant mengembangkan filsafat transendental atau kritik transendental, sebagaimana dikatakan Kant, ” *I freely admit that it was the remembrance of David Hume which, many years ago, first interrupted my dogmatic slumber and gave my investigations in the field of speculative philosophy a completely different direction.*”<sup>357</sup>

Pertikaian teoritis antara rasionalitas dan Empirisisme kemudian berhasil didamaikan oleh Immanuel Kant. Dalam “*kritik der reinen Vernunft*” (Kritik atas Rasio Murni), Kant menunjukkan bahwa pengetahuan kita merupakan sintesis antara unsur-unsur *a priori* (pengetahuan yang lepas dari pengalaman) dan unsur-unsur *a posteriori* (pengetahuan berdasarkan pengalaman). Untuk memperoleh pengetahuan rasional, menurut Kant, rasio kita menempuh tiga tahap refleksi, yakni tahap *pertama* pengetahuan inderawi. Kant berpendapat, kenyataan sejati tak dapat diketahui meskipun setiap obyek yang kita ketahui mengandaikan adanya suatu ‘*das Ding an sich*’ (benda pada dirinya). Yang dapat diketahui oleh manusia hanyalah gejala yang dipancarkan oleh *das Ding an Sich* sebagaimana yang tertangkap pancaindera, yakni kesan inderawi yang disebut *fenomenon*. Dengan demikian, apa yang tertangkap dalam ruang dan waktu masih bersifat gejala dan belum dapat disebut pengetahuan empiris yang obyektif. Untuk menjadi pengetahuan empiris yang obyektif, kesan-kesan inderawi itu harus diolah dan ditata oleh *verstand* kenyataan ditangkap oleh pengamatan inderawi; Karena itu, tahap *kedua*, kemudian pengetahuan inderawi itu diolah dan ditata oleh akal budi/*verstand* yang menjalankan fungsi teoritikal melalui bentuk-bentuk pikiran (kategori-kategori) sehingga menjadi pengetahuan empiris. Sebaliknya, materi impresi inderawi diarahkan kepada bentuk-bentuk pikiran transendental yang logis dari akal budi; (3) hanya dalam keterjalinan secara bertimbal-balik, pengetahuan empiris itu adalah hasil sintesis antara keputusan-keputusan yang telah dihasilkan pada tahap rasio (*Vernunft*).<sup>358</sup>

<sup>357</sup> Immanuel Kant, *Prolegomena to Any Future Metaphysics*, diterjemahkan dan diedit oleh Gary Hatfield, Edisi Revisi Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Lihat juga, <http://plato.stanford.edu/entries/kant-hume-causality>.

<sup>358</sup> Immanuel Kant, *The Critique of Pure Reason*, (diterjemahkan oleh JMD Meiklejohn, Wilder Publications, 2008, hal. 245 – 246. Penjelasan lebih detail lihat Bab II.

Kant memperkokoh Ilmu-ilmu Alam secara filosofis sebagai salah satu bentuk pengetahuan yang mungkin tentang realitas. Walaupun begitu, ia juga masih mengakui keabsahan pengetahuan-pengetahuan lainnya, seperti etika dan estetika. Akan tetapi, kecenderungan untuk menjadikan Ilmu-ilmu Alam sebagai syarat utama pengetahuan yang sah semakin radikal. Radikalitas semacam itu memuncak pada positivisme Comte.<sup>359</sup>

Keyakinan tentang obyektivisme muncul bersamaan dengan pengaruh Ilmu-ilmu Alam seperti fisika yang mempengaruhi cara pandang manusia terhadap ilmu pengetahuan. Pada masa itu, paradigma yang dominan adalah Newtonian, di mana dunia dipandang sebagai suatu mesin yang diatur oleh hukum-hukum alam yang bersifat mekanis, bahwa alam juga dapat diobservasi dan dikalkulasi sepenuhnya dengan rumus-rumus matematika sehingga bersifat obyektif.<sup>360</sup> Pandangan Newton tentang obyektivisme sangat radikal sebagaimana dikutip Andrew Janiak berikut:<sup>361</sup>

*“What is taught in metaphysics, if it is derived from divine revelation, is religion; if it is derived from phenomena through the five external senses, it pertains to physics; if it is derived from knowledge of the internal actions of our mind through the sense of reflection, it is only philosophy about the human mind, and its ideas as internal phenomena likewise pertain to physics. To dispute about the objects of ideas except insofar as they are phenomena is dreaming. In all philosophy we must begin from phenomena and admit no principles of things, no causes, no explanations, except those which are established through phenomena. (In omni Philosophia incipere debemus a Phaenomenis, & nulla admittere rerum principia nullas causas nullas explications nisi quae per phaenomena stabiliuntur). And although the whole of philosophy is not immediately evident, still it is better to add something to our knowledge day by day than to fill up men’s minds in advance with the preconceptions of hypotheses.”*

(Terjemahan bebasnya: Apa yang diajarkan dalam metafisika, jika berasal dari wahyu ilahi, adalah agama, jika itu berasal dari fenomena melalui lima

<sup>359</sup> Tentang pemikiran Comte dijelaskan lebih rinci dalam Bab II.

<sup>360</sup> Tujuan teknis dalam ilmu alam menurut Habermas merupakan *kepentingan* manusia dalam memunculkan teori-teori ilmu alam. Dengan demikian obyektivitas dalam ilmu alam tidak pernah ada dan tidak mungkin diadakan. Konsep dan teori dalam ilmu alam adalah *konstruksi* manusia agar manusia dapat memanfaatkan alam. Begitulah, selama ini kebenaran (kenyataan) dalam ilmu alam dianggap bisa diperoleh melalui metode eksakta *memberi kesan* ilmu alam bersifat obyektif, yakni bebas dari kepentingan subyektif ilmuwan. Tapi persoalannya, menurut Habermas, mengapa para ilmuwan bersedia mematuhi metode eksakta (matematika) untuk menghasilkan kebenaran sains (*realitas*)? Jawaban atas pertanyaan ini adalah sesuatu yang tidak ilmiah, tapi sesuatu yang ideologis, karena terkait dengan kepentingan antropologis tertentu, yaitu *dorongan intuitif* manusia sebagai salah satu spesies untuk bertahan hidup di alam semesta. Kepentingan antropologis inilah yang kemudian mendorong manusia untuk membuat tafsir tertentu tentang hubungan dirinya dengan alam sebelum akhirnya mengerjakan alam demi hidupnya. Jurgen Habermas, *Knowledge and Human Interest*, London: Heinemann, 1972.

<sup>361</sup> Andrew Janiak, *Newton as Philosopher*, Cambridge University Press, 2008, hal. 11.

eksternal indra (panca indra), itu berkaitan dengan fisika, jika itu berasal dari pengetahuan tentang tindakan internal dari pikiran kita melalui rasa refleksi, hanya filsafat tentang pikiran manusia, dan ide-ide sebagai fenomena internal juga berkaitan dengan fisika. Untuk sengketa tentang obyek gagasan kecuali sejauh mereka adalah fenomena yang bermimpi. Dalam filsafat kita semua harus mulai dari fenomena dan tidak mengakui prinsip-prinsip hal, tidak ada penyebab, tidak ada penjelasan, kecuali yang ditetapkan melalui fenomena. (*In omni Philosophia incipere debemus a Phaenomenis, & nulla admittere rerum principia nullas causas nullas explicaciones nisi quae per phaenomena stabiliuntur*). Dan meskipun seluruh filsafat tidak segera jelas, masih lebih baik untuk menambahkan sesuatu untuk pengetahuan kita hari demi hari dari pada mengisi pikiran orang dengan prakonsepsi hipotesis.)

Obyektivisme kemudian diterima dan dibela secara gigih oleh Positivisme. Pengetahuan inderawi yang terwujud di dalam ilmu-ilmu alam bukan lagi hanya merupakan salah satu syarat, tetapi menjadi satu-satunya syarat bagi kegiatan pengetahuan ilmiah. Ada prinsip keras di balik pengandaian-pengandaian positivisme, yakni bahwa pengetahuan manusia tidak boleh melampaui fakta-fakta obyektif. Dengan demikian, di dalam kerangka positivisme, pendulum epistemologis bergerak kembali ke obyektivisme, tetapi bukan obyek yang metafisis, melainkan obyek yang bisa dibuktikan secara inderawi dan bersifat ilmiah.

Pergeseran ke arah obyektivisme ini tidak lagi menerima subyek, melainkan menyudahi refleksi atas subyek itu sendiri. Obyektivisme tidak mengakui peranan subyek di dalam membentuk pengetahuan, sehingga subyek seolah-olah hanya menyalin fakta obyektif. Obyektivisme juga membuat subyek menjadi pasif sedemikian rupa. Permasalahannya: apakah mungkin obyek akan dikenali tanpa peranan subyek ?

## 1.2. Hermeneutika: Ikhtiar Melampaui Obyektivisme

Prinsip-prinsip kebenaran obyektivistik (mungkin) bisa diberlakukan dalam Ilmu-ilmu Alam, karena basis Ilmu Alam adalah ilmu-ilmu yang berupaya menemukan hubungan-hubungan yang ajeg yang harus dibuktikan secara empiris berdasarkan hukum kausalitas-deterministik. Namun permasalahannya, kebenaran dalam Ilmu Hukum tidak bisa selalu (niscaya) “dipastikan” linear sebagaimana diterapkan dalam Ilmu Alam.

Dalam obyektivisme, kebenaran adalah sesuatu yang jika sekali diperoleh tidak akan bisa diragukan lagi, kebenaran harus mencapai tingkat kepastian seperti

dalam matematika. Demi mempertahankan kredo obyektivitas, nalar obyektivisme memperlakukan manusia sebagai objek mati. Kebenaran obyektif yang diklaim telah dicari dan ditemukan oleh ilmu pengetahuan ternyata tampil dengan sosok berbeda ketika dipahami melalui hermeneutika. Keunikan sosok kebenaran dalam ilmu-ilmu tentang manusia, menurut Gadamer, tidak akan pernah sampai pada tingkat yang pasti. Gadamer menjelaskan sebagai berikut;

*“Fundamentally, understanding is always a movement in this kind of circle, which is why the repeated return from the whole to the parts, and vice versa, is essential. Moreover, this circle is constantly expanding, since the concept of the whole is relative, and being integrated in ever larger contexts always affects the understanding of the individual part.”*<sup>362</sup>

Filsafat hermeneutika adalah filsafat tentang mengerti atau memahami sesuatu, yakni refleksi kefilsafatan tentang syarat-syarat kemungkinan bagi semua pengalaman dan pergaulan manusiawi dengan kenyataan, termasuk peristiwa mengerti dan/atau interpretasi.<sup>363</sup>

Berbeda dengan tradisi Pencerahan (*Enlightenment*) yang memastikan kebenaran obyektif, filsafat hermeneutika ingin menunjukkan bahwa pemahaman adalah keterbukaan terhadap apa yang dipahami. Jika nalar obyektivisme memperlakukan manusia sebagai obyek mati, sebaliknya filsafat hermeneutika bertumpu pada konsep-konsep humanisme, yakni; *Bildung*,<sup>364</sup> *sensus communis* (pendapat bersama); *judgment* (pertimbangan/penilaian); dan *taste*.<sup>365</sup>

<sup>362</sup> Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, Second, Revised Edition diterjemahkan Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall, London-New York: Sheed & Ward Ltd and the Continuum Publishing Group, Reprinted 2006, hal. 189.

<sup>363</sup> B. Arief Sidharta, Ilmu Hukum Indonesia, Loc.Cit, hal.31.

<sup>364</sup> Konsep *Bildung* berasal dari abad pertengahan yang dimaknai tentang perenungan akan citra Tuhan yang berada dalam diri manusia, namun setelah era Pencerahan unsur mistisismenya dihilangkan dan maknanya menjadi pengejawantahan potensi yang ada dalam diri manusia. Herder memaknai *Bildung* sebagai "*rising up to humanity through culture*" (upaya meningkatkan kualitas kemanusiaan melalui budaya). Hegel kemudian membedakan *Bildung* dari sisi praktis dan teoritis. *Bildung* praktis adalah hal-hal universal yang diperoleh seseorang melalui berbagai contoh dalam kesehariannya. Sedangkan *Bildung* teoritis merupakan semacam alienasi, yaitu hubungan niscaya dengan sesuatu yang hanya berada dalam ingatan dan pikiran. Manusia memahami dirinya sendiri melalui hal diluar dirinya, berdialektika dengan sesuatu yang asing baginya. Di tangan Heidegger dengan 'Dasein'-nya, *Bildung* menjadi proses pemahaman tanpa akhir. Karena pengaruh Heidegger, *Bildung* oleh Gadamer diletakkan pada level ontologis. Pemahaman, menurut Gadamer, adalah apa yang kita sebut sebagai interpretasi (*auslegung*). Di dalam interpretasi, pemahaman bukannya menjadi sesuatu yang asing dari dirinya, dia menjadi dirinya sendiri kendati berdialektika dengan orang lain. Kunci *Bildung* adalah konsep kepekaan, ketika melakukan interpretasi, seseorang dibekali dengan sensitivitas daya terima

Pencerahan menekankan peniadaan prasangka dan tradisi dalam pencarian kebenaran karena dapat merusak obyektivitas. Prasangka dan tradisi dianggap mencemari kebenaran obyektif sehingga pengetahuan ilmiah dibebaskan dari segala hal tersebut. Pengetahuan ilmiah harus bebas nilai. Dalam pendekatan ini tendensi obyektivitas ditekankan, sementara subyektivitas tidak diakui. Sebaliknya, Hermeneutika Gadamer merupakan suatu kritik terhadap Positivisme dengan menekankan pada subyek yang menafsirkan.

Prasangka tidak diakui dalam ilmu pengetahuan modern karena prinsip Pencerahan menginginkan pemahaman murni yang tidak dipengaruhi prasangka. Prasangka memperoleh makna negatif karena dipandang sebagai penilaian yang tidak berdasarkan pada rasionalitas.<sup>366</sup> Proyek pencerahan berusaha meniadakan prasangka di mana kita diminta untuk melihat teks secara baru. Semua penafsiran yang obyektif, menurut tradisi Pencerahan, harus dipisahkan dari prasangka-prasangka. Namun manakala doktrin Pencerahan itu diterapkan ketika melakukan interpretasi, munculah persoalan hermeneutis yang pelik: Apakah kita benar-benar dapat melepaskan diri dari prasangka? Apakah kita dapat benar-benar bebas nilai? Apakah kita benar-benar dapat berpikir secara baru tanpa titik tolak sama sekali? Apakah kita dapat memberi makna pada teks tanpa dipengaruhi oleh kesadaran kita yang menyejarah? Gadamer melihat hal itu mustahil untuk dilakukan oleh karena cara pandang dan pikiran kita dibentuk oleh sejarah. Bukankah pendapat yang menolak prasangka dan tradisi seperti itu sebagai prasangka melawan prasangka? Dalam hal ini Gadamer melihat model yang anti terhadap prasangka ini dimungkinkan oleh suatu prasangka bahwa prasangka harus diatasi. Gadamer mengacu pada konsep *wirkungsgeschichte* yaitu kenyataan bahwa pengetahuan memiliki efek dalam sejarah sebab seorang peneliti kritis adalah juga seorang aktor sejarah yang menjadi bagian dalam kesinambungan proses sejarah dalam tradisinya.<sup>367</sup> Apa yang penting dari konsep *wirkungsgeschichte*

---

terhadap yang 'lain'. Dengan kepekaan inilah manusia memahami apa yang terjadi dalam hidupnya dan kemudian menafsirkannya. Lihat, Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, Op.Cit., hal. Hal. 8

<sup>365</sup> Awalnya taste (selera) lebih dikaitkan dengan soal moral ketimbang estetika. Konsep 'taste' mencirikan kemanusiaan yang murni dan mendorong orang untuk tidak bersikap dogmatis terhadap apa yang diajarkan. Gadamer memaknai 'taste' sebagai bagian dari ciri kehumanan dan paling *inner* dari manusia, tapi dalam penerapannya bukan semata tergantung insting, tetapi justru menyeimbangkan insting inderawi dengan kebebasan akal. Hans-Georg Gadamer, *Ibid.*, hal. 31.

<sup>366</sup> Gadamer, *Ibid.*, hal. 273

<sup>367</sup> Gadamer., *Ibid.* 299 – 304.

adalah kesadaran sejarah, di mana seseorang tidak bisa berada di luarnya, dan oleh karena itu, tidak akan pernah memiliki pengetahuan obyektif.

Filsafat hermeneutik berbeda dengan ‘keyakinan’ Ilmu-ilmu Alam yang mendewakan obyektivisme, dalam filsafat hermeneutik, pada peristiwa memahami atau menafsirkan sesuatu, subyek (interpretator) tidak dapat memulai upayanya dengan mendekati obyek pemahamannya sebagai *tabula rasa*. Hermeneutika tidak bertolak dari titik nol. Sebab tiap orang (subyek atau interpretator), terlahir (artinya, terlempar, *geworfen*) ke dalam suatu dunia produk sejarah yang selalu menjalani proses menyejarah terus-menerus, yakni tradisi yang bermuatan nilai-nilai, wawasan-wawasan, pengertian-pengertian, asas-asas, arti-arti, kaidah-kaidah, pola-pola perilaku dan sebagainya. Jadi, tiap subyek, terlepas dan tidak tergantung dari kehendaknya sendiri, selalu menemukan dirinya sudah berada dalam suatu tradisi yang ada sebelum ia dilahirkan (*Befindlichkeit*: ia menemukan dirinya sudah ada disitu).<sup>368</sup> Lewat proses dengan dunia sekelilingnya, yakni proses *Bildung*, tiap orang menyerap atau diresapi tradisi tersebut, dan dengan itu membentuk pra-pemahaman terhadap sesuatu (prasangka), dan dengan itu juga terbentuk cakrawala pandang. Pra-pemahaman dan cakrawala pandang itu akan menentukan persepsi individu. Dalam dinamika proses penafsiran, pra-pemahaman dan cakrawala pandang dapat mengalami pergeseran, dalam arti meluas, melebar, dan meningkat derajat kedalamannya. Pergeseran ini dapat mengubah pengetahuan subyek.<sup>369</sup>

Dalam mempertanyakan bagaimana memberi makna, Gadamer berbeda pendapat dengan pendahulunya yaitu Schleiermacher dan Dilthey. Gadamer mengkritik pendapat Schleiermacher yang menyatakan bahwa keasingan suatu teks bagi pembaca perlu diatasi dengan mencoba mengerti si pengarang, merekonstruksi zaman si pengarang dan menampilkan kembali keadaan di mana pengarang berada pada saat menulis teksnya. Komentar Gadamer terhadap pemikiran Schleiermacher sebagai berikut:<sup>370</sup>

*“This is more than an extension of the hermeneutical problem from understanding what is written to understanding discourse in general; it suggests a fundamental shift. What is to be understood is now not only the*

<sup>368</sup> *Befindlichkeit* (Bahasa Jerman) berasal dari kata kerja *sich befinden* yang artinya berada, merasa, atau terdapat, yang apabila diterjemahkan dalam satu kata menjadi “ketersituasian”. Di mana kita berada di situlah suasana hati kita disituasikan, maka di sana jugalah cara kita mengada ditala sesuai dengan situasi. F. Budi Hardiman, *Op.Cit.* hal. 69.

<sup>369</sup> B. Arief Sidharta, *Ilmu Hukum Indonesia*, Bandung: Fakultas Hukum Universitas Parahyangan, 2010, hal. 30.

<sup>370</sup> Gadamer, *Op.Cit.*, hal. 186.

*exact words and their objective meaning, but also the individuality of the speaker or author. Schleiermacher holds that the author can really be understood only by going back to the origin of the thought.”*

Menurut Dilthey, hermeneutik adalah menyusun kembali kerangka yang dibuat oleh sejarawan agar peristiwa sebenarnya dari kejadian itu dapat diketahui. Gadamer melihat bagaimana upaya Dilthey sebenarnya sia-sia karena kita tetap tidak mungkin meniadakan prasangka dan berusaha mereproduksi makna sebagaimana yang dihayati oleh si pengarang. Sedangkan Dilthey berusaha untuk menemukan makna orisinal dari teks lalu menampilkan kembali makna yang dimaksudkan oleh si pengarang. Apa yang dilakukannya adalah sebatas reproduksi makna. Dalam hal ini Dilthey masih terpengaruh Positivisme dengan keyakinan adanya obyektivisme yang berusaha meniadakan prasangka dengan hanya berfokus pada makna seutuhnya dari si pengarang.<sup>371</sup>

Bila makna suatu teks hanya terbatas pada makna di zaman pengarang teks, maka pertanyaan yang perlu diajukan lebih lanjut adalah bagaimana dengan teks yang dihasilkan oleh si penafsir atau sejarawan tersebut tentang hasil penafsirannya ? Bila teks tersebut hanya merupakan pemaparan makna seutuhnya dari pengarang menurut zamannya, bagaimana kita menafsirkan atau memahami teks dari si penafsir atau sejarawan ? Bila penafsiran hanya mereproduksi makna si pengarang dalam zamannya, berarti teks menutup diri atau mungkin penafsiran yang kita lakukan telah membatasi teks itu berbicara bagi kita dalam konteks masa kini.

Suatu teks sebenarnya tidak hanya terbatas pada zamannya, tetapi juga terbuka berbicara bagi masa kini dan masa depan. Karena itu, Gadamer menekankan pentingnya horizon. Menurut Gadamer bahwa seseorang memahami sesuatu menurut horizon sejarah tertentu. Horizon yang dimaksudkan Gadamer adalah bentangan visi yang meliputi segala sesuatu yang bisa dilihat dari sebuah titik tolak khusus. Kita selalu berada pada titik tertentu dan di mana kita berada selalu mempengaruhi apa yang kita lihat. Dengan demikian yang perlu dilakukan adalah memperluas horizon kita seluas-luasnya serta terbuka terhadap horizon baru.

Gadamer melihat pentingnya proses memperluas cakrawala pemahaman dalam lingkaran hermeneutis ini tidak pernah berhenti untuk menghasilkan sebuah kebenaran obyektif. Proses ini akan terus berlanjut, mengembangkan dan memperluas

---

<sup>371</sup> Lihat, Gadamer., Ibid., hal. 214-235

horizon, wawasan kita. Ketika kita berhadapan dengan orang lain cakrawala wawasan kita akan diperluas melalui interaksi dan dialog.

Proses interpretasi itu berlangsung dalam proses lingkaran pemahaman yang disebut lingkaran hermeneutic (*hermeneutische zirkel*), yakni gerakan bolak-balik antara bagian atau unsur-unsur dan keseluruhan sehingga tercapai konsumsi dengan terbentuknya pemahaman yang lebih utuh. Dalam proses pemahaman ini, tiap bagian hanya dapat dipahami secara tepat dalam konteks keseluruhan, sebaliknya keseluruhan ini hanya dapat dipahami berdasarkan pemahaman atas bagian-bagian yang mewujudkannya. Lingkaran pemahaman ini dimungkinkan, karena pada (dalam diri) interpretator sudah ada cakrawala pandang dan pra-pemahaman yang terbentuk lewat interaksi dengan tradisi yang didalamnya ia menjalani kehidupan (proses Bildung). Bertolak dari pra-pemahaman dalam kerangka cakrawala pandangnya tentang interpretandum (ihwal yang mau dipahami) sebagai suatu keseluruhan, interpretator berupaya menemukan atau menetapkan makna dari bagian-bagian untuk kemudian berdasarkan pemahaman atas bagian-bagian tersebut dalam hubungan antara yang satu dengan yang lainnya berupaya memahami interpretandum; hasilnya disorotkan pada bagian-bagian guna memperoleh pemahaman yang lebih tepat tentang bagian-bagian tersebut untuk kemudian hasilnya disorotkan balik pada keseluruhan, dan demikian seterusnya.<sup>372</sup>

Proses memahami dan interpretasi bukanlah proses linear yang akan menemukan titik ujung: absolutisme. Inilah yang membedakan makna dari sekedar penegasan dan pernyataan dogmatis. Pernyataan dogmatis selalu selalu meneguhkan finalitas, sementara makna selalu berada dalam proses, selalu terbuka interpretasi. Hermeneutika tidak hanya berurusan dengan teks, tetapi juga kemampuan untuk memahami konteks.

Dalam proses pemahaman, interpretandum akan ditempatkan dalam cakrawala pandang subyek, dan akan dipandang serta dipersepsi, dalam kerangka pra-pemahamannya yang mewarnai ihwal yang mau dipahami (interpretandum). Untuk sampai pada pemahaman yang benar, maka subyek (interpretator) harus terbuka bagi yang akan “dikatakan” oleh ihwal yang mau dipahami, atau oleh orang lain berkenaan dengan interpretandum tersebut, yang juga akan “mengatakannya” dalam kerangka cakrawalanya sendiri. Jadi, dalam proses pemahaman itu terjadi perjumpaan 2 (dua)

---

<sup>372</sup> Arief Sidhata. Op.Cit.,hal.30

cakrawala yang dapat menyebabkan cakrawala pandang subyek bergeser yang menghasilkan atau mengubah pengetahuan subyek. Perjumpaan cakrawala itu, oleh Gadamer, disebut peleburan cakrawala (Horizontverschmelzung).<sup>373</sup>

Kehidupan manusia (subyek) selalu berlangsung dalam tradisi. Dalam proses memahami teks, terdapat tradisi yang mencakup subyek dan teks. Di satu sisi terjadi harmonisasi subyek dan teks, tetapi disisi lain terdapat konfrontasi subyek dan teks. Kadangkala teks itu juga sesuatu yang asing bagi subyek. Keasingan yang dimiliki teks bagi subyek, harus dipahami dalam perspektif sejarah. Dalam perspektif sejarah, keasingan itu disebabkan oleh jarak dan waktu, saat teks itu dibuat dan momen saat subyek berusaha memahaminya. Tugas filsafat hermeneutika bukanlah memutuskan antara masa sekarang dengan masa lalu, antara apa yang dikatakan teks dengan apa yang terjadi sekarang, akan tetapi secara sadar berupaya mengenali ketegangan keduanya, maka pendekatan hermeneutis selalu melibatkan proyeksi cakrawala historis yang berbeda dari cakrawala sekarang sehingga terjadi peleburan cakrawala.

*“In fact the horizon of the present is continually in the process of being formed because we are continually having to test all our prejudices. An important part of this testing occurs in encountering the past and in understanding the tradition from which we come. Hence the horizon of the present cannot be formed without the past. There is no more an isolated horizon of the present in itself than there are historical horizons which have to be acquired. Rather, understanding is always the fusion of these horizons supposedly existing by themselves. We are familiar with the power of this kind of fusion chiefly from earlier times and their naivete about themselves and their heritage. In a tradition this process of fusion is continually going on, for there old and new are always combining into something of living value, without either being explicitly foregrounded from the other.”<sup>374</sup>*

Ketika seorang hakim menginterpretasi teks yuridik untuk mendistilasi kaidah hukum yang terkandung dalam teks yuridik dan dengan itu menetapkan maknanya, dia menyadari bahwa antara interpretator dan teks yuridis itu terdapat jarak waktu. Teks yuridik adalah produk pembentuk hukum untuk menetapkan perilaku apa yang seyogianya dilakukan atau tidak dilakukan orang yang berada dalam situasi tertentu karena hal itu oleh pembentuk hukum dipandang merupakan tuntutan ketertiban berkeadilan. Jadi, terbentuknya teks yuridik itu berkenaan dengan kenyataan kemasyarakatan yang dipandang memerlukan pengaturan hukum dengan mengacu

<sup>373</sup>Gadamer, Op.Cit., .hal. 34.

<sup>374</sup>Hans-Geor Gadamer, Truth and Method,..., hal. 305.

cita-hukum yang di anut atau hidup dalam masyarakat. Dalam upaya mendistilasi kaidah hukum dari dalam teks yuridik dengan menginterpretasi teks tersebut, interpretator ( ilmuwan dan praktisi hukum ) tidak dapat lagi kecuali dalam kerangka pra-pemahaman dan cakrawala pandangnya dengan bertolak dari titik berdirinya sendiri, Jadi, terikat pada waktu yang di dalamnya interpretasi itu dilakukan. Dengan demikian, pada tiap peristiwa interpretasi teks yuridik terjadi proses lingkaran hermeneutik yang di dalamnya berlangsung pertemuan antara 2 (dua) cakrawala pandang , yakni cakrawala dari interpretandum ( teks yuridik ) dan cakrawala dari interpretator. Perpaduan cakrawala tersebut dapat menghasilkan pemahaman baru pada interpretator tentang kaidah hukum yang terkandung dalam teks yuridik itu, sebagai contoh perkembangan interpretasi pasal 1365 KUHPdata.<sup>375</sup>

Ketika teks tidak dipahami sebagai kumpulan yang baku dan rigid, maka signifikansi hermeneutika adalah percakapan (dialog) dengan teks.

*“What characterizes a dialogue, in contrast with the rigid form of statements that demand to be set down in writing, is precisely this: that in dialogue spoken language—in the process of question and answer, giving and taking, talking at cross purposes and seeing each other's point—performs the communication of meaning that, with respect to the written tradition, is the task of hermeneutics. Hence it is more than a metaphor; it is a memory of what originally was the case, to describe the task of hermeneutics as entering into dialogue with the text. That this interpretation is performed by spoken language does not mean that it is transposed into a foreign medium; rather, being transformed into spoken language represents the restoration of the original communication of meaning. When it is interpreted, written tradition is brought back out of the alienation in which it finds itself and into the living present of conversation, which is always fundamentally realized in question and answer.”<sup>376</sup>*

Teks yang berasal dari masa lalu sebetulnya mengajukan pertanyaan kepada penafsirnya. Kenyataan inilah yang membuat fenomena hermeneutik mengandung logika tanya-jawab, karena tugas filsafat hermeneutika ketika dihadapkan dengan sebuah teks adalah memahami pertanyaan yang diajukannya.

Mungkin timbul persoalan, apakah hermeneutika cenderung membuka peluang penafsir menginterpretasikan teks secara sewenang-wenang? Apabila dikaitkan dengan konsep peleburan cakrawala (intersubjektif), maka peleburan

<sup>375</sup> B. Arief Sidharta, Ilmu HUKum Indonesia, Op.Cit, hal. 37

<sup>376</sup> Hans-Geor Gadamer, Truth and Method., Op.Cit., hal. 361-362.

cakrawala mencegah kemungkinan terjadinya interpretasi yang dilahirkan secara sewenang-wenang oleh penafsirnya. Menurut Arief Sidharta, subyektivitas dari hasil interpretasi itu akan dapat dikurangi hingga ke tingkat paling minimal, karena pertama-tama kegiatan interpretasi itu harus selalu mengacu cita-hukum ( keadilan, kepastian hukum, prediktabilitas, kehasilgunaan ), nilai-nilai kemanusiaan yang fundamental dan sistem hukum yang berlaku.

### 1.2.1. Penafsiran: Perjumpaan Hakim dengan Teks Hukum.

Teori hukum modern banyak memberi perhatian dalam mengeksplorasi kerja inti dari sistem pengadilan. Sikap awalnya menganggap pengadilan sebagai imam dari hukum (*the priests of the law*), tempat penyimpanan hukum-hukum kuno (*the repositories of its ancient rules*), putusan-putusan kemudian disaring (*distilled*) dalam sebuah jalan misterius oleh hakim 'in scrinio pectoris sui' (*all law in the shrine of his breast*/hukum bersemayam dalam dada). Bahkan hakim tidak pernah menciptakan hukum baru , melainkan hanya menyatakan penerapan baru dari aturan-aturan lama. Doktrin-doktrin tradisional dicetak ulang secara bertahap, meskipun sering tidak memadai dan tertegun menghadapi kebutuhan sosial baru.<sup>377</sup>

Aliran Legisme yang merupakan garis paling ekstrem dari Positivisme Hukum mengindentikan hukum hanya sebagai hukum positif, sehingga tidak ada norma hukum di luar hukum positif. Konsekwensi aliran Legisme, hakim hanya menjadi corong atau terompet undang-undang. Pembatasan kebebasan hakim bukan suatu yang bebas nilai melainkan berdasarkan pengalaman bangsa Eropa sendiri, di mana pada masa lampau kebebasan hakim yang tidak terbatas membawa ketidakpastian hukum.<sup>378</sup> Reaksi keras dari Montesqueiu dalam L'Esprit des Lois: "Para hakim hanyalah mulut yang mengucapkan kata-kata dari undang-undang; mereka adalah

<sup>377</sup> M.D.A. Freeman, Op.Cit., hal.1375.

<sup>378</sup> Pembatasan terhadap kebebasan hakim dapat dilihat dalam Code Penal 1791 yang menyatakan bahwa untuk tiap tindak pidana sudah ditentukan pidana yang harus dikenakan. Kelonggaran baru diberikan dalam Code Penal 1810, hakim dibebaskan untuk memilih pidana minimum dan maksimum yang diancamkan. Pengaruh pembatasan itu masih terasa hingga sekarang di Indonesia, konstruksi analogi sebagai suatu yang tidak boleh dilakukan oleh hakim dalam hukum pidana. Pontang Moerad, *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan Dalam Perkara Pidana*, Penerbit Alumni, 2004, hal. 221.

mahluk yang tidak bernyawa yang tidak boleh melemahkan kekuatan dan kekerasan undang-undang”<sup>379</sup> mengandung konsekwensi;

Oleh karena hendak mengejar kebenaran obyektif, hakim harus menafsirkan hukum positif secara monotafsir. Monotafsir disini adalah metode tafsir yang hanya bersumber pada teks formal, ketat atau rigid sehingga diasumsikan tidak “menyimpang” dari orisinal teks,<sup>380</sup> sebagaimana dalam teori klasik;

*”Traditional jurisprudence, however, expects from interpretation not only ascertainment of the frame, but the fulfillment of another task, and sees in the latter actually its main function: interpretation is to develop a method that makes it possible correctly to fill the ascertained frame. Traditional theory will have us believe that the statute, applied to the concrete case, can always supply only one correct decision and that the positive-legal ”correctness” of this decision is based on the statute itself.”*<sup>381</sup>

( Namun demikian, dari penafsiran itu ilmu hukum tradisional tidak hanya mengharapkan dipastikannya kerangka itu, namun juga dipenuhinya tugas lain, dan melihat adanya fungsi utama dalam tugas yang lain itu: penafsiran ditujukan untuk membangun sebuah metode yang memungkinkan untuk mengisi kerangka yang dipastikan itu. Teori tradisional meminta kita kita percaya bahwa undang-undang, yang diterapkan pada kasus konkret, selalu hanya dapat memberikan *satu* keputusan yang benar dan bahwa ”kebenaran” hukum positif dari keputusan ini di dasarkan pada undang-undang itu sendiri.)

Hans Kelsen menjelaskan tentang penafsiran dalam bab terakhir bukunya ”The Pure Theory of Law”. Hans Kelsen meragukan metode penafsiran yang dikembangkan selama ini karena hanya mengarah pada hasil yang mungkin, yang tidak pasti , dan tidak pernah mengarah pada hasil yang langsung benar. Kelsen menolak pernyataan bahwa *argumentum a contrario* dan analogi sebagai sarana penafsiran. *Argumentum a contrario* dan analogi, lanjut Kelsen, tidak berguna karena keduanya sama-sama mengarah pada hasil yang berlawanan dan tidak ada kriteria untuk menentukan kapan norma yang satu dan kapan norma yang lain harus diterapkan.<sup>382</sup>

Dalam penafsiran, Kelsen juga menolak prinsip ”menimbang bobot kepentingan” (*Interessenabwagung*). Alasan Kelsen, prinsip ”menimbang bobot kepentingan” tidak menyediakan standar obyektif untuk membandingkan

---

<sup>379</sup>

<sup>380</sup> Apakah ada original teks setelah teks itu berusaha dipahami, ditafsirkan, atau dimaknai ?

<sup>381</sup> Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Op.Cit, hal. 351.

<sup>382</sup> *Ibid.*,hal. 352.

kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan sehingga tidak memberikan solusi.<sup>383</sup>

Secara ketat, Kelsen juga mengingatkan bahwa norma-norma moral dan keadilan harus dihindari dalam penafsiran, sebagaimana dikatakan;

*"...such as norms of morals, of justice, constituting social values which are usually designated by catch words such as "the good of the people", "interest of the state", "progress", and the like. From the point of view of positive law nothing can be said about their validity. Seen from the point of view of positive law, all these norms can be characterized only negatively; they are norms that are not of positive law."*<sup>384</sup>

(terjemahan bebasnya: seperti norma-norma moral, keadilan, merupakan nilai-nilai sosial yang biasanya ditunjukkan dengan frase semisal "kebaikan masyarakat," "kepentingan negara," "kemajuan," dan semacamnya. Dari sudut dari sudut pandang hukum positif tidak ada yang bisa dikatakan tentang keabsahannya. Dari sudut pandang hukum positif, semua norma ini hanya dapat disebutkan secara negatif; itu semua merupakan norma-norma yang bukan dari hukum positif.)

Tujuan Kelsen membakukan metode penafsiran yang ketat agar penafsiran hukum mencapai kepastian, sebagaimana dikatakan,

*"...such scientific, interpretation can show the law creating authority how far his work is behind the technical postulate of formulating legal norms as unambiguously as possible, or, at least, in such a way that they unavoidable ambiguity is reduced to a minimum and that thereby the highest possible degree of legal security is achieved."*<sup>385</sup>

(terjemahan bebasnya: ...penafsiran ilmiah demikian dapat menunjukkan kepada otoritas pencipta hukum sejauh mana karyanya ada di belakang dalil teknis perumusan norma hukum sepasti mungkin, atau setidaknya, dengan cara yang sedemikian rupa sehingga ambiguitas yang tidak dikehendaki bisa direduksi hingga minimum dan dengan demikian bisa dicapai derajat kemungkinan tertinggi atas kepastian hukum.)

Ronald Dworkin kurang sepakat dengan cara pandang klasik itu. Dworkin mengingatkan bahwa seorang hakim ketika dihadapkan pada kasus konkrit tidak saja berurusan dengan masalah teknis (prosedural semata) tetapi juga berhadapan dengan substansi hukum. Ketika seorang hakim mempersoalkan masalah etika, bukan lagi

<sup>383</sup> Ibid.,

<sup>384</sup> Ibid., hal. 353.

<sup>385</sup> Ibid. hal. 356.

bertanya tentang prosedur teknis penyelesaian hukum tetapi juga mempersoalkan substansi hukum apakah adil atau tidak. Atau, ketika seorang lawyer dan hakim berdebat tentang makna “kesalahan”, misalnya, keduanya memasuki tataran substansi melampaui batas-batas teknis hukum. Tidak mustahil bahwa kedua belah pihak tidak mencapai kesepakatan tentang substansi persoalan yang diperdebatkan. Adanya masalah yang tidak disepakati seperti inilah menuntut pentingnya Teori Hukum (jurisprudence) untuk menyelesaikan kasus hukum.<sup>386</sup>

Dworkin mengajukan pertanyaan sentral; “apakah hakim selalu mengikuti peraturan bahkan dalam kasus kontroversial dan rumit sekalipun, atau hakim sewaktu-waktu membuat hukum baru dan menerapkan secara retroaktif ?”<sup>387</sup>

Telah lama diterima pendapat bahwa para hakim mengisi kekosongan yang ditinggalkan oleh aturan-aturan (kekosongan peraturan perundangan) dengan menggunakan diskresi (keleluasaan). Bahkan, pemikir “*soft positivism*” Hart menempatkan tekanan pada bagian yang digunakan oleh diskresi pengadilan. “*In these cases it is clear,*” tulis Hart, “*That the rule-making authority must exercise a discretion, and there is no possibility of treating question raised by the various cases as if there were one uniquely correct answer to be found, as distinct from an answer which is a reasonable compromise between many conflicting interest.*”<sup>388</sup>

Bagi Dworkin, para hakim memang selalu dibatasi oleh hukum. Sehingga, tidak ada hukum melampaui hukum. Permasalahannya, dalam “*hard cases*” tidak ada standard penerapan yang mana hakim diwajibkan untuk mengikutinya. Menurut Dworkin, hukum adalah jaringan tanpa ikatan, yang mana penyelesaian perkara hukum selalu ada jawaban yang benar. Keputusan pengadilan, menurut Dworkin, “*characteristically generated by principle*” dan “*enforce existing political rights*”, sehingga para pembawa perkara berhak pada putusan terbaik hakim tentang apa hak-hak mereka. Dworkin setuju bahwa hakim yang berbeda dapat sampai pada kesimpulan yang berbeda karena suatu teori konstitusional mengharuskan keputusan tentang filsafat politik dan moral. Tetapi, dia menekankan bahwa para hakim tidak boleh menyandarkan pada pandangan politiknya sendiri melainkan hanya pada keyakinan mereka dalam “*the soundness of those conviction*”.<sup>389</sup>

<sup>386</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Universal Law Publishing, 1999, hal. 1.

<sup>387</sup> *Ibid.*, hal. 4.

<sup>388</sup> H.L.A. Hart, *Concept of Law*, hal.132.

<sup>389</sup> M.D.A. Freeman, *Op.Cit.*, hal 1391.

Dworkin berkeberatan terhadap hakim yang bertindak sebagai "*deputy legislators*" karena dua alasan. *Pertama*, hal itu mengganggu ide-ide demokratis bahwa sebuah komunitas seharusnya diperintah oleh pejabat yang terpilih untuk bisa mempertanggungjawabkan kepada pada pemilih. "*The judge, not being elected, must not substitute his own will as against the legislature*". Memang sulit untuk menentang ide ini, lanjut Dworkin, tetapi dalam setiap masyarakat yang kompleks menggunakan legislasi tambahan, pembuatan hukum oleh pejabat yang tidak dipilih adalah suatu kejadian sehari-hari.<sup>390</sup>

Keberatan *kedua* Dworkin terhadap originalitas pengadilan adalah "jika seorang hakim membuat hukum dan menerapkannya secara surut dalam kasus yang dihadapinya, maka pihak yang kalah akan dihukum bukan karena dia telah melanggar kewajiban-kewajiban tertentu tetapi agaknya suatu kewajiban baru diciptakan setelah kejadian".<sup>391</sup>

Hal ini, catat Dworkin, memiliki implikasi penting bagi teori-teori dari kewajiban hukum. Tetapi dalam banyak kasus, para hakim telah menciptakan hukum-hukum baru, orang-orang yang dihukum seharusnya dapat meramalkan bahwa kegiatannya akan dikategorikan sebagai suatu pelanggaran kewajiban. Apakah orang yang bermain seluncur di es yang tipis mempunyai keluhan yang sah ketika di mana di tempat dia jatuh secara khusus tidak diberi tanda sehingga dapat memberinya peringatan dini ? Apakah seseorang yang melempar blok beton ke jembatan kendaraan apakah tidak tahu mengambil resiko bahwa pengadilan akan menyalahkan perilaku tersebut cukup bisa disalahkan sebagai "pembunuhan" ? Apakah seorang laki-laki yang memaksa istrinya berhubungan badan dapat dikategorikan pemerkosaan ?<sup>392</sup>

Ada satu ungkapan lama "*hard cases make bad law*" (kasus-kasus berat membuat hukum buruk). Arti *hard cases make bad law* sebenarnya, menurut Neil McCormick, menyangkut kasus-kasus di mana hukum mempunyai dampak yang sulit bagi seseorang yang situasinya menimbulkan simpati. Dalam kasus seperti ini ada satu godaan yang tak terhindarkan untuk memberikan suatu penafsiran hukum yang dipaksakan untuk menghindari dampak kerumitan pada kasus individu. Pernyataan kasus sulit (*hard case*) membuat putusan hukum buruk sama dengan

<sup>390</sup> Ibid., al. 1391.

<sup>391</sup> Ronald Dworkin, In *Essays in Legal Philosophy* (ed. Summers), 1968, hal 43-44.

<sup>392</sup> Freeman, Op.Cit., hal 1392.

suatu peringatan untuk menghentikan dari pembengkokan hukum karena keterpaksaan individu yang luar biasa. Kasus R melawan Dudley and Sephens. Para pelaut dari kecelakaan kapal, menderita karena kekurangan air dan makanan, semuanya menghadapi kematian yang pasti, sehingga membunuh yang terlemah dari mereka dan meminum darahnya. Akhirnya mereka selamat. Kemudian mereka ditangkap, dituntut, dan diadili karena pembunuhan. Apakah hukum harus ditafsirkan memperbolehkan suatu perbuatan membunuh yang lain karena alasan mempertahankan hidup dalam keadaan sangat terpaksa dan apabila tidak dilakukan semua akan mati ?<sup>393</sup>

Ketua pengadilan Inggris 1884 itu berpendapat bahwa suatu pembelaan semacam itu tidak terhindarkan membentuk situasi di mana dalam keadaan darurat akan menjadi hakim dari kebenarannya sendiri untuk tetap hidup atas pengorbanan yang lain. Si terdakwa dituntut untuk dihukum mati. Memang suatu kasus yang sulit dan dilematis, tetapi hakim di pengadilan berpendapat bahwa orang tidak diperbolehkan membuat hukum buruk, yakni hukum yang akan memperbolehkan pembelaan atas situasi seperti itu, tetapi kesulitan dari hukum adalah mengurangi hukuman melalui pengujian dari prerogatif pengampunan. Hukuman diubah atau diringankan dari hukuman seumur hidup, si terpidana hanya cukup menjalani hanya sekitar enam bulan setelah putusan dijatuhkan.<sup>394</sup>

Ungkapan lama “ *hard cases make bad law*” selama beberapa dekade telah berubah artinya, karena pengaruh dari Ronald Dworkin yang menyarankan bahwa kasus “*hard cases*” semacam itu kadang-kadang memberikan suatu terobosan untuk membuat hukum menjadi lebih baik.

Sebagai contoh “*hard case*”, mengenai posisi Mrs Sorenson yang telah dirugikan karena meminum sejumlah obat generik tertentu yang saat itu dibuat oleh beberapa perusahaan farmasi besar. Dia telah menderita kerugian jangka panjang untuk kesehatannya, disebabkan oleh obat yang diduga bermasalah. Persoalannya

<sup>393</sup> Neil Maccormick, *Rhetoric and the Rule of Law A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, hal. 49.

<sup>394</sup> Satu argumen beralih pada teori bahwa kompensasi berdasarkan hukum ganti rugi berdasarkan pada resiko. Perusahaan obat membuat keuntungan substansial dari penjualan obat, tapi dalam keadaan apa resiko obat terbukti berbahaya bagi beberapa orang untuk menggunakannya sebagai obat yang harus menggunakan resep dokter. Di satu sisi, dipersoalkan mengenai suatu prinsip tanggung jawab profesional berdasarkan kerugian. Di sisi lain, hal itu juga dapat dipertanyakan bahwa hanya seseorang yang telah menyebabkan kerugian harus dianggap bertanggung jawab untuk itu. Jika itu tidak dapat dibuktikan siapa yang menyebabkan kerugian, tidak seorang pun dapat dianggap bertanggung jawab untuk itu sebagaimana dalam prinsip klasik bahwa tidak ada tanggung jawab tanpa kesalahan (There can be liability without fault). Ibid.

menjadi rumit karena Sorenson telah menggunakan berbagai macam obat dari berbagai pabrik. Dia tidak mengetahui secara pasti, pabrik mana yang obatnya dikonsumsi sehingga menyebabkannya sakit. Lalu dapatkah dia menuntut seluruh pabrik obat tersebut dengan mengklaim suatu kontribusi yang proposional untuk keputusan ganti rugi ?<sup>395</sup>

Sebagai perbandingan, pada awal tahun 1999 pengadilan negeri Amsterdam memerintahkan dilanjutkan penuntutan pidana terhadap Geert Wilders, anggota Kamar Kedua di Parlemen Belanda. Wilders dituntut karena melanggar ketentuan Pasal 137c dan 137d Sr. (KUHPidana Belanda). Di dalam ketentuan-ketentuan tersebut diancam dengan pidana tindakan menghina sekelompok orang, di muka umum, berkaitan dengan, agama tertentu dan membangkitkan kebencian dan diskriminasi terhadap sekelompok orang, antara lain, karena agama yang dianut kelompok tersebut. Sebelumnya OM (kejaksaan) di Amsterdam telah memutuskan untuk tidak melakukan penuntutan pidana terhadap Wilders. OM berpendapat bahwa pernyataan-pernyataan Wilders yang menghebohkan itu masih tercakup ke dalam wujud penggunaan hak atas kebebasan menyatakan pendapat yang dilindungi oleh konstitusi.<sup>396</sup>

Bagi kaum positivis kasus berat (*hard cases*) tersebut adalah bukan suatu masalah yang terlalu dirisaukan. William Lucy mengatakan bahwa para hakim ortodoks menganggap hukum sudah lengkap dan tidak ada celahnya.<sup>397</sup> sehingga tidak perlu mencemaskannya. Pandangan semacam itu melukiskan hukum mampu mengantisipasi dan menghasilkan jawaban yang pasti dan benar dalam hampir semua kasus.

Berbeda dengan Dworkin yang melihat “*hard cases*” sebagai laboratorium istimewa. Bagi Dworkin, bagaimanapun “*hard cases*” sangat signifikan (sebagai kasus penting) yang menguji prinsip-prinsip fundamental. Terobosan putusan hakim menjadi penting karena tidak semua kasus hukum yang kompleks dan berat (*hard cases*) dapat secara langsung ditemukan jawabannya dalam hukum positif yang tersedia. Dalam “*hard cases*” diperlukan kemampuan menganalisis, menginterpretasi,

---

<sup>395</sup> Ibid. hal 50.

<sup>396</sup> Arend Soeteman, *Kebenaran Menurut Ilmu Hukum*, (diterjemahkan Tristam Moeliono) Oratio Perpisahan, 2009, hal. 1.

<sup>397</sup> Ibid. hal 52.

dan melakukan terobosan hukum untuk mendapat jawaban yang memadai.<sup>398</sup> Setiap kasus (baik “*hard cases*” maupun “*clear cases*”) pada hakikatnya unik sehingga memerlukan interpretasi hukum yang baru, atau dengan kata lain, tidak pernah ada dua perkara yang sepenuhnya serupa.

Menghadapi kasus yang rumit (*hard cases*) tersebut, Dworkin menyarankan hakim tidak cukup menyalin pasal dalam peraturan perundang-undangan semata, melainkan harus melakukan interpretasi. Pemikiran sentral Dworkin dalam teori adjudikasi adalah penting untuk melibatkan interpretasi konstruktif dari praktek hukum. Dworkin mengingatkan, upaya interpretasi konstruktif bukan hanya sekedar metode untuk mengembangkan suatu teori adjudikasi, melainkan komitmen dan integritas hakim dalam memutuskan kasus. Dworkin menyatakan: “*Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people’s rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community. They try to make that complex structure and record the best there can be*”.<sup>399</sup>

Putusan hakim memang sering mengundang perdebatan terutama ketika dipandang tidak sesuai dengan dengan teori adjudikasi yang sudah lazim. Menurut teori hukum klasik, lanjut Dworkin, hakim memutus kasus dalam dua langkah; (1) *they find the limit of what the explicit law requires, and* (2) *they then exercise an independent discretion to legislate on issues which the law does not reach*. Langkah pertama, hakim berusaha menemukan ketentuan yang secara eksplisit ditegaskan oleh hukum yang berlaku. Apabila tidak ada hukum yang mengaturnya, maka langkah kedua, hakim dapat melakukan diskresi independen untuk menciptakan hukum untuk

<sup>398</sup> Meskipun demikian, menurut Dworkin, para hakim bukan, dan seharusnya tidak, menjadi pembuat hukum. Karena itu bagi Dworkin, tetap dibutuhkan teori yang lebih memadai untuk menangani ‘kasus berat’. Kalau hakim tidak boleh membuat hukum sementara dia dihadapkan kasus berat, bagaimana terobosan hukum bisa dimungkinkan? Dworkin berpendapat, “*I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win.*” Tanpa peraturan yang ditentukan untuk kasus sekalipun, salah satu pihak yang berperkara tetap berhak memenangkan perkara. Dengan demikian, tugas hakim, menurut Dworkin, menemukan hak-hak dari pihak-pihak yang berperkara dan bukannya menerapkan hukum baru secara restrospektif. Pertanyaannya, kalau dalam kasus berat tidak tersedia prosedur untuk menentukan apa yang menjadi hak hukum setiap pihak, lalu apakah hakim memeriksa dan memutus perkara tanpa prosedur apa pun? Dworkin menjawab pertanyaan itu dengan memberi perbedaan yang jelas antara apa yang disebut argumen prinsip (argument of principles) dan argumen kebijakan (argument of policies). Disebut argumen kebijakan ketika hakim berusaha mempertanggungjawabkan keputusan dengan menunjukkan manfaat bagi komunitas politik secara keseluruhan. Sementara itu, argumentasi prinsip adalah argumen hakim yang membenarkan putusan karena pada dasarnya menghormati atau melindungi hak-hak individu atau kelompok, misalnya anti-diskriminasi dimana minoritas mempunyai hak untuk mendapatkan penghargaan dan perhatian yang sama. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, hal. 81- 130

<sup>399</sup> Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, hal. 225. Lihat juga, Freeman, hal. 1394.

diterapkan pada kasus yang tidak terjangkau oleh hukum yang ada. Jadi, hakim harus memastikan terlebih dahulu bahwa hukum yang ada tidak mampu menjangkau permasalahan yang dihadapi atau tidak dapat digunakan untuk menyelesaikan secara adil terhadap kasus yang dihadapi. Baru kemudian ada alasan hakim untuk melakukan diskresi guna menemukan hukum baru.<sup>400</sup>

Penalaran hukum merupakan sebuah proses upaya untuk mencapai putusan pengadilan. Namun, proses penalaran hukum dalam bentuk distrukturkan seolah-olah didasarkan logika mekanis, padahal dalam kenyataannya penalaran hukum tidak mungkin tanpa merujuk kebijakan yang mendasari hukum.<sup>401</sup> Jadi, penalaran hukum tidak datar seperti rumus matematika, bebas dari emosi, tanpa perasaan, dan bekerja seperti tombol mesin, melainkan dipengaruhi faktor manusiawi sang hakim.<sup>402</sup>

Frase “*to think like a lawyer*”, menurut Kenneth J. Vandavelde, adalah “... *a way of thinking that is characterized by both the goal pursued and the method used*”. “*Thinking like a lawyer*”, secara esensial mensyaratkan permulaan dengan situasi faktual, dan melalui sejumlah proses, sampai sebuah konklusi, yang apabila diturunkan dalam sebuah metode penalaran hukum akan menempuh lima langkah, yaitu:<sup>403</sup>

<sup>400</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Op.Cit.,hal. 125

<sup>401</sup> Ibid, hal 2 - 3.

<sup>402</sup> Positivisme Hukum percaya bahwa subyek harus terpisah dengan obyek. Distansi ini diperlukan karena dengan jalan demikian hukum dapat menjadi obyektif dan bebas nilai. Untuk mendapatkan putusan yang obyektif, hakim harus berpegang teguh pada sistem hukum positif agar penafsiran subyektif dapat diminimalisasi. Tafsir hukum hanya mungkin dengan memperhatikan hirarki peraturan perundang-undangan: mulai dari norma hukum dasar (konstitusi) sampai dengan norma hukum yang paling rendah. Di Indonesia hal ini dilakukan dengan memperhatikan bagian “Mengingat” – sebuah norma hukum (UUD, UU/Perpu, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah) harus dibuat dengan mengacu pada berbagai norma hukum yang lebih tinggi statusnya sampai dengan UUD. Bagian “Mengingat” inilah yang mencegah kemungkinan seseorang mempraktekkan tafsir non-hukum saat membuat atau mempraktekkan hukum. Positivisme Hukum memandang hakim terdiri dari orang-orang yang netral. Hal ini teradi karena imparisialitas lembaga pengadilan sudah dijamin dalam undang-undang sehingga tidak perlu ada keraguan apapun terhadap netralitas tersebut. Keharusan hakim menjadi corong undang-undang sebagaimana diajarkan Positivisme Hukum klasik agar kehendak yang terkandung dalam norma positif itu tidak terdeviasi Tetapi permasalahannya, hakim sebagai seorang manusia biasa tentu tidak mungkin bebas nilai dan steril dari persoalan psikologis, kepentingan, ideologis, terlebih lagi hakim harus menafsirkan undang-undang dan mengaitkan dengan fakta. Maksud mengeliminasi anasir-anasir subyektif untuk mendapatkan putusan yang obyektif, bukankah merupakan subyektivitas lain yang tersembunyi ?

<sup>403</sup> Kenneth J. Vandavelde, *Thinking Like A Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning* (Colorado: Westview Press, 1996), hal. 1-2.

- a. *indentify the applicable sources of law, usually statutes and judicial decisions* (mengidentifikasi sumber hukum yang dipakai, biasanya berupa peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan);
- b. *analyze these source of law to determine the applicaple rules of law and the policies underlying those rules* (menganalisis sumber hukum tersebut untuk menentukan aturan hukum yang dipakai dan kebijakan dalam aturan tersebut);
- c. *synthesize the applicable rules of law into a coherent structure in which the more specific rules are grouped under the more general ones* (mensintesisakan aturan hukum yang dipakai tersebut ke dalam struktur yang koheren, yang mana aturan-aturan yang lebih khusus dikelompokkan di bawah aturan umum);
- d. *research the available facts*( meneliti fakta-fakta yang tersedia );
- e. *apply the structure of rules to the facts to ascertain the rights or duties created by the facts, using the policies underlying the rules to resolve difficult cases.* (menerapkan struktur aturan tersebut kepada fakta-fakta untuk memastikan hak atau kewajiban yang dikreasi dari fakta-fakta itu, dengan menggunakan kebijakan yang terletak dalam aturan-aturan hukum untuk memecahkan kasus-kasus sulit)

Sebagai perbandingan, menurut Gr. Van der Burght dan J.D.C. Winkelman bahwa seorang hakim harus melakukan tujuh langkah dalam menghadapi suatu kasus, yaitu:<sup>404</sup>

- a. meletakkan kasus dalam sebuah peta (memetakan kasus) atau memaparkan kasus dalam sebuah ikhtisar (peta), artinya memaparkan secara singkat duduk perkara dari sebuah kasus (menskematisasi);
- b. menerjemahkan kasus itu ke dalam per-istilahan yuridis (mengkualifikasi; pengkualifikasian);
- c. menyeleksi aturan-aturan hukum yang relevan;
- d. menganalisis dan menafsirkan (interpretasi) terhadap aturan-aturan hukum itu;
- e. menerapkan aturan-aturan hukum pada kasus;
- f. mengevaluasi dan menimbang (mengkaji) argumen-argumen dan penyelesaian;

<sup>404</sup> Gr. Van der Brught & J.D.C Winkelman," *Penyelesaian Kasus*," terjemahan B. Arief Sidharta, Jurnal Pro Justitia, Tahun XII, No. 1, Januari 1994, hal. 35-36, dikutip Shidarta, Op.cit., hal. 197.

- g. merumuskan (formulasi) penyelesaian.

Kenneth J. Vandevelde mengandaikan hakim pertama kali mengidentifikasi sumber hukum sebelum memeriksa faktanya. Padahal nalar hakim tidak selinier sebagaimana dibayangkan Vandevelde bahwa penalaran hakim selalu bermula dari peraturan. Dalam praktek, penalaran hakim bukan berawal dari peraturan melainkan pemeriksaan kasus. Sebagaimana pemikiran Gr. Van der Burght dan J.D.C. Winkelman, penalaran hakim bermula dari pemeriksaan kasus dan baru kemudian menerjemahkan kasus itu ke dalam per-istilahan yuridis (mengkualifikasi; pengkualifikasian).

Kegiatan penemuan hukum sesungguhnya telah dimulai pada langkah pengkualifikasian ini. Penemuan hukum (*rechtsvinding*) adalah sebuah aspek penting dari ilmu hukum dan praktik hukum. Namun antara penemuan hukum sebagai sebuah kegiatan keilmuan dan penemuan hukum di dalam praktik hukum terdapat suatu perbedaan yang mencolok. Ilmuwan hukum misalnya dapat berfilsafat tanpa batas tentang semua kemungkinan penyelesaian teoritikal terhadap masalah hukum tertentu, sedangkan dalam praktik hukum, hakim harus memberikan putusan hukumnya dalam jangka waktu yang masuk akal (*binnen redelijk termijn, within reasonable time*).<sup>405</sup> Keterbatasan waktu itu menyebabkan seorang hakim dituntut tidak hanya pada ketepatan substansi dalam penemuan hukum melainkan ketepatan waktu.

Fakta-fakta<sup>406</sup> yang dikemukakan para pihak umumnya disampaikan dalam bentuk simbol, sebagian besar berupa kata-kata, yang mungkin dimaknai secara berbeda menurut konsep yuridis. Van der Burght dan Winkelman memberi contoh kata “membeli”. Bagi masyarakat kebanyakan istilah “membeli” sering digunakan untuk menyatakan bahwa seseorang menjadi pemilik suatu benda. Padahal, dalam konsep hukum, kata ini menunjukkan hal mengadakan perjanjian *obligatoir* yang (dikemudian hari) akan menimbulkan penyerahan (*levering*) dan perolehan hak milik (*eigendomsverkrijging*).<sup>407</sup>

<sup>405</sup> J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Ars Aeuqui Libri, Nijmegen, 1995 (diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta “Penemuan Hukum”, Laboratorium Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2001), hal.1.

<sup>406</sup> Pada tingkat kasasi (MA) hakim agung tidak lagi melihat dan membicarakan fakta. Yang dilakukan adalah memeriksa apakah hukum telah dijalankan dengan benar oleh pengadilan tingkat bawah (Judex juris). Namun ketika hakim agung mempelajari memori kasasi dan kontra memori memori kasasi yang diajukan masing-masing pihak, hakim sebenarnya sedang mengidentifikasi fakta-fakta yang tercantum dalam berkas-berkas itu.

<sup>407</sup> Shidarta, Op.Cit., hal. 201.

Dalam sistem hukum Indonesia, secara klasik sumber hukum formal terdiri dari peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, doktrin, traktat, kontrak (perdata), dan kebiasaan. Menurut J.A. Pontier bahwa penggantian istilah undang-undang (*wet*) dengan istilah hukum (*recht*), berkaitan dengan pengakuan bahwa tidak semua hukum dapat ditemukan dalam undang-undang. Undang-undang yang berasal dari badan otoritas publik (legislatif) yang berwenang melakukan pembentukan aturan, hukum yang tertulis, adalah bukan satu-satunya hukum yang mempunyai arti sebagai sumber dari hukum. Juga pada hukum yang tidak tertulis dapat diberikan arti hukum.<sup>408</sup>

Putusan-putusan Hoge Raad (Mahkamah Agung Belanda) mengajarkan bahwa dalam kasasi perujukan dapat dilakukan pada aturan-aturan hukum tidak tertulis dan asas-asas hukum tidak tertulis dan pengawasan terhadap penerapannya dijalankan oleh Hoge Raad.<sup>409</sup>

Kebiasaan sebagai sumber-sumber hukum tidak tertulis harus diberikan status sumber hukum formal. Pandangan tentang moral, kewajaran, kelayakan, kepatutan, dan seterusnya hanya dapat menjadi sumber hukum jika mereka ditautkan atau dicarikan landasannya pada salah satu dari sumber-sumber hukum formal tersebut.<sup>410</sup>

Terhadap pandangan bahwa kebiasaan adalah sumber hukum mandiri ada yang mengajukan keberatan. Di masa lalu orang menunjuk pada pasal 3 Wet Algemene Bepalingen (untuk Indonesia: Pasal 15 AB) yang berbunyi: “*Gewoonte geeft geen recht dan alleen wanneer de wet daarop verwijst*” (kebiasaan adalah bukan hukum kecuali undang-undang menunjuknya).<sup>411</sup>

Langkah berikutnya yang harus dilakukan hakim adalah menyeleksi sumber hukum dan aturan hukum yang relevan untuk kemudian menggali makna hukum yang tersimpan dalam sebuah aturan. Ketika mengidentifikasi aturan hukum kadang dijumpai (a) kekosongan hukum (lebih tepat disebut kekosongan undang-undang); (b) konflik norma; (c) norma hukum yang kabur.

<sup>408</sup> Pada abad XIX tekanan terletak pada titik tolak bahwa hakim harus menerapkan undang-undang seketat mungkin. Di Belanda, hakim dan Hoge Raad awalnya mengambil sikap ‘legistik’ namun hingga derajat tertentu berangsur-angsur di dalam pengadilan juga Hoge Raad diberikan arti pada hukum tidak tertulis. Dalam *Arrest Lindenbaum-Cohen* dari tahun 1999, Hoge Raad sudah secara jelas memperlihatkan pandangan (keyakinan) bahwa undang-undang (*wet*) dan hukum (*rechts*) tidak saling berimpitan. Pada waktu itu Hoge Raad memutuskan, “...bahwa sesungguhnya perkataan “onrechtmatig” (melanggar hukum, melawan hukum) tidak sama dengan bertentangan dengan ketentuan undang-undang.” Lihat, J.A. Pontier., *Op.Cit.*, hal. 12.

<sup>409</sup> *Ibid.*

<sup>410</sup> *Ibid.* 12

<sup>411</sup> Untuk konteks sistem hukum Indonesia, kedudukan kebiasaan ini menjadi permasalahan, mengingat terminologi kebiasaan sering dikaitkan hukum adat. Dalam konteks Indonesia, kebiasaan yang termasuk kategori hukum adat ini tidak dapat serta merta dapat dijadikan hukum formal.

Dalam menghadapi kekosongan undang-undang, hakim berpegang pada asas *ius curia novit*. Dengan asas ini hakim dianggap tahu hukum, ia tidak boleh menolak suatu perkara yang diajukan padanya dengan alasan tidak ada aturannya atau aturan tidak jelas, melainkan ia wajib menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.<sup>412</sup>

Dasar hukum bagi hakim dalam menemukan hukum adalah Undang-undang No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang kemudian dirubah dengan Undang-undang No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum, pencari keadilan datang padanya untuk memohon keadilan, maka andaikata ia tidak menemukan hukum tertulis, hakim wajib menggali hukum yang tidak tertulis dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat. Dalam Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan: “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.”

Maksud Pasal 16 ‘diperjelas’ dalam Pasal 28 ayat (1) yang berbunyi: Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.”

Asas *ius curia novit* yang telah dirumuskan dalam bentuk norma ini (hukum positif) sesungguhnya diam-diam berseberangan dengan aliran Positivisme Hukum. Namun demikian, dalam negara yang berkiblat pada tradisi Civil Law, hakim tetap berusaha akan melihat lebih dulu kepada undang-undang daripada sumber hukum lainnya. Jika terjadi konflik antar norma, hakim berpegang pada asas-asas hukum seperti asas *lex superior derogat lege inferiori* (undang-undang yang lebih tinggi mengalahkan yang lebih rendah); asas *lex posteriori derogat lege priori* (undang-undang yang terbaru mengalahkan yang lebih rendah); asas *lex specialis derogat lege generali* (undang-undang yang khusus mengalahkan yang umum).

---

<sup>412</sup> Sebagai contoh dalam putusan Pengadilan Negeri Jakarta Barat/Selatan No. 546/73 tanggal 14 November 1973 telah berhasil mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan tentang pergantian jenis kelamin. Pertimbangan hakim bahwa merupakan kenyataan seseorang hidup dalam masyarakat dimana dua jenis mahluk hidup Illahi, laki-laki dan perempuan terdapat pula segolongan orang yang hidupnya diantara kedua mahluk tersebut diatas. Dalam melengkapi kekosongan peraturan perundang-undangan tentang perubahan kelamin, hakim meninjau pula dari segi agama yang disesuaikan dengan keyakinan si pemohon yaitu Kristen Protestan yang menegaskan, bahwa perubahan kelamin tidak bertentangan dengan Agama Kristen Protestan apabila perubahan kelamin itu merupakan satu-satunya untuk menolong penderitaan agar ia dapat hidup sebagai manusia yang wajar.

Cara berpikir ini jelas dipengaruhi oleh ajaran Hans Kelsen tentang *Stufenbau des Recht* yang menekankan tentang adanya hirarkis peraturan perundang-undangan. *Stufenbau des Recht* mengajarkan bahwa sistem hukum adalah hirarkis di mana suatu ketentuan hukum tertentu bersumber pada ketentuan hukum lainnya yang lebih tinggi. Ketentuan yang tertinggi adalah *grundnorm* atau norma dasar yang bersifat hipotetis. Ketentuan yang lebih rendah adalah ketentuan hukum yang lebih konkrit daripada yang lebih tinggi. Norma yang lebih tinggi menjadi sumber atau landasan dari norma yang lebih rendah.<sup>413</sup> Apabila kontradiksi norma dapat teratasi maka komposisi sumber-sumber hukum itu dapat diterapkan.

Namun demikian, norma-norma hukum itu belum “berbicara” untuk memecahkan kasus, terlebih lagi bila norma-norma yang dirumuskan tidak jelas. Suatu norma tidak dapat menjelaskan dirinya sendiri, ia (norma) membutuhkan manusia untuk menafsirkannya. Seorang hakim, menurut Van der Burght dan Winkelman, perlu melakukan interpretasi atas norma.<sup>414</sup>

Alasan mengapa hakim masih perlu melakukan interpretasi atas undang-undang, menurut Scholten sebagaimana dikutip penerusnya yang juga dosen Filsafat Hukum Universitas Leiden, Carel E. Smith, sebagai berikut,” *According to Scholten there are no ready-made rules. Firstly rules are not always clear; secondly the system of rules displays sometimes lacunae; finally the application of clear rules often entails unreasonable result.*”<sup>415</sup>

Paul Scholten menegaskan,”*Het recht is er, doch het moet gevonden worden; in de Vondst zit het nieuwe*” (Hukum itu telah ada, tetapi masih harus ditemukan; dalam hukum yang ditemukan terdapat hal yang baru). Menurut Scholten, tiap undang-undang, rumusan yang terbaik sekalipun, masih memerlukan penafsiran. Dengan kata lain, hukum itu ada dalam undang-undang, tetapi masih harus ditemukan.<sup>416</sup> Argumentasi hukum sebagai suatu sistem terbuka (*Open System Van Het Recht*) yang diajukan Scholten merupakan kritik terhadap pendapat Positivisme Hukum yang berpendapat bahwa hukum adalah kesatuan logis yang tertutup (*closed*

<sup>413</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Diterjemahkan oleh Anders Wedberg, Renewed, Russel & Russel New York, 1973, hal 124.

<sup>414</sup> Syarat pertama, adalah mengenali isi suatu aturan dengan baik, menganalisis dan mengikhtisarkan teks demikian dengan secara gramatikal. Syarat kedua adalah pengetahuan tentang pengertian-pengertian yang digunakan dalam aturan hukum, misalnya apa arti suatu benda terdaftar (*registergoed*) itu ? Apa pengalihan (*overdracht*) itu ? Apa arti itikad baik (*te goedertrouw*) ? Gr. Van der Brught & Winkelman, Op.Cit., hal. 41. Lihat juga Shidarta, op.cit., hal 210 – 211.

<sup>415</sup> Carel E. Smith, *The Paradigm of the Dutch Theory of Law: Adjudication as an Evaluative Activity*,

<sup>416</sup> Carel. E. Smith, *Ibid.* Gr. Van der Brught & Winkelman, Op.Cit, 42.

*logical system*). Dua atau tiga orang membaca teks hukum yang sama dapat menghasilkan pemaknaan yang berbeda, kenyataan itu menjelaskan mengapa ada *dissenting opinion*<sup>417</sup> dalam putusan hakim. Artinya, teks hukum selalu terbuka untuk ditafsirkan, sekalipun teks hukum itu sendiri mengatakan bahwa apa yang dituliskan sudah sangat jelas.

Banyak metode interpretasi yang satu sama lain saling melengkapi. Tiap-tiap metode memiliki karakternya sendiri sehingga tidak ada petunjuk yang mengkaidahi hakim secara memaksa dalam sebuah kasus konkrit. Di bawah ini dapat dilihat uraian singkat tentang bermacam-macam metode penafsiran.

### 1. Penafsiran Gramatikal

Penafsiran menurut bahasa atau makna leksikal. Bahasa merupakan ‘rumah berpikir’ yang dipakai pembuat undang-undang untuk menyatakan kehendaknya. Karena itu, pembuat undang-undang harus menyatakan kehendaknya dengan kata-kata yang jelas. Namun adakalanya pembuat undang-undang tidak mampu memakai kata-kata yang jelas. Dalam hal ini, hakim harus berusaha memahami teks yang didalamnya kaidah hukum itu dinyatakan menurut pemakaian bahasa sehari-hari, meminta penjelasan dari ahli bahasa, atau dari makna teknis-yuridis yang sudah dilazimkan.<sup>418</sup>

### 2. Penafsiran Sejarah Undang-Undang

Setiap peraturan perundang-undangan mempunyai sejarah. Hakim yang menggunakan pendekatan sejarah memungkinkan untuk memahami hukum secara lebih mendalam tentang konteks dan suasana kebatinan ketika peraturan itu dirumuskan, sehingga dapat memperkecil kekeliruan, baik dalam pemahaman maupun penerapan suatu ketentuan hukum. Disamping itu, hukum pada masa kini dan hukum masa lampau mempunyai kesalinghubungan.<sup>419</sup>

<sup>417</sup> Yang dimaksud *dissenting opinion* adalah opini atau pendapat tertulis yang dibuat oleh satu atau lebih anggota majelis hakim yang tidak setuju (disagree) dengan keputusan yang diambil oleh mayoritas anggota majelis hakim. Dissenting opinion biasanya dimuat dalam bagian akhir putusan setelah putusan mayoritas. Dissenting opinion diatur dalam Pasal 19 ayat (5) UU No. 5 tahun 2004 tentang Perubahan UU No. 14 tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman bahwa dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda wajib dimuat dalam putusan.

<sup>418</sup> Contoh penafsiran gramatikal: istilah “menggelapkan barang” diartikan sebagai “menghilangkan atau mencuri barang yang dipercayakan kepadanya.”

<sup>419</sup> Contoh penafsiran sejarah: dari penafsiran sejarah dapat diketahui latar belakang perlunya mengamandemen UUD 1945. Alasan historis, sejak semula dalam sejarahnya UUD 1945 memang

### 3. Penafsiran Sejarah Hukum

Hakim merujuk pendirian penulis-penulis hukum masa lampau yang dipandang pemikirannya masih berpengaruh. Metode sejarah hukum dalam praktik peradilan jarang terjadi.

### 4. Penafsiran Teleologis

Penafsiran berdasarkan tujuan dan jangkauannya. Setiap peraturan perundang-undangan mempunyai tujuan tertentu. Hakim harus mencari tujuan dari peraturan yang bersangkutan. Penggunaan metode teleologi ini bermaksud melindungi kepentingan tertentu dengan memperhitungkan konteks kenyataan masyarakat aktual.<sup>420</sup>

### 5. Penafsiran Sistematis<sup>421</sup>

Penafsiran sistematis terjadi jika hakim pada penguraian formulasi dari sebuah kaidah hukum mendasarkan makna dari kata-kata yang terdapat di dalamnya pada perkaitan kalimat (*zinsverband*) atau pada hubungan dengan kaidah-kaidah lain. Dalam sebuah tatanan hukum sangat menitikberatkan kodifikasi, maka perujukan pada sistem dari undang-undang atau kitab undang-undang akan merupakan kejadian biasa. Perundang-undangan mewujudkan sebuah sistem. Diantara berbagai ketentuan yang ada di dalamnya terdapat kesaling-terhubungan dan kesaling-terhubungan itu ikut menentukan makna mereka.<sup>422</sup>

---

didesain oleh para pendiri negara (BPUPKI; PPKI) sebagai UUD yang bersifat sementara, karena dibuat dan ditetapkan dalam suasana ketergesa-gesaan. M. Yamin mengutip statement Ir Soekarno selaku Ketua PPKI pada tanggal 18 Agustus 1945 untuk menegaskan sifat kesementaraan UUD 1945 sebagai berikut: "... bahwa Undang-Undang Dasar yang buat sekarang ini, adalah Undang-Undang Dasar sementara. Kalau boleh saya memakai perkataan: ini adalah Undang-Undang Dasar kilat. Nanti kalau kita telah bernegara di dalam suasana yang lebih tenteram, kita tentu akan mengumpulkan kembali Majelis Perwakilan Rakyat yang dapat membuat Undang-Undang Dasar yang lebih lengkap dan lebih sempurna..."

<sup>420</sup> Pencurian daya listrik meskipun tidak berwujud, tetapi dialirkan melalui kawat adalah "sesuatu barang" yang dapat diambil dengan maksud untuk "memilikinya". Hoge Raad pada tahun 1921 harus memutuskan apakah pengambilan energi listrik untuk memilikinya dapat dipandang sebagai "pencurian" dalam arti 310 WvS (Pasal 362 KUHP). Perdebatan menajam pada kata-kata "barang" (*eenig goed*). *Advocaat generaal* para Hoge Raad dalam konklusinya berpendapat kata-kata dalam pasal yang mengatur pencurian hanya berkaitan dengan obyek-obyek jasmaniah; dan perundang-undangan pidana bukanlah tempat untuk memakai kata-kata "dalam makna yang dapat diubah-ubah". Namun Hoge Raad memberikan putusan yang berbeda: ia menunjuk pada **tujuan** dari pasal 310 WvS, yakni perlindungan kekayaan orang lain, dan menetapkan bahwa energi listrik memperlihatkan ciri-ciri khas dari sebuah obyek kekayaan.<sup>420</sup> Artinya apa? Pembaruan teks dengan memasukkan listrik sebagai barang, tidak terjadi melalui pengubahan teks hukum, melainkan penafsiran dalam

<sup>421</sup> J.A. Pontier, *Op.Cit.*, hal 27.

<sup>422</sup> Contoh penafsiran sistematis: Contoh penafsiran sistematis: menurut hukum perdata (pasal 499 KUHP perdata) benda adalah setiap barang dan hak yang dapat dikuasai oleh hak milik, yang berarti

## 6. Penafsiran Antisipatif

Hakim dalam memutus suatu sengketa hukum dilakukan perujukan pada sebuah rancangan perundang-undangan di masa depan (RUU).<sup>423</sup>

## 7. Penafsiran Otentik

Pembuat undang-undang biasanya memberikan tafsiran sendiri tentang arti atau istilah yang digunakan dalam peraturan perundangan. Hakim tidak diperkenankan melakukan penafsiran dengan cara lain selain dari apa yang dicantumkan dalam peraturan itu sendiri, yang biasanya diletakkan dalam rumusan ketentuan umum atau bagian penjelasan.<sup>424</sup>

Di luar metode-metode interpretasi tersebut, metode penemuan hukum lain adalah konstruksi hukum, atau disebut juga metode argumentasi. Scholten menggambarkan metode konstruksi sebagai berikut:<sup>425</sup> *“Omdat rechtstoepassing is logisch subsumeeren, is de logische arbeid van inductief verzamelen van gegevens; deze reduceeren tot algemeene begrippen en uit deze weder tot nieuwe conclusies deduceeren; het werk der rechtswetenschap bij uitnemendheid”*. (Oleh karena penerapan hukum merupakan subsumsi logis, maka kegiatan utama ilmu hukum adalah secara logis induktif mengumpulkan data, mereduksi data tersebut menjadi pengertian umum, lalu pengertian umum dideduksikan kembali menjadi konklusi-konklusi baru). Sedangkan Lieber lebih radikal memaknai ‘konstruksi’ sebagai penarikan kesimpulan mengenai pokok-pokok bahasan yang ada di balik ekspresi langsung teks, yakni kesimpulan yang terkandung dalam semangat dan bukan pada huruf yang tertera pada teks.<sup>426</sup>

---

dapat menjadi obyek pemilikan. Karena tidak mengenal perbudakan, manusia termasuk mayat dalam hukum perdata tidak termasuk dalam objek kepemilikan. Akan tetapi dalam hukum pidana mayat adalah milik ahli warisnya dalam batas tertentu karena ahli warisnya yang menentukan saat atau tempat pemakamannya, boleh tidaknya diadakan otopsi, pencabutan gigi emasnya, pembongkaran makamnya, dan sebagainya (HR 25 Juni 1946, NJ 1946, 503). Lihat, Sudikno Mertokusumo, Penemuan Hukum, Penerbit Universitas Atmajaya Yogyakarta, 2010, hal. 76-77

<sup>423</sup> rumusan delik “pencurian” atas informasi elektronik via internet ditetapkan dengan berpedoman pada rumusan RUU Teknologi Informasi. Contoh diambil dari Shidarta, Op.Cit., hal 214.

<sup>424</sup> Contoh penafsiran otentik: semua kata “penyidik” yang ada dalam KUHAP harus ditafsirkan sesuai bunyi pasal 1 KUHAP tersebut, yaitu pejabat polisi negara Republik Indonesia atau pejabat pegawai negeri sipil yang diberi wewenang khusus oleh undang-undang untuk melakukan penyidikan.

<sup>425</sup> Paul Scholten, Mr. C Asser’s Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandsch Burgelijk Recht: Algemeen Deel, dikutip oleh Shidarta, Op.cit., hal. 215.

<sup>426</sup> Francis Lieber, *Manual of Political Ethics*, 2 vols., 2d ed. Philadelphia: Lippincott, 1911. Lihat juga, Frank Freidel, *Francis Lieber: Nineteenth Century Liberal*, Louisiana State University Press, 1947, hal. 25-26.

Dalam konstruksi hukum, menurut Benyamin Cardozo, pola atau standar kegunaan akan ditemukan oleh hakim dalam kehidupan masyarakat, dengan cara yang sama sebagaimana ditemukan pembentuk undang-undang. Cardozo berpendapat bahwa hakim memperoleh pengetahuan sama sebagaimana pembentuk undang-undang memperolehnya, dari pengalaman, penyelidikan dan pemikiran, singkatnya dari kehidupan itu sendiri.<sup>427</sup>

Pekerjaan mengkonstruksi hukum dapat dilakukan dengan berbagai cara, yaitu analogi, penghalusan hukum dan *argumentum a-contrario* yang apabila dijabarkan sebagai berikut:

a. Analogi

Metode analogi<sup>428</sup> berarti memperluas makna peraturan perundang-undangan dengan menerapkan terhadap peristiwa konkret yang serupa atau mirip dengan peristiwa yang secara eksplisit di atur dalam undang-undang. Dalam metode analogi, hakim berusaha menemukan esensi yang lebih umum dari suatu peristiwa hukum baik telah diatur oleh undang-undang maupun yang belum ada peraturannya berdasar menunjukkan adanya persamaan.<sup>429</sup>

Dalam hukum pidana, analogi dilarang karena bertentangan dengan asas legalitas (*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*) yakni dalam pasal 1 ayat (1) KUHP. Dalam perkembangannya, larangan menggunakan analogi dalam RUU KUHP justru diperdebatkan. Analogi dilarang dalam Pasal 1 ayat (2) RUU KUHP yang berbunyi: "Dalam menetapkan adanya tindak pidana, dilarang menggunakan analogi". Larangan analogi ini merupakan rambu dari asas legalitas yang termuat dalam ayat sebelumnya yakni Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP: "Tidak seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan."

<sup>427</sup> Benyamin Cardozo, *The Nature of The Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1949, hal 105 – 113.

<sup>428</sup> Analogize: memperlihatkan/mempertunjukkan berdasar persamaan. Lihat, John M. Echols dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris – Indonesia*, Gramedia cet. XXVIII, 2006.

<sup>429</sup> Mantan Hakim Bismar Siregar, misalnya, melakukan penafsiran analogi ketika menangani kasus seorang laki-laki yang menggauli perempuan dengan bujukan hendak menikah tetapi kemudian meninggalkan si perempuan tersebut. Bismar sulit menemukan pasal yang benar-benar pas untuk menjerat laki-laki yang meninggalkan perempuan yang telah digaulinya secara biologis. Menggunakan pasal perzinahan tidak mungkin karena dalam KUHP baru dikategorikan perzinahan apabila salah satu atau dua-duanya telah menikah. Bismar kemudian menggunakan pasal penipuan untuk menjerat si laki-laki tersebut, padahal penipuan hanya menyangkut "barang" dan bukan perkara "hubungan biologis".

Namun larangan melakukan analogi menjadi mentah setelah masuknya Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP yang berbunyi: “Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”.

Masuknya “hukum yang hidup” (*living law*) dalam RUU KUHP dapat mementahkan larangan hakim untuk melakukan analogi. Ahli hukum pidana Belanda, Schaffmeister mengajukan protes terhadap masuknya “hukum yang hidup” dalam RUU KUHP. Dalam kritiknya yang tertulis, Schaffmeister menganggap Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP sebagai pasal akrobatik.<sup>430</sup>

#### b. Penghalusan Hukum

Peraturan perundang-undangan kadang terlalu luas dan bersifat umum. Untuk memberlakukan pada peristiwa hukum tertentu, konstruksi hukum diperlukan dengan cara melakukan penghalusan hukum dengan mempersempit keberlakuannya pada suatu peristiwa konkret yang belum diatur oleh peraturan perundangan.

#### c. Argumentum a-Contrario

Argumentum a-contrario merupakan cara menjelaskan makna peraturan perundang-undangan dengan didasarkan pada pengertian sebaliknya dari peristiwa konkret yang belum ada pengaturannya.<sup>431</sup>

Metode-metode penafsiran dan konstruksi hukum diatas adalah metode yang banyak digunakan oleh para hakim dalam keluarga Civil Law maupun Common Law, secara sederhana dapat dikelompokan berdasarkan dua pendekatan, yaitu (1) pendekatan skripturalistik (*the textualist approach*) dan; (2) pendekatan pada tujuan (*the purpose approach*). Penafsiran gramatikal dan otentik termasuk kategori fokus pada teks. Sementara metode penafsiran teleologis, antisipatif, historis, lebih fokus pada tujuan. Terutama penafsiran teleologis, tanpa disadari oleh para ahli hukum, sebenarnya metode penafsiran ini di dalamnya telah “terinfiltrasi” oleh pertimbangan anasir-anasir non hukum yang sangat tidak disukai kalangan Positivisme Hukum.<sup>432</sup>

<sup>430</sup> Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, cetakan ke II, 2007, hal. 109 – 110.

<sup>431</sup> Contoh, bagi seorang duda yang hendak menikah lagi tidak tersedia peraturan yang menentukan kapan ia diperbolehkan kawin setelah bercerai atau istrinya meninggal. Peraturan yang tersedia bagi peristiwa yang tidak sama tetapi mirip, yakni bagi janda yang hendak kawin lagi harus menunggu masa iddah (Pasal 39 PP No. 9 tahun 1975). Maka, dalam penafsiran a-contrario diberlakukan kepada duda yang hendak kawin lagi tanpa menunggu masa iddah.

<sup>432</sup> Burgh dan Winkelman mencatat, pendekatan dengan memperhitungkan keadaan-keadaan tertentu (fokus pada tujuan) itu baru diterima luas setelah Perang Dunia Kedua. Itupun setelah melewati

### 1.2.2. Arsitektur Pengadilan: Netral atau Relasi Kuasa ?

Hermeneutika memang tidak hanya berusaha menafsirkan teks, tetapi juga konteks.<sup>433</sup> Tetapi hermeneutika lebih memusatkan perhatian pada teks, sejarah dan tradisi, tetapi melupakan ‘kepentingan’ dalam konteks. Jurgen Habermas melihat kekurangan Filsafat Hermeneutika-Gadamer yang ‘mengabaikan’ kepentingan yang bersifat ideologis.<sup>434</sup> Dalam konteks ini, peneliti tidak hanya mengkritisi teks melainkan juga berusaha mempersoalkan ruang atau arsitektur pengadilan yang sebagian kalangan mengandaikan netral dan imparial, tetapi ada pula sebagian yang menganggap pengadilan tidak bebas nilai dan sarat kepentingan.

Sebelum memahami ruang pengadilan, ada baiknya memulai dengan mendiskusikan mengenai ilmu yang menekuni persoalan ruang. Ilmu yang sibuk dengan masalah ruang, selain arsitek, adalah geometri. Dalam ilmu empiris, orang membedakan dua macam pendekatan terhadap ruang. Ruang-ruang yang dibayangkan melalui peta berbeda dari ruang-ruang yang diacu oleh peta tersebut. Yang pertama, memahami ruang adalah netral, homogen, datar, dan “pucat”. Kartografi atau peta adalah hasil abstraksi atas ruang-ruang yang dialami, maka ruang dalam peta itu bersifat geometris, seperti geometri juga merupakan hasil abstraksi atas bentuk-bentuk dan ukuran-ukuran yang kita jumpai sehari-hari. Ruang geometris dalam peta itu adalah model yang melebihkan atau mengurangi kenyataan, dan dengan cara itu model menstabilkan pemahaman kita tentang kenyataan yang diacunya. Tetapi (menurut pendapat yang kedua) ruang lebih daripada ruang geometris tersebut. Ruang-ruang itu, seperti pegunungan, lembah, gurun, pantai, samudera, bukanlah dimensi-dimensi yang netral dari pengalaman manusia yang “memukimi”.<sup>435</sup>

Sebagaimana geometri, Positivisme Hukum mengandaikan pengadilan adalah ruang yang netral, imparial, dan bebas nilai. Untuk menegakkan imparialitas dan

---

perdebatan panjang di kalangan ilmuwan dan praktisi hukum. Lihat, Gr. Van der Burght & J.D.C Winkelman, hal. 46

<sup>433</sup> Teks adalah semua bentuk bahasa, bukan hanya kata-kata yang tercetak, di lembar kertas, tetapi juga semua jenis ekspresi komunikasi, ucapan, musik, gambar, efek suara, citra, dan sebagainya. Sedangkan konteks memasukan semua situasi dan hal yang berada di luar teks dan mempengaruhi teks, situasi dimana teks tersebut diproduksi. Sementara wacana dimaknai teks dan konteks bersama-sama. Lihat, Guy Cook, *The Discourse of Advertising*, London and New York:Routledge, 1994, hal. 3.

<sup>434</sup> Jurgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, diterjemahkan Thomas McCharty, Boston:Beacon Press, 1984, hal. 273-339.

<sup>435</sup> Edward Relph, “Geographical Experience and Being-in-the World: The Phenomenological Origins of Geography”, dalam David Seamon, et.al. (ed.), *Dwelling, Place and Environment*, Nijhoff, Dordrecht, 1995, hal. 19. Lihat juga, F. Budi Hardiman, *Ruang dan Fragmentasi: Sebuah Rancangan Hermeneutis*, dalam Th. Hidyta Tjaya dan J. Sudarminta (ed.), *Menggagas Manusia sebagai Penafsir*, Yogyakarta:Penerbit Kanisius, 2005, hal. 116.

kenetralan pengadilan, cara yang paling mudah dengan membuat peraturan, misalnya hakim wajib mengundurkan diri apabila perkara yang diperiksanya terkait dengan kepentingan pribadinya, dan melarang hakim menyidangkan para pihak yang berperkara yang masih ada hubungan darah, dan sebagainya. Dengan demikian, apakah pengadilan telah benar-benar "netral" ?

Mempersoalkan ruang atau arsitektur pengadilan, setidaknya terinspirasi ide para feminis yang telah menyadarkan tentang betapa tidak netralnya ruang itu. Sebagaimana kritik kaum Feminis bahwa perempuan didiskriminasikan melalui strategi ruang publik dan ruang privat. Bahkan ruang publik dianggap lebih tinggi derajatnya dari ruang privat. Ruang publik dianggap sebagai sektor produktif, sementara ruang privat adalah sektor konsumtif sehingga ruang publik diandaikan lebih superior dihadapan ruang privat. Berkat kritisisme para feminis itulah, maka para filsuf dan ilmuwan tidak lagi mengandaikan ruang itu netral. Mereka bahkan menganggap ruang sebagai "*artikulasi dari relasi-relasi kuasa*" (gender, orientasi seksual, agama, nasionalitas, etnisitas, usia, status sosial, kelas ekonomi, dan lain sebagainya). Seperti yang dinyatakan oleh seorang human-geografer, Edward W. Soja, yang mengutip Henri Lefebvre: "*space is not a scientific object removed from ideology and politics; it has always been political and strategic*".<sup>436</sup>

Di satu sisi, sampai kini masih ada pandangan yang dominan tentang relasi antara hukum dan ruang adalah "*ruang membentuk hukum*" dan "*hukum membentuk ruang*". Menurutnya kedua pandangan ini hanya menunjukkan relasi kausalitas yang mekanis antara hukum dan ruang. Mazhab Sejarah, dalam hal ini terlihat dalam Teori van Vollenhoven tentang belasan wilayah hukum adat di Hindia Belanda adalah bentuk teori "*ruang membentuk hukum*". Sebab dari wilayah-wilayah (ruang-ruang) yang berbeda bisa diketahui hukum adat yang berbeda-beda pula. Sementara teori Roscoe Pound tentang *law as a tool of social engineering* adalah teori tentang bagaimana "*hukum membentuk ruang*". Hukum diharapkan mengarahkan dan mengontrol ruang (masyarakat) demi kemajuan yang diharapkan. Sementara *Marxist Theory of Law*, melihat hukum adalah pantulan dari ruang (baca: kelas) yang berkuasa sehingga "*ruang (bangunan bawah) menentukan hukum (bangunan atas)*".

---

<sup>436</sup> Edward W. Soja, *Postmodern Geographies: the Reassertion of Space in Critical Social Theory*, London, Verso, 2003, hal. 79-80. Lihat, Dony Danardono, Strategi Legal-Spatial di Pengadilan dan Persoalan Pengadilan Keluarga, Makalah: Disampaikan di acara Bedah Buku *Runtuhnya Sekat Perdata-Pidana: Studi Peradilan Kasus Kekerasan Terhadap Perempuan*, Jakarta, 28 Maret 2008.

Disisi lain, Nicholas Blomley, seorang legal-geografer dari Kanada, tidak setuju dengan cara berpikir kausalitas-mekanis seperti itu. Cara berpikir kausalitas-mekanis ini mengasumsikan hukum sebagai institusi yang utuh, tidak ambigu, dan pasti. Diasumsikan bahwa setiap orang (tanpa memandang perbedaan gender, orientasi seksual, pendidikan, etnisitas, tradisi, usia, pergaulan sosial, kelas sosial, dan sebagainya) yang membaca sebuah ketentuan hukum akan memiliki sebuah pengertian yang sama. Tetapi kenyataannya tidak demikian. Itu sebabnya Blomley mengatakan dalam kehidupan sehari-hari hukum dan ruang selalu berhubungan secara dialektis. Adalah kemajemukan relasi-relasi kuasa (gender, orientasi seksual, agama, latar belakang, pendidikan, kelas sosial, dan sebagainya) yang dihidupi oleh kemajemukan ruang (*heterotopia*) yang memungkinkan hubungan dialektis tersebut dan yang tak putus-putusnya memperbarui hukum dan ruang. Menurut Blomley sebagaimana dikutip oleh Dony Danardono;

*“While a hostility to spatial difference does seem to characterize legal interpretation, this should not allow us to ignore the multiple geographies of legal discourse. Embedded within law are a rich and complex set of “maps” of social life.”*<sup>437</sup>

Tentang arsitektur pengadilan, Satjipto Rahardjo menggambarkan pengadilan sebagai suatu masyarakat tersendiri. Dengan demikian, pengadilan memiliki lingkungan wilayahnya sendiri, yang di dalamnya berlangsung proses-proses yang khas. Di dalam pengadilan ada aktor-aktor litigasi, ada aturan main, serta interaksi antara pihak-pihak yang berinteraksi. Pengadilan tidak hanya terdiri dari hakim dengan jubah dan palunya, melainkan para pihak-pihak yang mana masing-masing pihak dengan berbagai cara berusaha memenangkan perkaranya. Persoalannya, menurut Satjipto Rahardjo, ”masyarakat pengadilan” itu terdapat kekuatan yang tidak seimbang diantara para ”anggota”. Ada klien atau nasabah yang kekuatannya besar dan ada yang sedang atau lemah saja. Demikian pula halnya dengan para *lawyer* dan kantor hukum, juga ada yang kuat dan ada yang tidak.<sup>438</sup>

Tetapi, lanjut Satjipto Rahardjo, arsitek pengadilan liberal, bersifat pasif dan tidak melihat adanya perbedaan kekuatan para pihak yang berperkara karena

<sup>437</sup> Nicholas K. Blomley, *Law, Space, and the Geographies of Power*, New York, the Guildford Press, 1994 hal. 54 dikutip Dony Danardono., Op.Cit, hal. 4.

<sup>438</sup> Satjipto Rahardjo, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Jakarta:Penerbit Buku Kompas, 2003, ha. 213-214.

diandaikan setiap orang sama kedudukannya dalam hukum. Cara kerja pengadilan disebut liberal, oleh karena pada dasar komitmennya hanya kepada fungsinya sebagai institusi formal. Pengadilan ingin berbuat adil dengan cara menyediakan fasilitas secara nondiskriminatif, tetapi segalanya hanya berhenti sampai disitu. Untuk selanjutnya terserah kepada para aktor litigasi beradu argumentasi berdasarkan seperangkat pranata yang sudah ditentukan dalam undang-undang. Pengadilan tidak ingin membeda-bedakan kualitas dan kemampuan orang-orang yang datang untuk melakukan litigasi.<sup>439</sup>

Dengan melihat arsitek pengadilan yang liberal, formal, dan netral itu, sama dengan menutup mata bahwa lembaga pengadilan berhadapan dengan pihak-pihak atau para aktor litigasi yang mempunyai kemampuan dan kekuatan yang berbeda baik ekonomi, politik, relasi sosial, nama besar atau status sosial, pendidikan, dan sebagainya. Arsitek pengadilan yang "netral", tidak memperhatikan kenyataan yang berbeda-beda. Satjipto Rahardjo ingin mengatakan bahwa pelajaran mengenai pengadilan itu netral dan obyektif, ternyata sangat bertolak belakang dengan kenyataan.

Arsitek pengadilan berhubungan dengan filsafat kita untuk merefleksikan mengenai untuk tujuan apa lembaga pengadilan itu disusun. Pemahaman tentang relasi dialektis antara hukum dan ruang (yang merupakan artikulasi dari relasi-relasi kuasa), memungkinkan orang berpikir tentang bagaimana menyusun siasat resistensi terhadap sebuah tafsir dominan terhadap hukum. Sebab sebuah tafsir bisa menjadi dominan dalam waktu (sejarah) dan ruang (geografi) tertentu. Maka dibutuhkan siasat spatial dan hermeneutik tertentu agar seseorang bisa menyiasati dominasi tafsir hukum tersebut.

Dalam konteks mendialogkan dua perspektif (penafsiran dan ruang) tersebut, dibawah ini disajikan beberapa kasus (putusan pengadilan) yang layak dikategorikan "*hard cases*" diantaranya; (a) Kasus Minah; (b) Kasus Manisih cs.; (c) Kasus Hamdani; (d) kasus Woeker; (e) kasus 'Pohon; (f) kasus Perkosan (1) dan Perkosaan (2); (g) kasus Pergantian Kelamin; dan (h) Kawin Lari. Kasus-kasus tersebut untuk melihat bagaimana secara dialektik pengadilan berhubungan dengan "ruang", sekaligus untuk melihat bagaimana peleburan cakralawala hakim dengan (penafsiran) teks hukum.

---

<sup>439</sup> Ibid., 215.

## A. Kasus Pencurian Tiga Kakao (Putusan No. 247/Pid.B/2009/PN.PWT)

### Latar Belakang

Putusan yang menjadi objek kajian kali ini adalah putusan atas kasus pencurian tiga buah kakao (cokelat) yang dilakukan oleh seorang wanita tua bernama Mbah Minah. Mengingat kasus ini demikian menyita perhatian khalayak ramai, sudah banyak tulisan yang diangkat terkait dengan putusan tersebut. Namun, sampai saat ini belum ada kajian putusan yang cukup komprehensif yang mencoba menggali sisi lain di balik putusan ini. Untuk keperluan itu, penulis berusaha menggali latar belakang putusan dengan melengkapi data/informasi melalui serangkaian wawancara mendalam dengan terpidana dan hakim.

Minah tinggal di desa Darmakradenan, Kecamatan Ajibarang Kabupaten Banyumas. Sebagian besar penduduk Desa Darmakradenan bermata pencaharian sebagai petani. Meskipun menggantungkan hidup dari bercocok tanam, 358 orang tidak memiliki tanah sama sekali dan 1693 orang memiliki tanah kurang dari 1 ha. Hanya 129 orang yang memiliki tanah lebih dari 1 ha. PT. RSA -- perusahaan perkebunan yang melaporkan pencurian Minah kakao -- menguasai Hak Guna Usaha seluas 227,6 hektar.

Menurut sesepuh masyarakat Darmakradenan, nenek moyang mereka membuka lahan dengan cara babat alas (menebang hutan) yang masih liar. Karena beresiko tinggi, mereka menyebutnya, sebagai alas gung lewang-lewung jalmo moro jalmo mati (hutan yang besar dan gelap gulita, manusia masuk berarti mati). Resiko nyawa yang harus ditanggung saat membabat hutan, menjadikan petani beranggapan bahwa tanah hasil babat alas itu adalah miliknya. Tanah hasil membabat hutan ini, kemudian digunakan untuk pemukiman, lahan pertanian, dan pemakaman yang kemudian disebut perkampungan.<sup>440</sup>

Namun, ketika Belanda mulai berkuasa, pengelolaan tanah diserahkan kepada perusahaan perkebunan (ondermeming) yang memiliki hak erfpacht (hak membudidayakan). Hak erfpacht diberikan dalam jangka waktu 75 tahun dan dapat diperpanjang lagi. Tanah tersebut sebagian besar dijadikan perkebunan tanaman produktif. Adapun tanah sisanya, umumnya digunakan untuk pemukiman petani

<sup>440</sup> Wawancara dengan sejumlah warga Kramadenan yang tidak bersedia ditulis namanya.

penggarap. Perpindahan kepemilikan tanah dari petani ke penjajah Belanda dimulai dari sewa-menyewa lahan. Ketika itu, pemerintah kolonial Belanda, sekitar tahun 1890-an menaikkan pajak tanah sebesar 30 sen per 7000 m. Kebijakan ini mengakibatkan rakyat tidak mampu membayar pajak sehingga lurah Purwo (Kepala Desa Darmakradenan waktu itu) mengadakan musyawarah dengan warga. Dari musyawarah tersebut diperoleh kesimpulan bahwa rakyat tidak akan mampu membayar pajak. Karena memang terlalu mahal bahkan dibanding dengan penghasilan dan harga tanah sendiri.<sup>441</sup>

Dengan alasan tersebut, diselenggarakan musyawarah untuk memutuskan, tanah itu akan disewakan pada pengusaha Belanda bernama Tuan Maryer/Jan Albertus Van Der Roeft dengan masa sewa selama 75 tahun dan akan berakhir sampai dengan tanggal 14 Juli 1967. Status tanah seluas 230,10 Ha itu akhirnya menjadi *Recht van Erfpacht No.5 Surat Ukur tanggal 14 September 1891 No.56*. Ketika masa pemberian hak erfpacht tersebut kemudian terjadi peralihan-peralihan:<sup>442</sup>

- Pada tanggal 29 Agustus 1892 beralih dan tercatat atas nama AM. Van Delden
- Pada tanggal 30 September 1899 dialihkan sebagian dan menjadi kepemilikan bersama tanpa pemisahan tercatat atas nama: AM. Van Delden, E.E.M. Ermeling dan M.L.M. Ermeling.
- Pada tanggal 8 Mei 1894 beralih dan tercatat atas nama G.J.Michoek
- Pada tanggal 18 Maret 1930 beralih dan tercatat atas nama Mao Tong Po.
- Pada tanggal 10 Juli 1956 beralih dan tercatat atas nama Firma Tan Giok Kim En Co.

Namun, sebelum hak erfpacht berakhir pada tahun 1967 terjadi peristiwa politik nasional yang berimbas pada sejarah tanah sengketa di Darmakradenan. Setelah peristiwa Gestapu meletus, Tan Gio Kien melarikan diri karena sebagian besar anggotanya buruh perkebunan yang di duga anggota Sarbupri “dibersihkan” oleh TNI. Selepas ditinggalkan Tan Gio Kiem perkebunan mengalami kekosongan kekuasaan kurang lebih selama 1 bulan. Kemudian dengan alasan pengamanan, Pada bulan Desember 1966 Perkebunan mendapat pengawasan dari Kodam Diponegoro. Berawal dari “pengamanan” yang berakhir dengan “penguasaan”. Dalam surat

<sup>441</sup> Ibid

<sup>442</sup> Cahasta, Louvikar Alfian. *Gerakan Petani dalam Pembaruan Agraria, Studi Kasus di Desa Kramadenan Kecamatan Ajibarang, Kabupaten Banyumas*. Universitas Soedirman-Purwokerto, 2006.

himbauan kepada warga Darmakradenan, disebutkan keharusan meminta izin kepada Panglima Kodam IV Diponegoro apabila hendak mengarap atau mengelola lahan tersebut.<sup>443</sup>

Pemerintah akhirnya memberikan HGU untuk kebun kakao (coklat) kepada PT. Rumpun Sari Antan.<sup>444</sup> PT RSA sebagaimana dalam surat edaran pemberitahuan dan himbauan PT RSA kepada warga darmakradenan disebutkan:

Areal HGU PT.Rumpun Sari Antan IV: kebun Darmakradenan, Kecamatan Ajibarang adalah sebagai asset sah Yayasan Rumpun Kodam Diponegoro yang diketuai oleh Panglima Kodam IV Diponegoro (ex officio, sejak 1966)

Pengelolaan/penggarapan lahan HGU PT.RSA IV kebun Darmakradenan hanya dibenarkan dan sah bila ada surat izin Panglima Kodam IV Diponegoro (kecuali operasional PT. RSA IV Darmakradenan sebagai kegiatan rutin manajemen PT.RSA). Pengelolaan/penggarapan lahan HGU PT.RSA di luar izin Panglima Kodam IV Diponegoro adalah tindakan melanggar hukum, apapun alasannya atau izin siapapun, tidak dibenarkan. Dan bilamana ada pihak yang berminat mengelola/tumpang sari apapun alasannya, agar mengajukan izin (surat izin resmi) dari ketua Yardip ex officio Panglima Kodam Diponegoro Jl. Imam Bonjol Semarang melalui Muspida Kabupaten Banyumas.

Perbedaan pemahaman sejarah tanah di Desa Darmakradenan, menyebabkan sengketa tanah tidak terselesaikan. Ketika rezim Soeharto pada 1998, masyarakat menagih kembali tanah nenek moyang mereka yang dikuasai militer.

Disebabkan desakan kebutuhan dan ekonomi, warga (termasuk Minah sekeluarga) kemudian berinisiasi untuk menggarap lahan tidur 445 area PT RSA tersebut yang kurang lebih 110 ha. dengan berbagai jenis tanaman, baik tanaman semusim (ketela, padi gogo, dan palawija). Karena lokasi yang berbukit dan curam,

---

<sup>443</sup> Ibid.

<sup>444</sup> Surat Keputusan Menteri Dalam Negeri tanggal 3 November 1971 No. SK.16/HGU/DA/1971. Pada tahun 1980 PT. Rumpun berubah menjadi PT. Rumpun Antan yang juga beralamat di Jl. Sendawa No.4 Semarang. Lalu pada tahun 1990 dilaksanakan kerjasama antara PT. Rumpun Antan dengan PT. Astra Agro Niaga menjadi PT. Rumpun Sari Antan yang beralamat di Jl. Imam Bonjol 196 Semarang dan Jl. S. Parman Kav. No. 107 Jakarta, hingga sekarang. Dalam pasal 2 kesepakatan kerjasama antara PT. Rumpun dengan PT Astra Agro Niaga dijelaskan: “Kedua belah pihak setuju untuk mewujudkan kerjasama dalam pengelolaan perkebunan tersebut diatas akan dibentuk suatu wadah kerjasama yang berbentuk badan usaha perseroan terbatas dengan nama PT. Rumpun Sari Antan dengan modal dasar Rp. 3.000.000.”

<sup>445</sup> Apa yang dimaksud lahan tidur, menurut sejumlah petani dalam wawancara adalah tanah yang ditelantarkan; tidak digarap dan tidak dirawat.

melalui musyawarah organisasi tani, petani penggarap diwajibkan melakukan penanaman Tanaman Usia Panjang untuk menghindari erosi dan longsor.

Warga juga melakukan perlawanan terhadap PT RSA dengan cara menanam complongan (tanah kosong di sela-sela tanaman kakao) dengan pisang. PT RSA bereaksi dengan mencabut tanaman sampai dengan aksi penghancuran tanaman petani. Sebagai upaya menghentikan aktivitas pendudukan lahan oleh petani, beberapa warga desa ditangkap dan ditahan dengan tuduhan melakukan perusakan barang dan pencurian kakao. Terakhir, tahun 2009 Minah dituduh melakukan pencurian kakao.

#### Duduk Perkara

Kasus tersebut bermula pada suatu hari di bulan Agustus 2009, Minah, memanen kedelai di lahan garapannya. Berbatasan dengan sebuah kebun kakao (di daerah itu lazim dinamai cokelat) milik PT Rumpun Sari Antan (PT RSA), ketika sedang memanen kedelai, mata nenek Minah itu melihat pohon-pohon kakao yang banyak berbuah dan ranum. Minah memetik tiga buah kakao yang ada di kebun itu, lalu meletakkannya di tempat. Minah tidak bermaksud untuk menyembunyikan dan tidak pula ada maksud di benaknya untuk membawanya pergi kakao tersebut. Sebagaimana dalam wawancara; *“Inyong seq teng kebon, enten kopi- coklat mateng inyong pendhet digletakaken eng siti (Saya di kebun, ada kakao matang saya ambil dan diletakkan di tanah.)”*,<sup>446</sup>

Tak lama berselang, lewat seorang mandor perkebunan kakao PT RSA. Mandor itu pun bertanya, siapa yang memetik buah kakao itu. Dengan polos, Minah mengaku hal itu perbuatannya, sebagaimana dikisahkan; *“Mandor tanglet; sinten sing mendet kopi- coklat ? Jawab inyong, ajeng nggewinuh, angsal mboten ?”* , *“Nek mboten angsal, nggih dibekto mriko (Mandor bertanya, siapa yang mengambil kakao. Jawab saya untuk digunakan sebagai benih. Kalau tidak diperbolehkan ya silakan dibawa ke sana.”*<sup>447</sup>

Mandor lalu memberi ceramah bahwa perbuatannya termasuk pencurian. Minah lalu meminta maaf pada sang mandor dan berjanji tidak akan melakukannya

<sup>446</sup> Wawancara dengan Min, 10 Maret 2010).

<sup>447</sup> Wawancara dengan Min, 11 Maret 2010

lagi. 3 buah kakao yang dipetikanya pun dia serahkan kepada mandor tersebut. Nenek Minah berpikir semua beres dan ia kembali bekerja.

Sepekan kemudian, Minah dipanggil dan diperiksa polisi di Polsek Ajibarang. Dari hasil pemeriksaan, polisi menyimpulkan bahwa perbuatan Minah sepenuhnya memenuhi unsur-unsur yang disebutkan dalam Pasal 362 KUHP yang secara legal-formal dikategorikan sebagai tindak pidana pencurian. Tanpa menyadari apa yang sebenarnya tengah terjadi, Nenek Minah yang tak hanya buta huruf, tetapi juga buta hukum, tanpa didampingi pengacara Minah mengiyakan saja apa yang ditulis polisi dalam BAP-nya dan apa yang ditulis jaksa dalam surat dakwaannya. Minah juga harus menjalani tahanan rumah, sehingga sebagai petani, ia tidak bisa lagi bekerja ke ladangnya.

Proses hukum terus berlanjut sampai akhirnya dia harus duduk sebagai seorang terdakwa kasus pencurian di Pengadilan Negeri (PN) Purwokerto. Minah yang disidang tanpa didampingi pengacara mengaku tidak tahu liku-liku acara pengadilan, dengan prosedur-prosedur yang diatur secara formal dalam bahasa Indonesia yang sepanjang hidup tinggal di desa dan hanya menggunakan bahasa Jawa dalam kehidupan sehari-hari.<sup>448</sup>

Setelah acara pembuktian dan pemeriksaan perkara terhadap terdakwa selesai, Jaksa Penuntut Umum pada pokoknya menuntut kepada Majelis Hakim memutus;

1. Menyatakan terdakwa Minah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana pencurian sebagaimana diatur dalam Pasal 362 KUHP;
2. Mejatuhkan pidana terhadap terdakwa Minah dengan pidana penjara selama 6 (enam) bulan dikurangi selama terdakwa ditahan dengan perintah agar terdakwa tetap ditahan;
3. Menyatakan barang bukti:

---

<sup>448</sup> Yang dipikirkan hanyalah bagaimana kasusnya cepat selesai. Karena jika tidak, ia harus pulang-pergi dari rumah ke kantor jaksa dan kantor pengadilan berjarak 40 kilometer, sehingga terpaksa mengutang uang angkot dan ojek Rp. 50 ribu kepada tetangga setiap kali menjalani pemeriksaan. Wawancara dengan Minah, 12 Maret 2010.

- 3 (tiga) buah coklat atau kakao berikut biji dan kulitnya dikembalikan pada pihak PT RSA.
  - 1 (satu) buah kandi dirampas untuk dimusnahkan.
4. Menetapkan supaya terpidana membayar biaya perkara sebesar Rp. 1000,-

Menurut hemat peneliti, ada beberapa hal yang membuat kasus ini menjadi menarik. *Pertama*, kasus Minah ini memenuhi rumusan delik tindak pidana biasa (pencurian) karena undang-undang yang mengatur ukuran nilai barang yang bisa diperkarakan sudah sudah usang atau tidak pernah direvisi (*updated*) sejak tahun 1960 sehingga perbuatan yang tidak menimbulkan bahaya terhadap individu/publik atau tidak ada bahaya sosialnya tetap bisa dijerat. *Kedua*, kasus Minah sekilas memang kelihatan remeh temeh (hanya tiga kakao) tetapi sesungguhnya di balik itu sarat dengan perselisihan paradigma sehingga mudah terjadi ketegangan antara tuntutan kepastian hukum dengan keadilan. Permasalahannya; Apakah putusan hakim berusaha mendekatkan hukum pada keadilan dengan menemukan kebenaran materiil dalam kasus *hard case* ini?

#### Putusan Hakim

Awalnya hakim menggunakan Silogisme Kategoris menghubungkan fakta-fakta tersebut (Premis Minor) dengan unsur-unsur pasal 362 KUHP (Premis Mayor) dari peraturan perundang-undangan yang didakwakan JPU (Jaksa Penuntut Umum) untuk menganalisis apakah fakta-fakta tersebut memenuhi unsur-unsur pidana;

1. Premis Mayor : Unsur mengambil sesuatu Barang (Menurut interpretasi hakim bahwa apa yang dimaksud 'mengambil suatu barang' adalah memindahkan barang kesatu tempat ke tempat lain)

Fakta : terdakwa Minah pada hari minggu tanggal 2 Agustus 2009 sekitar pukul 13.00 WIB telah mengambil 3 (tiga) buah kakao/cokelat dengan cara memetik dari pohon pada perkebunan PT. Rumpun Sari Antan (RSA) IV di Blok A.9 Dermakradenan di Desa Dermakradenan, Kecamatan Ajibarang, Kabupaten Banyumas dan hingga tertangkap tangan oleh saksi mandor Tarno Bin Sumanto dan saksi Rajiwan

(kesimpulan) : unsur mengambil sesuatu barang terpenuhi.

2. Premis Mayor: Unsur Yang Sama Sekali atau Sebagian termasuk Kepunyaan Orang Lain.

Fakta: berdasarkan keterangan saksi- saksi yang dihubungkan dengan petunjuk yang diperkuat oleh keterangan terdakwa dimuka persidangan maka diperoleh fakta yang bersesuaian bahwa benar terdakwa telah mengambil 3(tiga) buah kakao atau coklat seluruhnya milik PT. RSA IV Darmakradenan bukan milik terdakwa Minah;

(kesimpulan) maka unsur "Yang Sama Sekali atau Sebagian termasuk Kepunyaan Orang Lain" telah terbukti;

3. Premis Mayor: Unsur dengan maksud Memiliki Barang dengan Melawan Hukum;

Premis Minor: berdasarkan keterangan saksi-saksi yang dihubungkan dengan petunjuk yang diperkuat oleh keterangan terdakwa di muka persidangan maka diperoleh fakta yang bersesuaian bahwa benar terdakwa telah mengambil 3 (tiga) buah kakao atau cokelat seberat +- 3kg yang seluruhnya milik PT. RSA IV Darmakradenan dan terdakwa mengambil barang tersebut diatas tanpa ijin dan sepengetahuan pemiliknya yaitu PT. RSA IV Darmakradenan dengan maksud akan dimiliki untuk bibit tanaman dan perbuatan terdakwa tersebut mengakibatkan PT. RSA menderita kerugian sebesar Rp. 30.000,- (tiga puluh ribu rupiah);...

( kesimpulan) berdasarkan pertimbangan hukum diatas, maka unsur "Memiliki Barang dengan Melawan Hukum" terpenuhi;

4. Karena semua unsur-unsur yang terkandung dalam pasal-pasal 362 KUHP telah terpenuhi, terdakwa Minah dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana sebagaimana dalam dakwaan, melanggar pasal 362 KUHP, hakim menjatuhkan vonis pidana satu bulan 15 hari, dengan masa percobaan tiga bulan (Silogisme Hipotetis).

#### Analisis Putusan Hakim

Sebagaimana telah disinggung pada pendahuluan, untuk menganalisis putusan hakim, peneliti tidak hanya melihat teks putusan tetapi juga melakukan wawancara dengan hakim (ketua majelis hakim dan seorang hakim anggota) sehingga lebih

memahami mengapa teks putusan itu lahir, bagaimana hukum positif ditafsirkan, bagaimana hakim dalam putusannya mempertimbangkan faktor-faktor kenyataan sosial dan ekonomi (sosiologikal) dengan mengacu nilai-nilai kultural dan kemanusiaan yang fundamental (filosofikal), latar belakang sejarah (historikal) dalam kaitan dengan tujuan yang hendak diwujudkannya (teleologikal) dan *ratio-legis*-nya.<sup>449</sup>

Dalam memutus kasus Minah, dalam menafsirkan pencurian hakim memulainya dengan penalaran silogisme (metode deduktif), yakni premis mayor dibangun dari norma positif dalam sistem peraturan perundang-undangan dan kemudian disandingkan dengan fakta yang merupakan premis minor, sehingga akan menghasilkan konklusi. Karena, semua unsur-unsur yang terkandung dalam pasal-pasal 362 KUHP telah terpenuhi, hakim berkeyakinan bahwa terdakwa Minah dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana sebagaimana dalam dakwaan, melanggar pasal 362 KUHP karena itu terdakwa harus dihukum sesuai dengan perbuatannya tersebut;

Hakim kemudian mempertimbangkan apakah ada dasar pembeda dan alasan pemaaf yang dapat meniadakan tindak pidana yang dilakukan oleh terdakwa tersebut. Berkaitan dengan alasan pemaaf, hakim merujuk pada KUHP dan hukum yang tidak tertulis, yakni;<sup>450</sup>

- a. Tidak mampu bertanggung jawab (pasal 44 KUHP);
- b. Daya paksa (Pasal 48 KUHP);
- c. Pembelaan darurat yang melampaui batas (Pasal 49 ayat 2 KUHP);
- d. Sedangkan alasan pemaaf yang tidak tertulis adalah “tidak tercela”.

Alasan pemaaf dan pembeda, memungkinkan seorang subjek hukum untuk terhindar dari konsekuensi-konsekuensi hukum tertentu, misalnya karena adanya gangguan jiwa, belum dewasa, daya paksa, pembelaan paksa karena darurat, dan karena menjalankan tugas jabatan. Dalam putusannya, hakim berpendapat tidak menemukan alasan pemaaf dan pembeda sebagaimana yang ditentukan dalam pasal-pasal KUHP tersebut.

---

<sup>449</sup> B. Arief Sidharta, *Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal*, Makalah Lepas, Tanpa Tahun, hal. 3

<sup>450</sup> Putusan No. 247/Pid.B/2009/PN.PWT

Tetapi kadar kekakuan formalistik mulai melunak, hakim tidak berhenti pada teks formal, juga mempertimbangkan opini yang berkembang di masyarakat sebagaimana dalam putusannya berbunyi sebagai berikut;

“Menimbang, bahwa di mass media dimuat secara luas, pemberitaan yang pada pokoknya mengemukakan bahwa simpati dan dukungan kepada Minah warga Darmakradenan, kecamatan Ajibarang terus mengalir;  
- sejumlah pegiat gender menyampaikan keprihatinannya dan mendatangi DPRD agar ikut memberikan dukungan moral, tujuannya agar Majelis Hakim bisa menegakkan keadilan yang sesungguhnya untuk masyarakat;”

“Menimbang bahwa fenomena “kasus M” ini menjadi menarik perhatian masyarakat karena menyentuh sisi kemanusiaan, melukai keadilan rakyat, dimeja hijaukan ambil tiga biji kakao bernilai Rp. 2.100, aktivis dukung M dibebaskan,... mestinya polisi, jaksa, dan majelis hakim bisa melihat dampak yang ditimbulkan dari perbuatan si pelaku. Kalau dampaknya tak begitu merugikan masyarakat secara luas termasuk pihak korban itu bisa ditangani dengan pendekatan lain dulu, tidak terus diproses pidana.”<sup>451</sup>

Hakim mempertimbangkan opini yang berkembang di masyarakat suatu yang jarang dilakukan oleh hakim di Indonesia. Artinya apa? Praktik penalaran hukum tidak sesederhana dan linier sebagaimana dalam logika deduktif (silogisme). Aturan hukum yang dipandang sebagai premis mayor selalu memerlukan interpretasi dengan konteks (menjadi intersubjektif). Itu sebabnya, mengapa aturan hukum selalu mengalami pembentukan dan pembentukan ulang (dengan interpretasi) sebagaimana dalam putusan kasus Minah, hakim berpendapat;

“Menimbang bahwa ketentuan pidana yang tercantum dalam pasal perundangan yang didakwakan kepada terdakwa masih bersifat umum, masih bersifat abstrak, dalam arti tatkala terjadi suatu perkara dan dihadapkan ke pengadilan, maka hakimlah yang berkewajiban untuk memberikan roh keadilan kepada pencari keadilan di dalam kasus melalui putusannya.”

Hakim kemudian mempertimbangkan sifat yang baik dan jahat dari terdakwa sebagaimana dalam bunyi putusannya, “hakim wajib memperhatikan pula sifat yang baik dan jahat dari terdakwa...” Padahal dalam penalaran Positivisme Hukum, seseorang dihukum bukan karena sifat jahat atau baik, tetapi karena semata-mata melanggar norma hukum.<sup>452</sup>

<sup>451</sup> Putusan No. 247/Pid.B/2009/PN.PWT

<sup>452</sup> Putusan No. 247/Pid.B/2009/PN.PWT

Dalam mempertimbangkan sifat yang baik dan jahat dari terdakwa, hakim menyampaikan argumentasi sosiologis dan psikologis seperti terungkap dalam bunyi putusannya sebagai berikut;

”hal-hal yang memberatkan tidak dijumpai pada terdakwa Minah. Sedangkan yang meringankan;

- Terdakwa Minah lanjut usia;
- Terdakwa Minah adalah petani tua, yang tidak punya apa-apa;
- Tiga buah kakao, sangatlah berarti bagi petani Minah, buat benih untuk ditanam kembali. Sedangkan dari sisi perusahaan perkebunan tidaklah terlalu merugi;
- Semangat terdakwa Minah, haruslah diapresiasi, menghadiri persidangan tepat waktu meski letih dan tertatih;
- Peristiwa mengambil tiga kakao, bagi Minah selaku terdakwa, merupakan hukuman baginya, mengganggu ketenangan jiwa, melukai hati, menguras tenaga dan harta serta memuat keropos jiwa raga.”<sup>453</sup>

Pemilihan kata dan kalimat dalam pertimbangan meringankan tersebut mengartikulasikan rasa “empati” yang luar biasa hakim kepada terdakwa Min. Rasa empati tidak dapat disembunyikan Ketua Majelis Hakim sewaktu membacakan putusan dengan menangis tersedu-sedu. Dalam kasus Minah, menunjukkan bahwa hakim juga manusia bahwa faktor psikologis juga ikut mempengaruhi. Hakim juga terlihat menangis saat membaca putusannya. Mengapa menangis ketika membaca putusan kasus Min ?

Dalam wawancara dengan Ketua Majelis Hakim mengaku sangat terharu sehingga tidak menyembunyikan perasaannya, sebagaimana yang diutarakan, “Seharusnya dalam persidangan hakim harus kelihatan tegar dan netral. Tetapi perasaan saya terharu. Ibu setua itu mencari bibit karena keterpaksaan luar biasa. Jadi saya ingat ibu saya sendiri.”<sup>454</sup>

Dalam teori penalaran klasik, bernalar dengan argumentasi rasa kasihan atau iba bertentangan dengan logika. Dalam konsep logika, dianggap kesesatan dalam penalaran atau disebut *argumentum ad Misericordiam*.<sup>455</sup> Rasa kasihan dianggap tidak logis, dikhawatirkan .terjadi pencampuradukan antara perasaan dan jalan pikiran

<sup>453</sup> Putusan No. 247/Pid.B/2009/PN.PWT

<sup>454</sup> Wawancara dengan MBL, 5 Maret 2010.

<sup>455</sup> B. Arief Sidharta, *Pengantar Logika*. Bandung: Refika Aditama, 2008, hal. 61.

hakim, sehingga mempengaruhi hakim dalam putusannya. Menurut ajaran Positivisme Hukum, hakim dilarang menggunakan perasaan dan faktor-faktor non hukum, tetapi harus dengan rasio atau nalar murni. Apakah pada waktu memeriksa perkara “kepala” dan “hati” hakim benar-benar bisa dikosongkan ? Tidak sesederhana sebagaimana dibayangkan Hans Kelsen dalam “*The Pure Theory of Law*” bahwa hukum tidak boleh terkontaminasi anasir non-hukum.<sup>456</sup>

Dalam pengadilan, yang mengadili dan diadili bukan benda mati, sesungguhnya bukan totalitas kognitif dan logika tetapi juga tak terhindarkan hubungan kemanusiaan. Hukum adalah pergulatan manusia tentang manusia. Pertimbangan hakim dalam putusan kasus Minah menunjukkan sisi kemanusiaan hakim menanggapi sisi kemanusiaan pihak yang berperkara. Selama hakim manusia, ia tidak bisa lepas dari faktor psikologis (empati, emosi, iba, marah, dan sebagainya), sebagaimana dituturkan oleh hakim MBL, “Saya kuatkan hati saya supaya bisa membaca putusan. Tetapi, tidak tahan dan menangis sehingga membaca putusan secara *groyok* (terbata-bata),”<sup>457</sup> Dalam konteks ini, hakim memeriksa dan memutus melibatkan hati nuraninya. Kalau demikian, mengapa tidak membuat terobosan hukum dengan memutus bebas dalam kasus Minah?

Alasan tetap menjatuhkan hukuman percobaan, menurut MBL sebagai berikut:

“*Kata hati nurani, Minah sebenarnya korban pemiskinan struktural. Tetapi secara yuridis formal, saya tidak menemukan alasan pemaaf dan alasan pembenar sehingga Minah harus tetap dihukum.*”<sup>458</sup>

Ketua Majelis Hakim, MBL, menjelaskan bagaimana perdebatan dalam musyawarah majelis bahwa semua hakim anggota sependapat kalau Min dipidana. Perbedaan pendapat pada formula pembedanaannya. Di kalangan hakim, menurut pengalaman MBL, terbiasa menjatuhkan separuh atau setengah dari tuntutan Jaksa. Sedangkan JPU dalam tuntutan, menuntut pidana penjara 6 bulan, yang berarti Minah kemungkinan besar dipidana 3 bulan.

<sup>456</sup> Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*. Op.Cit,

<sup>457</sup> Wawancara dengan MBL, 6 Maret 2010..

<sup>458</sup> Wawancara dengan MBL, 6 Maret 2010.

*“Awalnya beberapa hakim anggota berpendapat bahwa Minah seharusnya dipidana penjara. Saya sempat berprasangka apakah ada kepentingan perusahaan telah masuk. Kalau terjadi seperti itu saya akan melakukan dissenting opinion dan berpendapat pemedanaannya cukup percobaan. Tetapi setelah saya serahkan konsep dan adu argumentasi, kemudian majelis sepakat dengan konsep yang saya ajukan hanya hukuman percobaan. Biasanya, kalau adu argumentasi kalah tetapi tetap ngotot berarti ada pesan sponsor. Tetapi dalam kasus Minah, kemudian saya yakin tidak ada suap-menyuap. Terbukti, dalam kasus Minah, hakim anggota yang lain menerima argumentasi yang paling ideal. Saya bersama anggota majelis hakim lainnya lalu berpikir keras dan mencari jalan keluarnya. Akhirnya, putusannya bukan pidana penjara, hanya percobaan. Yang penting, Mbok Minah, tidak dipenjara”*

Ketua Majelis Hakim, MBL, adalah profil hakim yang sederhana. Untuk kehidupan sehari-hari, istri MBL membuat dan menjual roti. “Ide berawal ketika anak kedua tidak mau makan nasi sehingga untuk penggantinya beli roti tawar. Kalau tiap hari harus makan roti tawar, gaji hakim saat itu tidak cukup, hingga saya beli tepung dan mencoba membuat roti. Lumayan usaha berkembang pesat, dari 50 menjadi 100, bahkan kemudian meningkat diatas 200,” cerita NA (istri MBL). Dari usaha roti itu kemudian keluarga MBL bisa membeli mobil tua untuk mengantar roti ke toko-toko. “Coba dengarkan baik-baik suara mobil itu ‘roti-roti’ bukan suara palu hakim ‘tok-tok’ ,” seloroh MBL. Selama bertugas di PN Purwokerto Hakim MBL tidak tinggal di rumah dinas, melainkan kos bersama istri dan anak-anak. Kamar kos itu berukuran sekitar 4 x 3 dengan tarif sewa kamar Rp. 300 ribu per bulan. “Saya sebenarnya dapat rumah dinas, tetapi masih ditempati oleh anak seorang hakim yang telah pindah tugas ke Larantuka sebagai ketua PN. Dalam urusan duniawi saya sebaiknya mengalah,” kata MBL yang naik sepeda setiap berangkat ke kantor pengadilan. Sekarang MBL menjadi hakim tinggi di PT Palangkaraya. Wawancara dengan MBL, keluarga, kolega, aktivis LSM , 28 Februari – 6 Maret 2010. (penulis memasukan profil hakim karena sepakat dengan pemikiran Jerome Frank: *“A judge’s decision may be influenced by mundane things like what she or he ate for breakfast.”*)

Yang juga menarik dalam putusan, hakim berterus terang menggunakan fantasi dan imajinasinya untuk memberikan putusan yang bermakna sebagaimana dalam bunyi putusan; “Menimbang lebih jauh lagi, bahwa yang terpenting putusan haruslah membawa makna. Makna itu disiratkan melalui fantasi dan imajinasi yang divisualisasikan. Fantasi dan imajinasi hakim haruslah memimpin sebuah peradaban.”

459

Fantasi dan imajinasi adalah sesuatu yang diharamkan oleh aliran legisme yang merupakan varian paling ekstrem dari Positivisme Hukum. Legisme

<sup>459</sup> Putusan No. 247/Pid.B/2009/PN.PWT

mengindentikkan hukum hanya sebagai hukum positif, sehingga hakim dilarang menggunakan fantasi dan imajinasi karena dikhawatirkan keluar dari tawanan undang-undang.

Dworkin mengingatkan bahwa seorang hakim ketika dihadapkan pada kasus konkrit tidak saja berurusan dengan masalah teknis (prosedural semata) tetapi juga berhadapan dengan substansi hukum. Ketika seorang hakim mempersoalkan masalah etika, bukan lagi bertanya tentang prosedur teknis penyelesaian hukum tetapi juga mempersoalkan substansi hukum apakah adil atau tidak.<sup>460</sup>

Upaya hakim berusaha keras mencari berbagai sumber, tidak hanya membaca teks hukum formal melainkan juga sumber-sumber non hukum patut dihargai. Kasus Minah sekilas memang kelihatan remeh temeh (hanya 3 kakao) tetapi sesungguhnya "hard cases" yang sarat dengan perselisihan paradigma.

Tamanaha melihat "hard cases" sebagai suatu yang sangat dilematis, sebagai berikut:

*"What jurists refer to as "hard cases" usually fall into one of the two preceding categories: cases involving gaps, conflicts, or ambiguities in the law, and cases involving bad rules or bad results. It confuses matters to lump the two together under same label because they raise distinct dilemmas. The former asks what a judge should do when the law is unclear; the latter asks what a judge should do when a clear law or its consequences is deemed objectionable. Both situations are "hard" in the sense that there is no easy course for the judge. They sometimes merge, for instance, when a bad result encourages a judge to see the law as less clear than initially thought, paving the way for a different result. But the distinction between these types of hard cases is generally marked. The former is continuous with legal analysis in which the judge engage in difficult search for the correct legal answer, whereas the latter raises questions about the extent of the judge's obligation to follow the law."*<sup>461</sup>

(Terjemahan bebasnya sebagai berikut: Apa yang ahli hukum sebut sebagai "kasus-kasus berat" biasanya jatuh ke salah satu dari dua kategori sebelumnya: kasus-kasus yang melibatkan kesenjangan, konflik, atau ambiguitas dalam hukum, dan kasus-kasus yang melibatkan aturan yang buruk atau hasil buruk. Masalah ini membingungkan untuk menyatukan di bawah label yang sama karena mereka menimbulkan dilema-dilema yang berbeda. Hakim pertama bertanya apa yang harus dilakukan ketika hukum tidak jelas, hakim kedua bertanya apa yang harus dilakukan bila hukum yang jelas atau konsekuensinya dianggap pantas. Kedua situasi adalah "keras atau rumit" dalam arti bahwa

<sup>460</sup> Ronald Dworkin, *Taking Right Seriously*, hal. 1

<sup>461</sup> Tamanaha, Brian Z. *Beyond Formalist – Realist Debated the Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, Op.Cit., hal. 192

tidak ada yang mudah bagi hakim. Mereka kadangkala bergabung, misalnya, ketika akibat buruk mendorong hakim untuk melihat hukum sebagai kurang jelas dari pemikiran awalnya, membuka jalan bagi hasil yang berbeda. Namun perbedaan antara jenis kasus yang sulit umumnya ditandai. Yang pertama adalah terus-menerus dengan analisis hukum di mana hakim terlibat dalam pencarian sulit untuk jawaban hukum yang benar, sedangkan yang terakhir ini menimbulkan pertanyaan tentang sejauh mana kewajiban hakim untuk mengikuti hukum.)

Bagi para hakim konservatif hukum diandaikan sudah lengkap, tidak ada celahnya, dan jelas. Pandangan semacam itu melukiskan hukum mampu menghasilkan jawaban yang pasti terhadap semua kasus sehingga tidak mengenal istilah "*hard cases*".

Berbeda dengan Dworkin yang melihat "*hard cases*" sebagai laboratorium istimewa. Bagi Dworkin, bagaimanapun "*hard cases*" sangat signifikan (sebagai kasus penting) yang menguji prinsip-prinsip fundamental. Terobosan putusan hakim menjadi penting karena tidak semua kasus hukum yang kompleks dan berat (*hard cases*) dapat secara langsung ditemukan jawabannya dalam hukum positif yang tersedia. Dalam "*hard cases*" diperlukan kemampuan menganalisis, menginterpretasi, dan melakukan terobosan hukum untuk mendapat jawaban yang memadai. Meskipun demikian, menurut Dworkin, para hakim bukan, dan seharusnya tidak, menjadi pembuat hukum. Karena itu bagi Dworkin, tetap dibutuhkan teori yang lebih memadai untuk menangani 'kasus berat'. Kalau hakim tidak boleh membuat hukum sementara dia dihadapkan kasus berat, bagaimana terobosan hukum bisa dimungkinkan? Dworkin berpendapat, "*I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win.*" Tanpa adanya suatu peraturan yang ditentukan untuk kasus tertentu sekalipun, salah satu pihak yang berperkara tetap berhak memenangkan perkara. Dengan demikian, tugas hakim, menurut Dworkin, menemukan hak-hak dari pihak-pihak yang berperkara. Pertanyaannya, kalau dalam kasus berat tidak tersedia prosedur untuk menentukan apa yang menjadi hak hukum setiap pihak, lalu apakah hakim memeriksa dan memutus perkara tanpa prosedur apapun? Dworkin menjawab pertanyaan itu dengan memberi perbedaan yang jelas antara apa yang disebut argumen prinsip (*argument of principles*) dan argumen kebijakan (*argument of policies*). Disebut argumen kebijakan ketika hakim berusaha mempertanggungjawabkan suatu keputusan dengan menunjukkan manfaat bagi komunitas politik secara keseluruhan. Sementara itu, argumentasi prinsip adalah

argumen hakim yang membenarkan suatu putusan karena pada dasarnya menghormati atau melindungi hak-hak individu atau kelompok, misalnya anti-diskriminasi di mana minoritas mempunyai hak untuk mendapatkan penghargaan dan perhatian yang sama.<sup>462</sup>

Kasus-kasus adalah "berat" di mana ada berbagai argumen (dilematis) mengenai apa pemahaman terbaik dari hukum, sedangkan kasus-kasus jelas (*clear cases*) adalah yang tidak mengandung keraguan semacam itu. Jika kasus-kasus berat adalah penting, bagaimana dengan "clear cases" (kasus-kasus yang jelas)? Guest berjasa menjernihkan perbedaan "*hard cases*" dengan "*clear cases*" sekaligus merupakan kritik terhadap Dworkin dengan mengatakan bahwa apa yang disebut sebagai "*clear cases*" adalah hasil dari proses penalaran bukan dari permulaan.<sup>463</sup>

Setiap kasus (baik "*hard cases*" maupun "*clear cases*") pada hakikatnya unik sehingga memerlukan interpretasi hukum yang baru, atau dengan kata lain, tidak pernah ada dua perkara yang sepenuhnya serupa. Karena itu, hakim harus melakukan "*fresh judgement*" untuk menemukan hukum yang tepat.

Dalam kasus Minah, setiap pasal dalam undang-undang pidana itu sebenarnya selalu mensyaratkan bahwa suatu perbuatan hanya dapat dianggap sebagai perbuatan pidana apabila memenuhi unsur "melawan hukum", yang di dalam bahasa aslinya disebut *wederechtelijk*. Di sini, kata *recht* yang dipakai dan bukan *wet*. Menjadi persoalan, hukum (*recht*) mana yang sebenarnya dalam kasus-kasus pidana itu yang dilanggar. Hukum UU yang tertulis itu (*wet*), ataukah hukum rakyat yang masih berlaku di locus delicti (tempat kejadian perkara) atau yang disebut "*living law*".<sup>464</sup> Maka, apabila persoalan *wederechtelijk* diangkat dalam persoalan Minah dan kakanya, apakah ada unsur pidana dalam perbuatan Minah ini?

*Pertama*, mengambil suatu barang yang tidak terlalu berharga, tidak membahayakan individu atau tidak ada bahaya sosialnya, seperlunya atau tidak untuk dikomersialkan, terlebih lagi untuk untuk bibit, menurut hukum rakyat setempat tidaklah dapat dikatakan sebagai pencurian sebagaimana dapat disimpulkan dari wawancara dengan budayawan Banyumas:

<sup>462</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Op.Cit., hal. 81-130.

<sup>463</sup> Freeman, Op.Cit, hal. 1392.

<sup>464</sup> Soetandyo Wigjosoebroto, *Minah Tak Curi Cokelat*. Kompas, 15 Februari 2010

”Dalam masyarakat Banyumas di pedesaan umumnya, kalau orang mengambil sesuatu seperlunya untuk bibit tanpa ijin, tidak akan menjadi masalah. Sementara, kalau orang minta bibit secara baik-baik, oleh pemiliknya akan dicarikan bibit yang paling baik. Tetapi sekarang rupanya semakin antisosial. Menyedihkan. Orientasi perusahaan perkebunan hanya *profit oriented*. Kalau orang miskin meminta bibit secara baik-baik kepada perusahaan apakah akan dikabulkan? Semestinya, kasus Minah bisa diselesaikan secara musyawarah di tempat, misalnya RT atau RW.<sup>465</sup>

Hakim dalam putusannya sebenarnya mempertimbangkan apakah ada dasar pembenar dan alasan pemaaf yang dapat meniadakan tindak pidana yang dilakukan oleh terdakwa tersebut tidak hanya merujuk pada KUHP tetapi juga hukum yang tidak tertulis, yakni; alasan pemaaf yang tidak tertulis adalah “tidak tercela”.

Namun dalam persidangan tidak dihadirkan saksi ahli dari kalangan ahli hukum adat dan budayawan. Semua saksi yang dihadirkan adalah “orang-orang” PT RSA. Terdakwa yang tidak didampingi pengacara tidak mengajukan saksi yang meringankan (*a de charge*) meskipun haknya diberikan.

*Kedua*, Walaupun silogisme penting dan perlu, dalam praktik penalaran hukum tidak sesederhana dan linier sebagaimana yang dibayangkan. Aturan hukum yang dipandang sebagai premis mayor selalu memerlukan interpretasi dalam konteks kenyataan faktual yang konkret. Selain itu, dinamika kehidupan selalu memunculkan situasi baru yang terhadapnya belum ada aturan eksplisit yang secara langsung dapat diterapkan. Itu sebabnya, aturan hukum selalu mengalami pembentukan dan pembentukan ulang (dengan interpretasi). Premis minornya berupa fakta yuridis, yakni fakta-fakta dari sebuah kasus dalam masalah hukum, juga tidak begitu saja terberi, melainkan harus dipersepsi dan dikualifikasi dalam konteks aturan hukum yang relevan, untuk kemudian diseleksi dan diklasifikasi berdasarkan kategori-kategori hukum. Jadi, fakta yuridis bukanlah “bahan mentah”, melainkan fakta yang sudah diinterpretasi dan dievaluasi.<sup>466</sup>

Namun persoalannya, interpretasi dalam silogisme seperti dalam sangkar besi (iron cage), karena jawaban (konklusi) diam-diam sebenarnya sudah “tersedia” dalam premis mayor. Dalam silogisme, norma yang didudukan sebagai premis mayor

---

<sup>465</sup> Wawancara dengan Eyang Nardi, 13 Maret 2010.

<sup>466</sup> Sidharta, B. Arief, *Struktur Ilmu Hukum Indonesia*. Bandung: Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2008, hal. 21.

diasumsikan lebih luas dari fakta (premis minor). Premis mayor berposisi sebagai “konsep ortodoksi” yang secara aksiomatis dianggap mampu mencakup, melingkupi, bahkan mengantisipasi semua persoalan di masyarakat.

Padahal persoalan dalam masyarakat lebih luas sehingga tidak mungkin tercakupi dalam undang-undang. Sebagai contoh, pasal-pasal pencurian dalam KUHP yang merupakan warisan pemerintah kolonial Belanda yang memberikan ukuran nilai barang yang bisa diperkarakan minimal 25 gulden. Terakhir, melalui UU No. 16/Prp/1960, nilai barang diubah menjadi Rp. 250. Biji dari tiga buah kakao apabila dikeluarkan dari kulitnya, dikeringkan, dan ditimbang menjadi sekitar 1 – 1,5 ons dan apabila dirupiahkan diperkirakan senilai Rp. 5000 – 7.500. Jika aparat penegak hukum, membaca teks hukum positif tersebut secara skripturalistik dan terpisah dengan realitas sosialnya, maka pencurian bernilai di atas Rp. 250 dapat dikategorikan tindak pidana biasa. Polisi dan Jaksa membawa kasus Min ke pengadilan karena memahami teks hukum dengan logika tertutup. Disebut tertutup karena teks hukum itu harus dibersihkan dari anasir-anasir ekonomis, sosiologis, budaya dan sebagainya. Sistem logika tertutup memiliki karakter hanya mengejar kebenaran formal prosedural<sup>467</sup> sehingga mengundang persoalan, misalnya, apakah nilai Rp. 250 masih relevan diterapkan pada saat ini ? Itulah mengapa kasus Minah menimbulkan reaksi yang luar biasa di masyarakat dan dianggap melukai rasa keadilan.

Karl Llewellyn secara radikal memperlihatkan ‘legal indeterminacy’ bahwa “*a statute cannot go beyond its text*” (perundang-undangan tidak dapat melampaui teksnya), tetapi juga prinsip bahwa “*to effect its purpose a statute must be implemented beyond its text*” (untuk mencapai pada tujuannya sebuah peraturan perundang-undangan harus diimplementasikan melampaui teksnya).<sup>468</sup>. Sebagai contoh, karena patokan nilai Rp. 250 sudah tidak relevan diterapkan pada saat ini, maka aparat penegak hukum seharusnya “berpikir melampaui teksnya” dengan mengkalkulasi nilai Rp 250 pada tahun 1960 adalah sebanding dengan 10 gram emas, dan harga emas per gramnya sekarang sekitar Rp. 350.000 sehingga yang menjadi dasar ukuran nilai kerugian adalah 10 gram emas sekarang sekitar Rp. 3.500.000.

<sup>467</sup> Shidarta. *Positivisme Hukum*, Jakarta: Penerbit Universitas Tarumanegara, 2007.

<sup>468</sup> Karl Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and The Rules and Canons about How Statutes are to be Constructed*, Vanderbilt Law Review No. 3, 1950.

Implikasi yuridisnya, pencurian dibawah patokan nilai kerugian itu hanya merupakan tindak pidana ringan.

Sebagai kajian komparatif KUHP asing (antara lain di Armenia, Belarus, Brunei, Bulgaria, China, Jerman, Latvia, Macedonia, Perancis, Romania, Swedia, dan Yugo-slavia) bahwa suatu perbuatan (misalnya pencurian) walaupun telah memenuhi rumusan delik dalam UU dapat dinyatakan tidak merupakan tindak pidana (asas Judicial Pardon), apabila : (a) tidak menimbulkan bahaya publik atau sangat kecil bahaya sosialnya (*does not present public danger because of its little significance, i.e. it did not cause or could not have caused significant damage – Psl. 18 Armenia*); (b) tidak ada bahaya sosialnya (*no social danger by virtue of its little significance – Psl. 7 Bellarus*); (c) tidak berbahaya bagi masyarakat atau sifat bahayanya sangat kecil (*its insignificance is not dangerous to society or its danger to society is obviously insignificant – Psl. 9 Bulgaria*); (d) bahayanya sangat kecil atau tidak besar (*the circumstances are clearly minor and the harm is not great – Psl. 13 China*); (e) ada keadaan-keadaan yang meniadakan/menghapus pertanggungjawaban pidana (*has been committed in circumstances which exclude criminal liability – Psl. 6 Latvia*).<sup>469</sup>

*Ketiga.* undang-undang hukum pidana dalam teks asalnya (Belanda) pun sebenarnya menyebutkan bahwa hanya orang yang "*een goed ... wegneemt*" yang harus disebut pelaku pencurian. *Wegneemt* berasal dari kata dasar *wegnemen*, yang berarti mengambil dan membawanya pergi. Kita ingat, Nenek Minah tidak melarikan kakao yang dipetikinya itu.<sup>470</sup> Karena hukum pidana mencari kebenaran materiil, pertanyaan yang perlu digali mengapa Minah meletakkan kakao yang dipetikinya di tempat terbuka dan masih di wilayah PT RSA yang tentu saja akan mudah diketahui oleh pihak perusahaan ?

Kalau sidang Minah digelar di lapangan (tempat kejadian perkara), mendengar kesaksian penduduk di sekitar perkebunan (bukan hanya dari pihak perusahaan), dan melacak sejarah tanah perkebunan, mungkin akan terungkap bahwa ada sesuatu dibalik konteks sehingga Minah tidak pernah merasa mencuri sebagaimana dalam pernyataannya: "*Gusti Allah sing nyakseni. Tanah iku tanahe*

<sup>469</sup> Barda Nawawi Arief, Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana, Bahan Refreshing Course "On The Same Root and Different Development", Surabaya, 11 April, 2006.

<sup>470</sup> Soetandyo Wignjosoebroto, Minah Tak Curi Cokelat, Op>cit.,

*rakyat,*” (Tuhan yang menyaksikan. Tanah itu (yang dikuasai PT RSA) adalah milik rakyat.”<sup>471</sup>.

Dalam pemeriksaan di pengadilan, ada akar kausa yang tidak terungkap, yakni konflik agraria antara warga desa setempat dengan yayasan militer yang berawal dari “pengamanan” terhadap tanah perkebunan tetapi kemudian berakhir dengan “penguasaan” militer (lihat, sejarah tanah dalam latar belakang).

Ketua Majelis Hakim MBL sendiri mengakui tidak mengetahui jika dibalik kasus Minah sesungguhnya ada konflik agraria antara masyarakat dengan yayasan militer yang bekerjasama dengan perusahaan swasta. Menurut MBL, dalam kasus Minah, lebih ideal lagi, kalau hakim turun ke TKP supaya memperkuat keyakinan hakim. “Ada keinginan untuk turun ke TKP, tetapi waktu itu uang pribadi tidak cukup. Tidak ada dana yang disediakan negara. Terlebih lagi, TKP Minah cukup jauh dari pengadilan”<sup>472</sup>

Menurut warga, tanah perkebunan yang dikuasai PT RSA merupakan milik nenek moyang mereka yang disewakan kepada perusahaan Belanda pada masa kolonial. Menjelang masa sewa habis, bersamaan dengan huru-hara politik 1967, perkebunan diambil alih militer dan dikelola oleh Yayasan Rumpun Kodam Diponegoro. Sejak Februari 1967. Pemerintah melalui BPN mengeluarkan Hak Guna Usaha kepada PT Rumpun berdasarkan kelanjutan dari hak erfpacht. Selama masa Orde Baru, tentara sering patroli dan latihan perang-perangan di wilayah perkebunan sehingga penduduk desa tidak berani meminta kembali tanah tersebut.<sup>473</sup>

Setelah Orde Baru runtuh, masyarakat melakukan “reclaiming” dengan menggarap di sekitar tanaman kakao PT RSA. Sejak tahun 1999, Minah bersama petani lainnya menanam jagung dan kedele di sekitar kakao (warga menyebut; complongan). Menurut Minah, ketika ia memupuk tanaman palawija otomatis pupuk itu juga diserap akar kakao di sekitarnya, sebagaimana yang dikatakan “*Melunggaremi masa mboten purun mendet buahe*” (Ikut memupuk apa iya tidak boleh mengambil buahnya). Karena alasan itu, Minah tidak pernah “berniat” mencuri

<sup>471</sup> Wawancara dengan Min, 2010.

<sup>472</sup> Wawancara dengan hakim MBL, 9 Maret 2010.

<sup>473</sup> Cahasta, Louvikar Alfian. *Gerakan Petani dalam Pembaruan Agraria, Studi Kasus di Desa Kramadenan Kecamatan Ajibarang, Kabupaten Banyumas*. Universitas Soedirman-Purwokerto, 2006.

sehingga tak ada maksud Minah untuk menyembunyikan kakao dan tidak pula ada maksud di benaknya untuk membawanya pergi. Apakah perbuatan tersebut yang tidak mengandung unsur "mens rea" bisa dikategorikan tindak pidana biasa?

Permasalahannya, antara hukum pidana, perdata (masih diperkecil lagi menjadi hukum agraria, hukum bisnis, hukum perkebunan, dan sebagainya) dipandang secara terpisah, padahal bisa saja akarnya berkelindan satu dengan lainnya. Seandainya dalam kasus Minah, hakim juga melihat bagaimana sejarah tanah untuk menjelaskan siapa pemilik tanah dan kakao yang sesungguhnya, maka perbuatan Minah mengambil tiga kakao itu memang "terbukti" tetapi tidak ditemukan unsur melawan/melanggar hukum (*wederechtelijk*).

Dalam kasus Minah, kita berada dalam situasi yang dilematis; terjadi ketegangan antara tuntutan kepastian hukum dengan keadilan. Hukum memang tidak selalu identik dengan keadilan, meski mungkin saja keadilan bisa diperoleh dari apa yang legal. Jika hukum diasumsikan identik dengan keadilan, maka berbahaya, karena pencarian keadilan di luar hukum akan dihentikan. Keadilan adalah suatu konsep yang jauh melampaui hukum. Hukum tanpa keadilan tidak layak lagi disebut hukum, tetapi keadilan tanpa hukum tetaplah keadilan, meskipun keadilan yang defisit. Karena itu, agar keadilan tidak defisit, maka argumentasinya perlu dijustifikasi dengan prinsip-prinsip hukum.

*Pertama*, suatu perbuatan walaupun telah memenuhi rumusan delik dalam undang-undang dapat dinyatakan tidak merupakan tindak pidana (maksimal tindak pidana ringan), apabila tidak menimbulkan bahaya terhadap individu/publik atau tidak ada bahaya sosialnya. Seharusnya kasus Minah diselesaikan melalui proses *restorative justice* atau penyelesaian secara damai di luar pengadilan. Terlebih lagi, dalam Rancangan KUHP yang baru sudah diatur model penyelesaian *restorative justice* atau penyelesaian secara damai di luar pengadilan untuk kasus-kasus yang implikasi sosialnya kecil dan tidak membahayakan individu/publik.

*Kedua*, upaya hakim tidak hanya membaca teks hukum formal melainkan juga melibatkan hati nuraninya sehingga berusaha keras mencari pertimbangan-pertimbangan seadil-adilnya, patut mendapat apresiasi. Hal inilah yang menjadikan pertimbangan hakim dalam putusan kasus Minah terasa cukup bijak dengan menjatuhkan putusan hukuman percobaan, jauh lebih rendah dari tuntutan Jaksa Penuntut Umum 6 bulan pidana penjara.

Kasus Minah sekilas memang kelihatan remeh temeh (hanya tiga kakao) tetapi sesungguhnya dibalik itu sarat dengan perselisihan paradigma, kepentingan, dan pergulatan sejarah. Untuk "hard case" tidak mudah untuk menemukan kebenaran materiil jika hanya sidang di atas meja dengan waktu yang relatif singkat (apalagi jika hakim harus berkonsentrasi menghadapi perkara-perkara lain), bagaimana mungkin hakim bisa mengungkap fakta "apa dibalik apa adanya". Penemuan hukum (*rechtsvinding*) adalah sebuah aspek penting dari praktik hukum. Namun hakim harus memberikan putusan hukumnya dalam jangka waktu yang masuk akal (*binnen redelijke termijn, within reasonable time*). Keterbatasan waktu itu menyebabkan seorang hakim kadang dalam posisi dilematis; dituntut tidak hanya pada ketepatan substansi dalam penemuan hukum melainkan ketepatan waktu.<sup>474</sup> Seandainya dalam kasus Minah, hakim juga meneliti bagaimana sejarah tanah untuk menjelaskan siapa pemilik tanah dan kakao yang sesungguhnya, maka perbuatan Minah mengambil tiga kakao itu memang "terbukti" tetapi tidak ditemukan unsur "melanggar hukum". Padahal (meminjam basis argumentasi Positivisme Hukum) setiap pasal dalam undang-undang pidana itu selalu mensyaratkan bahwa suatu perbuatan hanya dapat dianggap sebagai perbuatan pidana apabila memenuhi unsur "melawan hukum" (*wederechtelijk*) sehingga Minah (seharusnya) lepas dari segala tuntutan.

### **B. Kasus Pencurian Sisa Panen Randu (.../Pid.B/2009/PN.Btg)<sup>475</sup>**

Latar belakang.

Sudah menjadi kebiasaan masyarakat desa di Jawa yang berlahan sempit dan tak bertanah melakukan *gresek/gasak*<sup>476</sup> atau mengambil sisa hasil panen padi, randu, daun cengkeh dan hasil pertanian lainnya. Ada kesepakatan tak tertulis dalam masyarakat Jawa terutama di pedesaan, bahwa mengambil sisa panen (*gresek/ngasak*) bukan pencurian. *Gresek/Ngasak* bagi orang Jawa diartikan sebagai "*nggoleki turahan sing duwe*" (mencari sisa yang punya). Turahan (sisa) tidak akan dipergunakan lagi oleh pemiliknya. Dibalik *ngasak*, terkandung filosofi kemanusiaan dan menghindari

<sup>474</sup> Pontier, J.A. *Rechtsvinding*, Diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta. Bandung: Laboratorium Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2001, hal.1

<sup>475</sup> Nomor putusan oleh Pengadilan Negeri Batang sengaja dikaburkan dalam foto copy putusan karena alasan kode etik.

<sup>476</sup> Wawancara dengan sejumlah petani di Batang.

kemubaziran. Bagi masyarakat di Jawa pedesaan, bertani tidak hanya sekedar mencari nafkah, tetapi juga mempunyai fungsi sosial. Semangat hidup bersama (komunalisme) dalam masyarakat pedesaan selalu di pelihara untuk menciptakan harmoni antar warga. “*Eman-eman sing keru, ayo do di dangsagi ben keno pangan maneh*” (sayang yang tersisa, ayo dikumpulkan untuk dimakan). Di mana ada pertanian, disitu ada ngasak/gresek. Orang yang *ngasak/gresek* berasal dari “kawula alit” yang tidak punya wewenang (politik), tidak punya lahan (ekonomi), yang hidupnya sengsara mengais *turahan* karena harus mempertahankan hidup. *Ngasak/gresek* hasilnya tidak seberapa, hanya sekedar untuk bertahan hidup hari ini, tidak bisa untuk akumulasi. Kebiasaan *ngasak/gresek* tersebut telah berlangsung lama, turun-temurun, dan dilakukan terus-menerus hingga sekarang.

Permasalahannya, setelah perkebunan beralih pengelolaannya kepada perusahaan perkebunan swasta, tradisi *ngasak/gresek* mulai dikesampingkan oleh perusahaan perkebunan karena hanya berorientasi keuntungan. Sedangkan masyarakat desa masih menganggap *gresek/ngasak* sebagai tradisi yang masih berlaku.

Terpidana Manisih<sup>477</sup>, Rusnoto<sup>478</sup>, Sri<sup>479</sup>, dan Juwono tinggal di desa Kenconorejo, Kabupaten Batang. Sebagai gambaran, desa ini “dikepung” perkebunan

---

<sup>477</sup> Manisih melakukan gresek/ngasak karena ia berasal dari keluarga sangat miskin. Rumahnya berukuran 3 x 6 beralaskan tanah dan dinding bambu yang mulai lapuk. Karena tidak mempunyai sawah dan ladang, sejak kecil Manisih ikut ibunya ngasak/gresek di sawah mencari sisa panen padi. Manisih mengaku buta huruf karena tidak pernah mengenyam pendidikan formal. Dari empat bersaudara, hanya adiknya yang laki-laki yang mendapatkan kesempatan sekolah, itu pun hanya hingga kelas 3 SD. Manisih mulai bekerja di perusahaan peternakan ayam sejak usia 12 tahun. “Ketika itu saya dibayar Rp. 1000 sehari. Harga bakso masih Rp. 500 semangkuk. Upah dibayar tiap malam minggu,” kenang Manisih. Ketika usia 13 tahun, Manisih mengadu nasib ke Jakarta lewat seorang calo. “Tenaga saya dijual oleh agen tenaga kerja yang berkantor di Kalijodo sebagai PRT. Waktu itu saya mendapat upah Rp. 50 ribu,” cerita Minasih. Karena majikan cerewet, Manisih tidak betah, hanya bertahan 2 bulan dan kembali ke kampung halaman. Manisih kembali menekuni pekerjaan lama sebagai pemberi makan ayam. “Upah saya naik dari Rp. 1000 menjadi Rp 1500,” kata Manisih. Pada waktu menginjak usia 14 tahun, Manisih menikah dengan Asral. Mereka dikaruniai 2 anak, Juwono dan Rohadi. Manisih tetap bekerja sebagai buruh pakan ayam dan suaminya buruh sawah. Namun, ketika Manisih mengandung Rohadi 7 bulan, Asral meninggal dunia karena sakit. Setelah Rohadi lahir dan berusia 2 bulan, Manisih menitipkan pada ibunya dan bekerja sebagai PRT di Jakarta. “Buruh pakan ayam tidak mencukupi untuk makan keluarga. Apalagi suami telah meninggal. Saya sekali lagi harus mengais rejeki di Jakarta,” kata Minasih. Karena Rohadi masih bayi, Manisih pulang pergi Jakarta – Batang tiap 2 bulan sekali. Setelah lama bekerja di Jakarta, Manisih mulai bisa beradaptasi kerasnya hidup sebagai pembantu rumah tangga di Jakarta. “Majikan cerewet dan kadang kasar. Namun, lama kelamaan saya mulai terbiasa,” kata Minasih. Setiap lebaran Manisih selalu mudik. Suatu saat usai lebaran, Manisih harus kembali ke Jakarta tetapi tidak mempunyai uang untuk transportasi. Cara paling mudah bagi orang miskin di desanya mencari uang tanpa harus meminta-minta adalah ngasak/gresek. Bersama tetangga, adik dan anaknya, Manisih mencari sisa panen randu, namun berakhir di penjara karena ditangkap polisi dan oleh penuntut umum didakwa melakukan pencurian. Sewaktu saya, adik, dan anak saya ditahan. Ibu saya meminjam uang kepada Pak Tarno dari Beji Rp. 5 juta dengan jainan rumah untuk biaya hidup sehari-hari dan mondar-mandir menjenguk di tahanan,” kata Manisih. Manisih sekarang tidak bisa kembali bekerja di tempat majikannya karena tahu kasus Manisih dari

swasta. Lahan perkebunan yang dikuasai swasta dengan Hak Guna Usaha 180.000 hektar, lebih luas dibanding sawah penduduk desa (laki-laki: 1239 dan perempuan: 1251) yang apabila diakumulasikan hanya 125.000 hektar. Mayoritas penduduk bertani, namun karena lahan mereka sempit, sebagian penduduk merantau ke kota bekerja sebagai pembantu rumah tangga.<sup>480</sup>

#### Duduk Perkara

Senin pagi, 2 November 2009, Rusnoto mengajak Manisih melakukan *gresek* randu karena mendengar kabar bahwa di daerah sekitar areal PT Segayung (desa Sembojo) telah selesai dilakukan panen.”Ayo mbak *gresek* randu,” kata Rusnoto dan di jawab oleh Manisih,”*Yo, kae Ju diajak sisan, digugah isih turu* (Ya, Ju diajak juga, dibangunkan masih tidur.”<sup>481</sup>

Rusnoto, Manisih, dan Juwono berkumpul hendak berangkat melakukan *gresek*. Sri<sup>482</sup> yang sedang menjemur pakaian menanyakan mau kemana dan dijawab

---

televisi.”Ketika keluar dari penjara, saya telpon majikan, katanya dia tahu kasus saya dari televisi dan sekarang saya sudah diganti pembantu lain,” keluh Manisih. Wawancara dengan Manisih 21 - 27 Februari 2010.

<sup>478</sup> Rusnoto (tetangga Manisih) anak bungsu dari empat bersaudara. Pada tahun 2010 usianya sekitar 12 tahun. Cita-cita menjadi tukang kayu seperti pekerjaan ayahnya. Sedangkan ibunya, hanya buruh tander (tanam padi). Rusnoto masih ingat pertanyaan Jaksa,”kamu ngasak atau *gresek* untuk apa?” Rusnoto mengaku ikut ngasak/*gresek* untuk beli jajan seperti gorengan dimakan bersama teman-temannya. Hasil ngasak biasanya laku dijual antara Rp. 6 – 7 ribu. Selama di tahanan nyaris tidak bisa tidur karena banyak nyamuk dan menangis terus-menerus teringat kedua orang tuannya. Terlebih lagi, kedua orang tua dan kakak-kakaknya menangis jika menjenguknya di rutan. Sewaktu dalam pemeriksaan, Rusnoto tidak paham pertanyaan hakim karena menggunakan bahasa Indonesia... “*kulo mboten ngertos, kulo nggih mawon*”Setelah dipidana. Rusnoto mengaku jera dan sering mengalami rasa ketakutan luar biasa. “Sekarang saya tidak berani *gresek* lagi,” kata Rusnoto. Untuk membantu orang tuanya, sekarang Rusnoto bekerja sebagai pemberi makan babi dan ayam di perusahaan ternak. “Ia mendapat upah Rp. 250/bulan, bekerja antara jam 7 pagi hingga jam 4 sore. Wawancara, 21-24 Februari 2010.

<sup>479</sup> Sri Suratmi adik Manisih lahir 7 Maret 1990 di Batang. Sewaktu masih kanak-kanak Sri bercita-cita sebagai pelukis. “Saya pernah ikut lomba lukis tingkat kecamatan dan dapat juara 1,” kisah Sri. Tetapi karena tidak mempunyai biaya, lulus SD langsung kerja sebagai pembantu rumah tangga ke Jakarta tahun 2000. “Gaji waktu itu Rp. 125 ribu. Tapi hanya bertahan 1,5 bulan karena anak majikan rewel. Saya pindah ke majikan lain. Kalau majikannya baik saya bisa bertahan bekerja hingga 2 tahun. Saya bisa mengirim orang tua ,” kisah Sri Suratmi. Setelah kasusnya diketahui majikan dari televisi, ia tidak bisa kembali bekerja karena majikan menolaknya. “Mungkin bulan depan saya berangkat ke Malaysia. Tadi dibel calo, katanya paspornya sudah turun. Saya ingin buka usaha kerajinan tangan setelah pulang dari Malaysia,” kata Sri sambil menunjukkan hasil kerajinannya.

<sup>480</sup> Sumber; Data desa Kenconorejo, Kabupaten Batang tahun 2010.

<sup>481</sup> Kesaksian dalam pengadilan sebagaimana dalam Putusan No. /Pid.B/2009/PN. Btg.

<sup>482</sup> Sri Suratmi adik Manisih lahir 7 Maret 1990 di Batang. Sewaktu masih kanak-kanak Sri bercita-cita sebagai pelukis. “Saya pernah ikut lomba lukis tingkat kecamatan dan dapat juara 1,” kisah Sri. Tetapi karena tidak mempunyai biaya, lulus SD langsung kerja sebagai pembantu rumah tangga ke Jakarta tahun 2000. “Gaji waktu itu Rp. 125 ribu. Tapi hanya bertahan 1,5 bulan karena anak majikan rewel. Saya pindah ke majikan lain. Kalau majikannya baik saya bisa bertahan bekerja hingga 2 tahun. Saya bisa mengirim orang tua ,” kisah Sri Suratmi. Setelah kasusnya diketahui majikan dari televisi, ia tidak

hendak *gresek* randu. Sri kemudian ikut bergabung melakukan *gresek*. Manisih membawa sebuah sabit dan Rusnoto membawa sebuah kandi (karung plastik). Jarak tempuh dari dusun Secentong menuju lokasi *gresek*, tepatnya di areal PT Segayung, sekitar 5 (lima) kilometer. Perjalanan bisa ditempuh dengan jalan aspal, tetapi Manisih, Rusnoto, Juwono, dan Sri yang berjalan kaki memilih jalan setapak. Dalam perjalanan mereka menemukan dua buah galah dari bambu di pinggir sungai. Mereka menggunakan dua buah galah bambu itu sebagai alat untuk memetik randu dengan cara pada salah satu ujung diberi kayu pengait dan iikat tali rafia.<sup>483</sup>

Rusnoto dan Juwono yang terlebih dulu memetik buah randu dari beberapa pohon dengan galah bambu. Sementara Manisih dan Sri mengumpulkan buah randu yang jatuh dari pohon dan memasukannya ke dalam karung plastik. Setelah Rusnoto dan Juwono sudah merasa lelah, lalu Manisih dan Sri bergantian memetik randu. Lokasi tempat memetik randu dipinggir jalan aspal utama sehingga diketahui oleh setiap orang yang lalu-lalang.<sup>484</sup>

Setelah selesai memetik buah randu, mereka berempat keluar areal perkebunan hendak pulang. Mereka membawa satu buah karung yang telah berisi buah randu. Karena kelelahan, mereka beristirahat sejenak di bawah pohon perbatasan areal perkebunan. Namun, Rusnoto kembali masuk ke areal perkebunan untuk mengambil air minum yang tertinggal. Ketika mengambil air minum yang tertinggal di lokasi *gresek* randu, melihat seorang yang tidak dikenal (Farel) dan diabaikan oleh Rusnoto dan segera keluar areal perkebunan untuk kembali bergabung dengan Manisih, Juwono, dan Sri.<sup>485</sup>

Diketahui kemudian Farel (Fa) adalah anak dari Efendi (Ef) yang telah membeli buah randu (bahasa Jawa: *penebas*) dari PT Segayung pada bulan Juli 2009. Fa langsung menghubungi Efendi bahwa ada orang mengambil randu. Setelah itu Ef menghubungi salah satu pekerjanya HS dan memberitahukan hal yang sama. HS lalu menuju perbatasan dengan menggunakan sepeda motor. Sesampai di lokasi perbatasan, HS menemukan Rusnoto, Manisih, Juwono, dan Sri. Saat itu Rusnoto, Manisih, Juwono, dan Sri tidak berniat atau berusaha melarikan diri. HS dan Fa

---

bisa kembali bekerja karena majikan menolaknya. “Mungkin bulan depan saya berangkat ke Malaysia. Tadi dibel calo, katanya paspornya sudah turun. Saya ingin buka usaha kerajinan tangan setelah pulang dari Malaysia,” kata Sri sambil menunjukan hasil kerajinannya.

<sup>483</sup> Kesaksian dalam pengadilan sebagaimana dalam bunyi Putusan No. /Pid.B/2009/PN. Btg.

<sup>484</sup> Ibid.

<sup>485</sup> Ibid.

kemudian menanyakan asal dan dijawab oleh Manisih berasal dari desa Kenconorejo.

486

Ef kemudian datang ke lokasi dan Manisih mengatakan kepada Ef, Fa, dan HS bahwa dirinya baru pertama kali *gresek*. Setelah mendapat penjelasan dari pemilik buah randu, Rusnoto, Manisih, Juwono, dan Sri baru mengetahui bahwa buah randu milik Ef tidak boleh diambil karena belum selesai panen serta harus meminta ijin terdahulu jika *gresek*. Manisih segera meminta maaf. Namun, permintaan maaf Manisih, diabaikan dan Ef langsung menghubungi pihak kepolisian Resort Batang melalui telepon.<sup>487</sup>

Tidak lama kemudian, dua orang polisi datang dan langsung menangkap Manisih, Rusnoto, Juwono, dan Sri serta membawanya ke kantor polisi dengan menggunakan sebuah mobil. Sekretaris desa Kenconorejo berusaha menemui Ef dan meminta kasus randu itu diselesaikan secara musyawarah. Menurut Kepala Desa Kenconorejo Nur Ajidah, belum pernah ada orang ngasak/gresek yang dituntut secara hukum di pengadilan. Jika ada orang ngasak/gresek mengambil di luar kewajaran, si pemilik biasanya hanya *grundel* (menggerutu), tetapi belum pernah sampai di pengadilan. Ef kemudian sempat mencabut laporan kepolisian, tetapi setelah menghitung kembali nilai kerugian akhirnya Ef meminta kepada polisi untuk tetap ditindak lanjuti atau diproses menurut hukum yang berlaku.<sup>488</sup>

Menurut penyidik kasus Manisih, Ajun Inspektur SR, apa yang dilakukan Manisih dan teman-temannya telah memenuhi unsur-unsur dalam Pasal 363 KUHP tentang Pencurian dengan Pemberatan. Polisi tidak melihat berapa besar dampak kerugian, kalau pencurian diatas Rp. 250 berarti sesuai dengan hukum yang berlaku. Kasus Manisih, menurut Ajun Inspektur SR, bukan yang pertama di Kabupaten Batang. “Sekitar perkebunan memang sangat rawan, orang-orang ini memang mengharapkan setiap panen ikut panen .kelapa, jeruk, randu. Bahkan ada yang mengambil dua atau tiga butir kelapa di lahan perusahaan perkebunan, meski alasan hanya untuk mengatasi rasa haus, langsung kami tahan, diproses dan dilimpahkan ke pengadilan, dan akhirnya diputus pidana penjara oleh hakim .”

<sup>486</sup> Kesaksian dalam pengadilan sebagaimana dalam Putusan No. /Pid.B/2009/PN. Btg.

<sup>487</sup> Ibid.,

<sup>488</sup> Wawancara dengan aparat desa Kenconorejo ....

Dalam dakwaan Jaksa Penuntut Umum, para terdakwa dijerat Pasal 363 ayat (1) ke-4 KUHP tentang Pencurian dengan Pemberatan. Tuntutan Jaksa Penuntut Umum pidana penjara masing-masing 1 (satu) bulan dengan masa percobaan selama 4 empat bulan.<sup>489</sup>

#### Putusan Hakim.

Dalam memutus kasus Manisih cs., hakim memulainya dengan penalaran silogisme (metode deduktif), yakni premis mayor dibangun dari norma positif dalam sistem peraturan perundang-undangan dan kemudian disandingkan dengan fakta yang merupakan premis minor, sehingga akan menghasilkan konklusi.

1. Premis Mayor: Unsur ‘mengambil’ adalah memindahkan untuk dikuasai oleh si pelaku (terdakwa), yang sebelumnya belum berada dalam kekuasaan si pelaku (terdakwa) menjadi berada dalam kekuasaan si pelaku (terdakwa);
  - 1.1. Fakta: pada hari Senin, tanggal 2 Nopember 2009 sekira pukul 08.30 Wib para terdakwa telah mengambil barang berupa buah randu milik saksi korban Ef yang bertempat di perkebunan PT. Segayung wilayah desa Sambojo, Kec. Tulis, Kab. Batang yang dilakukan oleh para terdakwa dengan cara secara bergantian yaitu Rusnoto dan Juwono masing-masing dengan menggunakan galah dan sebelumnya pohon dilubangi untuk pijakan kaki kemudian Saksi Rusnoto dan saksi Juwono memanjat pohon randu lalu memetik buah randu tersebut dengan menggunakan galah yang sudah dibuat penjepitnya, lalu buah randu dijatuhkan ke tanah. Buah randu dipungut dan dimasukkan ke dalam karung plastik, begitu seterusnya;
  - 1.2. Fakta: saat Ruswoto dan Juwono sudah lelah maka giliran Manisih dan Sri yang memetikny dengan memakai galah. Sementara saksi Rusnoto bersama Juwono memungut buah randu dan dimasukkan ke dalam karung plastik hingga karung plastik tersebut penuh berisi buah randu seberat +- 14kg, selanjutnya satu karung berisi buah randu dibawa oleh para terdakwa ke luar areal perkebunan selanjutnya para terdakwa duduk-duduk di luar areal perkebunan bersama satu karung plastik berisi buah randu tersebut;

<sup>489</sup> Analisis putusan ini khusus untuk terdakwa Manisih dan Sri. Karena dibawah umur, Rusnoto dan Juwono diadili dalam sidang yang berbeda. Meski demikian, keempat terdakwa akhirnya dipidana sama beratnya.

- 1.3.Fakta: para terdakwa telah memindahkan buah randu dari tempatnya semula yaitu pada pohon randu di areal perkebunan PT. Segayung dengan cara dipetik lalu dimasukkan ke dalam sebuah karung plastik selanjutnya karung plastik yang telah berisi buah randu tersebut dibawa oleh para terdakwa keluar dari areal perkebunan. Namun, belum sempat dinikmati, perbuatan terdakwa telah diketahui oleh pemilik buah randu tersebut yaitu saksi Efendi.
2. Unsur “sesuatu barang” adalah segala sesuatu yang berwujud dan tidak berwujud termasuk pula binatang ataupun ternak yang setidak tidaknya bernilai lebih dari Rp. 250,- (dua ratus lima puluh rupiah). 2.1. Fakta : para terdakwa telah mengambil buah randu seberat +- 14kg yang ditaksir seharga Rp. 12.000,00 (dua belas ribu rupiah). 2.2. Fakta : buah randu seberat 14kg yang ditaksir seharga Rp. 12.000,00 (dua belas ribu rupiah) yang diambil oleh para terdakwa tersebut merupakan milik saksi Efendi yang diperoleh oleh saksi Efendi dengan cara membeli tebas dari PT.Segayung.
3. Unsur “dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hak”, mengandung pengertian bahwa pengambilan tersebut dilakukan dengan sengaja dan dengan maksud untuk dimiliki oleh pelaku yang dilakukan tanpa seijin maupun sepengetahuan si pemilik barang. 3.1.Fakta : para terdakwa telah mengambil buah randu sebanyak 14kg milik saksi Efendi tanpa ijin pemiliknya.
4. Konklusi (penilaian hakim): semua unsur-unsur Pasal 363 (1) KUHP terpenuhi; maka hakim menjatuhkan pidana kepada empat terdakwa masing-masing dengan pidana penjara selama 24 (dua puluh empat) hari potong masa tahanan.

#### Analisis Putusan Hakim

Setiap unsur-unsur Pasal 363 KUHP terbaca sebagai aturan, berupa kalimat yang menyatakan ada-tidaknya suatu peristiwa atau perbuatan tertentu (disebut fakta hukum, *iudex facti*), yang disusul dengan pernyataan tentang apa yang akan menjadi akibatnya (akibat hukum). Setiap kalimat pernyataan yang berfungsi sebagai aturan bersanksi ini, sebagaimana ajaran John Austin, dikonsepsikan sebagai perintah-perintah untuk berbuat atau tak berbuat dengan segala konsekuensinya. Berpikir

positivistik adalah berpikir logis bahwa setiap akibat mestilah secara logis diterima sebagai konsekuensi terjadinya suatu sebab. Semua fakta ditampung dalam norma, sehingga norma dalam premis mayor mengikat dan menyerap fakta-fakta apapun permasalahannya misalnya, Pasal 362 KUHP dianggap mengantisipasi semua tindak pencurian.

Padahal menurut Budayawan Jakob Soemardjo, orang Jawa mempunyai lebih dari 10 jenis pencurian tetapi oleh hukum hanya disediakan satu pengertian tentang tindak pidana pencurian yakni “mengambil barang yang sama sekali atau sebagian kepunyaan orang lain dengan maksud untuk memiliki barang itu dengan melawan hukum”.<sup>490</sup> Ketika norma hukum menjadi ukuran seragam bagi semua perbuatan manusia, cenderung akan mereduksi perbuatan manusia yang unik ke dalam standar tertentu. Karena itu, cara bernalar Positivisme Hukum cenderung monisme. Artinya, hanya mengandalkan satu metode saja yang dapat dipakai untuk menghasilkan kesimpulan logis dan obyektif atau dalam ranah hukum disebut kepastian hukum.

Akibatnya, cara pandang ini cenderung mereduksi perilaku manusia (yang mempunyai jiwa, motif, cita-cita, perasaan, dan berbagai keunikannya) secara monistik sebagaimana mempelajari benda-benda mati dalam fisika. Pasal-pasal dan ayat-ayat yang ‘sah’ ini dalam ranah hukum disebut hukum positif merupakan kalimat-kalimat deklaratif (*as it is*) tak bermaksud membuat penilaian atas dasar penilaian buruk-baik (*as ought to be*), melainkan menetapkan secara positif dan forma tentang apa faktanya (bisa berupa perbuatan manusia, bisa berupa peristiwa) yang relevan dengan persoalan hukum, dan apa pula akibat hukumnya, Seseorang dihukum bukan karena ia jahat atau baik, melainkan telah memenuhi unsur-unsur hukumnya.

Bagaimana hukumnya mengambil suatu barang sisa yang sudah tidak lagi akan dipakai dan barang itu bermanfaat bagi kaum papa untuk menyambung hidup hingga esok hari ? Siapa yang paling berhak menikmati barang sisa: apakah orang yang sudah hidup berlebihan dan telah mendapatkan untung berlipat dari barang itu, atau orang miskin yang berharap dapat mengais sisa-sisa rejeki untuk sekedar bertahan hidup ?

Pertanyaan-pertanyaan yang mengandung muatan moral-altruistik ini tentu akan ditolak oleh penganut Positivisme Hukum dengan alasan klasik anasir-anasir metayuridis itu dianggap mencemari hukum. Hukum adalah apa yang tertampakan

---

<sup>490</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Penerbit Buku Kompas 2007, hal. 139.

dalam wujud-wujudnya yang tersimak itu saja dan berlaku secara formal tanpa bermaksud mengevaluasi hukum dengan pertanyaan-pertanyaan metayuridis, mengenai keadilan. Pertanyaan yang bersifat evaluatif tentang keadilan dan yang karena tak berada di ranah inderawi dan dalam hukum tidak terdapat dalam rumusan hukum formal, maka dalam hukum yang bebas nilai itu tidak perlulah mencoba-coba mempersoalkannya.

Dalam wawancara dengan Ketua Majelis Hakim, TN, hakim menerapkan hukum sesuai dengan asas equality before the law (setiap orang sama kedudukannya dalam hukum). Sebagaimana dalam pertimbangan hakim dalam putusannya berbunyi sebagai berikut;

“Menimbang, benar para terdakwa berasal dari keluarga kurang mampu, namun keadaan kurang mampu secara ekonomi tidak dapat dijadikan alasan pembenar maupun pemaaf karena hukum berlaku bagi setiap orang dan tidak memandang kaya ataupun miskin ....maka terdakwa harus dijatuhi pidana yang setimpal dengan perbuatannya.”<sup>491</sup>

Kepastian hukum dalam filsafat liberal sama sekali tidak mau melihat kenyataan, bahwa masyarakat tempat bekerjanya hukum penuh perbedaan dan kesenjangan. Kalau seseorang berada dalam status ekonomi rendah dan demikian tidak mampu memperoleh hak yang semestinya ia nikmati, itu sudah menjadi resiko “for being poor.”<sup>492</sup>

Kepastian hubungan antara perbuatan hukum dan akibat hukumnya ini dikatakan mekanistik dan obyektif karena menurut doktrin Positivisme Hukum, hukum tidak boleh terkontaminasi anasir-anasir non hukum. Karena itu ia disebut *rule of law* dan bukan *rule of men/women*. Hukum telah tereduksi sebagai norma-norma positif yang logis dan tidak hendak pandang bulu. Prinsip formalitas dan ke-sah-an lalu menggantikan prinsip keadilan, baik yang distributif maupun komutatif.

Hakim dalam putusannya menafsirkan ‘keadilan’ (ius) adalah ‘ius’ yang dipositifkan atau *ius consitutum*. Berhukum berdasarkan teks secara skripturalistik, memiliki kecenderungan kuat untuk berhukum secara kaku (*lex dura sed tamen scripta*/hukum itu keras dan kaku, tetapi begitu sifat hukum tertulis itu). sebagaimana dalam putusannya;

<sup>491</sup> Putusan No. /Pid.B/2009/PN. Btg.

<sup>492</sup> Satjipto Rahardjo, Hukum dalam Jagat Ketertiban, Jakarta: UKI Press, 2006, hal. 136.

“Majelis Hakim menilai bahwa pidana yang akan dijatuhkan dalam amar putusan berikut ini telah adil dan patut supaya para terdakwa dapat memahami kesalahannya dan memahami bahwa setiap orang berhak atas kenyamanan memiliki suatu barang sehingga kebiasaan “gresek” yang dikenal dalam lingkungan tempat tinggal para terdakwa seyogyanya dilakukan dengan cara-cara yang tidak melanggar kaidah hukum dan tanpa merugikan kepentingan si pemilik dengan cara dipastikan terlebih dahulu apakah panen sudah selesai dan masyarakat telah diijinkan oleh si pemilik untuk melakukan gresek.”<sup>493</sup>

Dalam putusannya yang berbunyi “Majelis Hakim menilai bahwa pidana yang akan dijatuhkan dalam amar putusan berikut ini telah adil...” keadilan hanya dipersepsi sebatas kehadiran sanksi hukum, sedangkan hukum diabstraksikan sedemikian “jauh” dari horizon ketidakmungkinan keadilan. Hasil dari cara berpikir demikian justru menjauhkan hukum dari keadilan itu sendiri karena mengabaikan keadaan sosial dan ekonomi. “Keadilan” semacam itu hanya menghasilkan keadilan peraturan (*formal justice*).

Dalam wawancara dengan salah seorang majelis hakim yang memutus kasus Manisih, MTU,<sup>494</sup> berpendapat bahwa *living law* tidak boleh bertentangan dengan hukum positif.

“Penasehat hukum Manisih dalam pembelaannya mengatakan Manisih tidak melanggar hukum karena apa yang dilakukan sesuai dengan *living law*. Sewaktu dalam persidangan, pengacara Manisih melakukan pembelaan bahwa Manisih tidak mencuri tetapi gresek atau ngasak. Menurut saya, *living law* tidak boleh bertentangan dengan hukum positif. *Living law* yang bertentangan dengan hukum positif tidak layak dikembangkan sebagai budaya.”<sup>495</sup>

Apabila diabstraksikan dalam perdebatan teoritis, terjadi perselisihan teoritis dalam memandang apakah *customary law* tidak boleh bertentangan dengan hukum positif dan jika bertentangan harus di ‘eksklusi’? Werner Zips melihatnya pertanyaan ini sebagai “the double-bladed sword” dengan mengatakan,

”*State agents and (quite few) academic lawyers tend to deny the validity of “traditional” law (folk law or customary law) by disputing its consideration of the rule of law ... positions “traditional law” at the bottom ladder.*”<sup>496</sup>

<sup>493</sup> Ibid.

<sup>494</sup> Wawancara, 24 Februari 2010.

<sup>495</sup> Ketika ditanya, apakah hakim menggunakan landasan teori hukum dalam memutus kasus Manisih, jawaban hakim, “Tentu, hakim menggunakan pegangan teori hukum, biasanya teori hukum Yahya Harahap.” Wawancara, 25 Februari 2010.

<sup>496</sup> Werner Zips, “*The Double-bladed Sword*” *A Comparative Analysis of the Bond between Rule of Law and Concept of Justice in Akan Legal Thought*, dalam Rajendra (ed.), *Legal Pluralism and*

(terjemahan bebasnya: agen negara dan beberapa praktisi hukum dan akademisi cenderung untuk menolak keabsahan hukum "tradisional" (hukum rakyat atau hukum adat) dengan memperselisihkan pertimbangannya mengenai aturan hukum ... posisi "hukum adat" berada pada anak tangga bawah).

Hukum lokal yang dihayati sebagai *living wisdom* dan *living law* berada pada anak tangga bawah dan disepelkan ketika orang masuk dalam hukum modern yang tertulis. Dalam kasus pertemuan dua budaya, berlaku relasi kekuasaan. Artinya, relasi siapa yang mempunyai otoritas memberi makna 'sah'. Ketika relasi kekuasaan itu ada dalam kekuasaan yang mengabsahkan tradisi tulisan, maka hukum tertulis dianggap lebih tinggi dan obyektif dibanding hukum lisan. Sebagaimana ditegaskan Kelsen bahwa norma kebiasaan, tradisi, atau adat, belum menjadi norma hukum apabila belum ditetapkan norma yang lebih tinggi (hukum positif).<sup>497</sup>

Hukum modern dan hukum tradisional memang sama-sama melakukan kontrol terhadap masyarakatnya. Namun, sistem perekonomian modern, sangat membutuhkan hukum tertulis yang lebih bisa memberikan kepastian hukum dan bisa diprediksikan. Hukum tradisional yang diangkat dari kenyataan kehidupan sehari-hari, seperti *gresek/ngasak* dianggap tidak memadai. Tetapi tidak mudah menyeragamkan dengan hukum modern karena perilaku dan praktik hukum suatu bangsa terlalu besar untuk hanya dimasukkan ke dalam pasal-pasal undang-undang. Positivisme Hukum hendak mengggagam (mengatur) masyarakat dengan hukum positif, tetapi kenyataannya ada yang tidak bisa diseragamkan dengan peraturan tersebut, ada saja bagian dan unsur yang tidak tercakup dan terlingkupi oleh hukum seperti kasus *ngasak/gresek*. Sebagaimana dalam filosofi Jawa "*Mbrojol sangkan selaning driji*" (ibarat kita menggenggam pasir, inginnya pasir utuh dalam genggamannya, namun kenyataannya ada bagian pasir yang tercecce, keluar, lepas dari genggamannya diantara celah jari satu dengan lainnya).<sup>498</sup> *Gresek/ngasak* adalah "bagian pasir yang tercecce, keluar, dan lepas dari genggamannya hukum positif".

Dalam suasana kemajemukan budaya, hukum yang berlaku umum malah bisa menciptakan ketidakadilan karena keadaan yang majemuk hendak diatur dengan

---

Unofficial Law in Social, Economic, and Political Development. Papers of the XIIIth International Congress of the Commission on Folk Law and Legal Pluralism, Chiang Mai-Thailand, 2002, hal. 393-405.

<sup>497</sup> Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Op.Cit, hal. 9

<sup>498</sup> Wawancara dengan budayawan Ki Suro Atmodjo Lebdo Sajiwo, 17 Februari 2010.

hukum yang menyamaratakan. Dari sini pulalah datangnya kesadaran— seperti yang ditulis oleh George Ritzer – sesungguhnya ilmu pengetahuan berparadigma ganda dan oleh sebab itu pula juga bermetodologi ganda. Di samping, tataran makro-struktural – yang berobjekkan pola perilaku manusia yang terinstitusionalisasi – masih ada tataran yang mikro-interaksional (interaksional simbolik), mengajak lebih dalam ke alam imaji manusia yang kaya dengan simbol dan makna-makna yang tak pernah dikenal dalam kajian-kajian fisika atas benda-benda mati. Dalam interaksional simbolik, makna cenderung relatif, dalam arti berhubungan dengan konteks. Maka, kalau perbuatan Manisih dipahami dari sudut nilai-nilai kolektif dan komunal, tentu perbuatan “ngasak/gresek” bukan kriminal.

Namun, kehidupan sosial berputar dari nilai-nilai kolektif menjadi lebih individualistik. Demikian pula corak hukumnya dari yang tradisional menjadi formal. Hukum formal yang menggeneralisasi perbuatan manusia cenderung mengabaikan tataran mikro-interaksional dan mengadilinya sebagai ‘penyimpangan’. Hukum akan menertibkan perilaku yang keluar dari tatanan formal dengan sanksi (sebagai efek jera) sebagaimana dalam putusan hakim; “...hukuman adalah sebagai efek jera bagi para terdakwa serta masyarakat luas supaya lebih berhati-hati dalam setiap perbuatannya sehingga perkara seperti ini tidak perlu terulang kembali.”<sup>499</sup>

Dalam pikiran hakim yang tertuang dalam putusannya, sanksi hukuman yang dijatuhkan kepada Manisih cs. bukan hanya ditujukan kepada terpidana, melainkan juga sebagai peringatan kepada masyarakat supaya berhati-hati dalam melakukan ngasak/gresek. Kalimat “...hukuman adalah sebagai efek jera bagi para terdakwa serta masyarakat luas supaya lebih berhati-hati dalam setiap perbuatannya sehingga perkara seperti ini tidak perlu terulang kembali” dalam filsafat bahasa disebut *perlocutionary act* (Tindakan Bahasa Perlokusi), yaitu efek, reaksi, atau respon atas pikiran atau tindakan pada orang yang diajak berbicara. Tindakan Bahasa Perlokusi, menurut John Langshaw Austin, bilamana seseorang mengatakan sesuatu seringkali menimbulkan pengaruh terhadap perasaan, pikiran, ataupun pengaruh lain bagi si penutur itu sendiri, orang yang diajak berbicara ataupun orang lain yang mendengarkan isi atau makna ungkapan bahasa yang bersangkutan.<sup>500</sup> Perlokusi ‘efek jera’ pada jaman feodal, para bangsawan yang juga sekaligus tuan tanah, membuat mitos-mitos supaya kekayaan

<sup>499</sup> Putusan No. /Pid.B/2009/PN. Btg, Op.Cit..

<sup>500</sup> Lihat, Kaelan, Filsafat Bahasa Semiotika dan Hermeneutika, Yogyakarta: Penerbit Paradigma, 2009, hal. 151-152.

mereka tidak dijarah orang-orang miskin dengan menakuti penduduk bahwa harta mereka itu dijaga jin, kena *kuwalat*, dan sebagainya. Sekarang masyarakat semakin rasional dan tidak takut lagi dengan mitos-mitos lama. Maka, dibuatlah perlukosi baru yang rasional dan formal, yakni sanksi hukum.

Tanpa syakwasangka hakim mengasumsikan bahwa hukum itu netral dan tidak berpihak sebagaimana dalam bunyi putusannya; “hukum berlaku bagi setiap orang dan tidak memandang kaya ataupun miskin ....”, sekalipun pada saat yang bersamaan hakim berpendapat: “...setiap orang berhak atas kenyamanan memiliki suatu barang.”<sup>501</sup> Pertimbangan putusan ini menandai berbagai makna bahwa pencurian tidak hanya berdosa; merusak moral; melainkan didasari oleh adanya asumsi kepemilikan secara pribadi (perlindungan hak milik).

Pertimbangan hakim tampak cenderung lebih memprioritaskan perlindungan hak milik ketimbang mempersoalkan ketimpangan sosial. Secara teoritik, perlindungan hak milik memperoleh dasar filsafat dalam evolusi teori liberalisme klasik terutama dalam pemikiran John Locke. Menurut Locke, hak eksklusif adalah hak memiliki barang (*ius in re*). Negara didirikan untuk melindungi hak milik. “Masyarakat politik tidak dapat ada, atau tidak dapat hidup tanpa memiliki dalam dirinya sendiri kekuasaan untuk melindungi hak milik pribadi ...karena tujuan pokok melindungi hak milik pribadi.”<sup>502</sup> Bahwa negara dapat juga dipandang bertugas melindungi kelas bawah yang lemah dari akumulasi, eksploitasi, dan ekspansi kekayaan dalam tangan pihak beberapa orang, apalagi untuk menciptakan keadilan sosial sama sekali tidak muncul dalam cakrawala Locke. Locke memang melihat efek ketimpangan sosial, tetapi bukan untuk melindungi si lemah dengan mengurangi ketimpangan, melainkan untuk melindungi mereka yang terancam karena memiliki kekayaan .

Putusan hakim dalam kasus Manisih, sebagaimana Filsafat Locke, menampakan diri sebagai perisai ideologis bagi kepentingan borjuasi. Pembacaan kritis atas putusan Manisih yang berbunyi “*adalah (karena) setiap orang berhak atas kenyamanan memiliki suatu barang sehingga kebiasaan “gresek” yang dikenal dalam lingkungan tempat tinggal para terdakwa seyogyanya dilakukan dengan cara-cara yang tidak melanggar kaidah hukum dan tanpa merugikan kepentingan si*

---

<sup>501</sup> Ibid.

<sup>502</sup> John Locke, *Two Treatises of Government*, P. Lasslet, ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1963, hal. 366 – 367.

*pemilik*”, menunjukkan sarat pertimbangan ideologis tertentu (kapitalisme). Pada titik ini gresek sebagai *customary law* (terutama bagi masyarakat miskin) dianggap ‘anomali’ yang sewaktu-waktu dapat mengancam kenyamanan hak milik sehingga perlu didisiplinkan dan ditertibkan oleh hukum formal. Makna intertekstualitasnya, hukum memastikan sejauh mungkin, hak milik dan kekayaan tidak diganggu.<sup>503</sup>

### C. Pencurian Sandal Bolong (Putusan PN Tangerang No.

**857/Pid.B/2001/PN.TNG; PT No. 84/Pid/2002PT. Bandung; MA No. 1668 K/Pid/2002)**

#### Latar Belakang dan Duduk Perkara

Hamdani adalah aktivis buruh (wakil ketua Serikat Buruh Karya Utama) yang aktif memperjuangkan hak-hak buruh khususnya di lingkungan PT Osaga Mas Utama. Hamdani kerap kali memimpin aksi buruh menuntut perusahaan untuk memenuhi hak cuti hamil dan haid, penghapusan sistem kontrak, penolakan pemutusan hubungan kerja sepihak, dan menuntut perusahaan mengikutsertakan buruh dalam program jamsostek. Sebelum Hamdani menjadi tersangka pencurian, telah terjadi serangkaian aksi mogok dan unjuk rasa yang dilakukan buruh PT Osaga Mas Utama sejak bulan Juli 2000 dan puncaknya 10 Agustus 2000.

Buntut dari aksi buruh, 4 september 2000 pihak perusahaan melakukan Pemutusan Hubungan Kerja (PHK) terhadap 30 rekan terdakwa yang aktif melakukan aksi buruh. Sedangkan Hamdani pada tanggal yang sama ditangkap Satpam dengan tuduhan pencurian sandal bolong. Hamdani diminta membuat surat pernyataan telah mencuri sandal contoh milik perusahaan dan surat pengunduran diri dari perusahaan. Paska penandatanganan surat pengunduran diri, Hamdani tetap aktif memperjuangkan hak-hak buruh di perusahaan tersebut. Satu tahun kemudian Hamdani diperiksa polisi dalam kasus pencurian sandal bolong.

<sup>503</sup> Kita sulit menyangkal bahwa kasus Manisih mirip penelitian sejarawan E.P Thompson, yang meneliti bagaimana hukum dan pengadilan didayagunakan sebagai instrumen untuk melindungi ‘property rights’ pada masa awal terbitnya kapitalisme di Inggris. Lihat E.P. Thompson, *Whigs and Hunters The Origin of The Black Act*, Penguin Books, 1977.

Dakwaan Jaksa Penuntut Umum; (1) Hamdani pada hari Senin tanggal 4 September sekitar jam 16.30 di dalam areal PT Osaga telah mengambil barang sesuatu, yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain, dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum; (2) Hamdani mengambil sepasang sandal contoh milik perusahaan PT Osaga yaitu sepasang sandal yang alasnya berwarna hitam, atasnya berwarna biru yang terbuat dari bahan karet, dan bagian atas sandal terdapat lambang merk berwarna merah dan kedua sandal tersebut berlobang; (3) sandal bolong tersebut diambil terdakwa dari dalam gudang PT Osaga, lalu dipakai terdakwa tanpa seijin pemiliknya. Di depan musholah terdakwa ditangkap Satpam PT Osaga sedang memakai sandal bolong; (4) akibat perbuatan terdakwa saksi korban (PT Osaga) mengalami kerugian sebesar Rp. 25 ribu atau setidaknya tidaknya lebih dari Rp. 250. Jaksa Penuntut Umum menjerat Hamdani dengan pasal 362 KUHP dan menuntut dengan pidana penjara 5 (lima) bulan dikurangi masa tahanan.

Sedangkan pledoi yang disusun tim dari PBHI, melakukan pembelaan bahwa Jaksa Penuntut Umum mencoba mengaburkan fakta atau kejadian yang sebenarnya dalam dakwaan maupun tuntutan dengan mengalihkan persoalan perburuhan menjadi tindak pidana

Melalui beberapa kali persidangan, pada tanggal 14 Januari 2002, Majelis Hakim Pengadilan Negeri Tangerang berkesimpulan bahwa terdakwa Hamdani secara sah dan meyakinkan bersalah telah melakukan tindak pidana pencurian dan menjatuhkan pidana 2 bulan 24 hari. Hamdani mengajukan banding, namun Pengadilan Tinggi Bandung menguatkan putusan Pengadilan Negeri Tangerang pada 6 Mei 2002. Hamdani mengajukan kasasi, namun Mahkamah Agung menolak kasasi dan menguatkan putusan PN dan PT.

#### Putusan Hakim

Tidak ada perbedaan signifikan penalaran hakim pada Putusan PN, PT, dan MA. Dalam kasus Hamdani, langkah pertama hakim adalah mengidentifikasi sumber hukum yang dipakai berupa peraturan perundang-undangan, yakni pasal 362 KUHP sebagai premis mayor. Hakim kemudian mengurai unsur-unsur Pasal 362 KUHP, yakni (1) barang siapa; (2) mengambil barang yang sama sekali atau sebagian kepunyaan orang lain; (3) dengan maksud untuk memiliki dengan melawan hukum.

Langkah berikutnya, hakim mencocokkan norma hukum sebagai premis mayor yang sudah tersaji dengan fakta sebagai premis minor.

1. Premis Mayor: unsur “Mengambil Barang Yang Sama Sekali atau Sebagian Kepunyaan Orang Lain”:
  - 1.1.Fakta: hari hari senin tanggal 4 september 2000 sekitar jam 16.30 terdakwa Hamdani memakai sandal milik PT Osaga dipergunakan untuk mengambil air wudhu. Terdakwa ditangkap di depan mushola (areal perusahaan).
  - 1.2.PT Osaga mengalami kerugian Rp. 25.000 atau setidaknya lebih dari Rp. 250.
  - 1.3.Sandal yang dipakai terdakwa sandal berlubang yang akan dimusnahkan/dihancurkan. (?)
  - 1.4.Kesimpulan hakim: memenuhi unsur “Mengambil Barang Yang Sama Sekali atau Sebagian Kepunyaan Orang Lain”.
  
2. Premis Mayor: unsur “dengan maksud untuk memiliki barang itu dengan melawan hukum”. Hakim menafsirkan “memiliki” sebagai orang yang punya, sedangkan “melawan hukum” berarti tidak berhak, bertentangan dengan hak orang lain, tidak minta ijin terlebih dahulu dari orang berhak.
  - 2.1.Fakta: Terdakwa mengambil dan memakai sandal bolong tidak dengan ijin dari pemiliknya. Padahal, perusahaan secara lisan melarang setiap karyawan mengambil dan memakai sandal milik perusahaan sehingga hakim berpendapat.
  - 2.2.Fakta: karyawan terbiasa menggunakan sandal bolong dipergunakan untuk wudhu. (?)
  - 2.3.Kesimpulan hakim: terbukti memenuhi unsur ”dengan maksud untuk memiliki barang itu dengan melawan hukum”.
  
3. Konklusi (penilaian hakim): semua unsur-unsur Pasal 362 KUHP terpenuhi;

#### Analisis Putusan Hakim

Dalam tradisi kontinental, terutama penganut Positivisme Hukum, logika hukum yang digunakan para hakim cenderung bertitik tolak dari logika deduksi

(silogisme). Silogisme dalam bidang hukum dimulai dari suatu premis mayor yang merupakan statement normatif. Penalaran hakim menjadi terbatas pada peraturan dengan dan logika (sistem logika tertutup), yakni unsur-unsur dalam norma hukum diolah dengan logika. Penganut Positivisme Hukum percaya apabila sistem logika tertutup ini diikuti maka hanya akan menemukan satu kebenaran (kebenaran obyektif) sehingga memberikan jaminan kepastian hukum. Cara berpikir positivisme hukum yang demikian terjadi karena hukum dilihat sebagai sesuatu yang otonom penuh dan sebab itu terpisah dan dari persoalan sosial masyarakatnya.

Penafsiran silogisme memindahkan bunyi teks (premis mayor) kepada fakta (premis minor), seakan-akan bunyi teks adalah realitas yang dapat berbicara sendiri. Kalau teks (bahasa) menjadi 'kendaraan' untuk menyampaikan pikiran, maka hukum Indonesia pascakolonial (terutama hukum pidana yang mewarisi KUHP) harus dibaca lewat teks asli, yaitu bahasa Belanda. Padahal dalam penelitian Sebastian Pompe, kemampuan berbahasa Belanda di kalangan hakim yang hampir nol.<sup>504</sup>

Sebagai catatan, tentang "teks asli", sesungguhnya tidak ada karena pembuat hukum tidak dapat menentukan makna teksnya, juga tidak bisa menghindarkan teks hukum itu dari kesalahpahaman karena teks itu tidak sepenuhnya tergantung pada konteks pembuatannya, melainkan pada konteks pembacaan dan penafsiran yang berubah-ubah. Mengembalikan isi makna teks pada makna aslinya adalah mustahil, tidak hanya jarak waktu antara pengarang dan pembacanya menjadi kendala, juga tidak ada makna orisinal sebagaimana yang dimaksud penulisnya. Ketika teks itu dibaca dan ditafsirkan oleh pembaca pertama, maka teks itu sesungguhnya sudah tidak orisinal. Sehingga, apa yang disebut penafsiran otentik sesungguhnya tidak semurni sebagaimana yang dibayangkan Hans Kelsen.

Perbuatan Hamdani mengambil sepasang sandal milik PT Osaga dan bukan milik terdakwa, ditafsirkan memenuhi unsur "mengambil barang yang sama sekali atau sebagian kepunyaan orang lain dengan maksud untuk memiliki barang itu dengan melawan hukum". Hakim tidak perlu susah payah berpikir mencari dasar hukumnya karena sudah ada norma hukum yang tersaji dan siap pakai sebagai premis mayor. Hakim tinggal mengumpulkan peraturan-peraturan yang ada, memilah-milah, atau mengorganisir hukum positif yang akan dicocokkan dengan fakta.

---

<sup>504</sup> Pompe, S. Van Hoeij Schilthouwer, *The Indonesian Supreme Court: Fifty Years of Judicial Development*, 2005.

Dalam silogisme, norma dikategorikan sebagai premis mayor dan fakta dianggap sebagai premis minor. Karena norma didudukan sebagai premis mayor maka ia (norma) diasumsikan lebih luas dari fakta. Premis mayor berposisi sebagai “konsep ortodoksi” yang secara aksiomatis dianggap mampu mencakup, melingkupi, bahkan mengantisipasi semua persoalan di masyarakat. Semua fakta ditampung dalam norma, sehingga norma dalam premis mayor mengikat dan menyerap fakta-fakta apapun permasalahannya misalnya, Pasal 362 KUHP dianggap mengantisipasi semua tindak pencurian.

Sebaliknya, fakta (premis minor) yang dianggap lebih kecil dari norma tidak dapat mempengaruhi eksistensi premis mayor karena premis mayor (norma) tidak memerlukan penjelasan di luar dirinya. Premis minor (fakta) harus mengikuti undang-undang (premis mayor). Sehingga, fakta akan ditolak apabila tidak logis dan tidak memenuhi unsur-unsur dalam norma hukum. Pada titik ini, premis mayor merasa “cukup pada dirinya”. Fakta-fakta yang tidak bisa diverifikasi dalam premis mayor, dianggap “anomali”. Fakta yang dianggap “anomali” kemudian direduksi. Fakta: karyawan terbiasa menggunakan sandal bolong dipergunakan untuk wudhu dan sandal yang dipakai terdakwa adalah sandal berlubang yang akan dimusnahkan, dikesampingkan oleh hakim. Itulah mengapa argumentasi dalam pledoi Hamdani yang menyebut adanya pengalihan persoalan perburuhan menjadi tindak pidana oleh hakim tidak bisa diverifikasi secara logis. Sebagaimana dalam wawancara.<sup>505</sup>

"Memang benar saya mengambil sandal afkir yang sudah bolong dan hendak dimusnahkan perusahaan dari dalam gudang. Saya tahu dari petugas gudang, sandal itu tinggal menunggu waktu untuk dimusnahkan. Saya hanya menggunakan sandal bolong itu untuk keperluan shalat di area perusahaan tempat saya bekerja, untuk mengambil air wudhu. Lagi pula, selama empat tahun saya bekerja di PT Osaga, saya dan karyawan lain sudah biasa menggunakan sandal contoh yang hendak dimusnahkan, sekadar untuk mengambil wudu. Pihak perusahaan tidak pernah menegurnya. Sebagaimana biasanya se usai shalat, saya dan buruh-buruh yang lain kembali mengenakan sepatu dan meletakkan sandal bolong di tempatnya semula. Kenapa baru sekarang dipermasalahkan? Kalau benar mencuri, sandal itu tentunya akan saya bawa keluar pabrik. Ini jelas pengalihan demonstrasi buruh menuntut perbaikan kesejahteraan menjadi tindak pidana pencurian. Mereka hendak menyingkirkan saya, karena saya motor penggerak unjuk rasa buruh di perusahaan"

<sup>505</sup> Wawancara dengan Hamdani, 24 Februari 2008.

Konstruksi pengadilan yang mendudukan para pihak saling berkontradiksi, seolah para pihak sedang berdebat dalam pencarian kebenaran yang mendasar, padahal mereka tidak sedang berdebat sama sekali karena harus menyesuaikan kebenaran dimuka, yakni premis mayor. Awalnya kelihatan seperti perdebatan logis, tetapi karena premis mayor selalu mengafirmasi dirinya secara terus-menerus sehingga apa yang disebut “logis” berubah menjadi “ideologis”. Ketika sudah menjadi ideologis akan cenderung mencampuradukan antara pernyataan, kenyataan, dan kebenaran.

Karena sudah menjadi ideologis, hakim sesungguhnya memiliki kerangka berpikir mapan tentang seperti apa konsep hukum dimaknai secara positivistik; memulai silogismenya dari konklusi (karena sudah mempunyai kesimpulan tersembunyi) baru kemudian mencari justifikasi melalui premis mayor dan premis minor untuk meyakinkan argumentasi hukumnya.

## 2. Sarat Kepentingan Ideologis

Pertimbangan hakim dalam putusan kasus Hamdani dingin, datar, dan bebas nilai; seolah mengandaikan tidak adanya “pertemuan” sisi kemanusiaan hakim dengan sisi kemanusiaan pihak yang berperkara. Kata “barang siapa” mereduksi eksistensi manusia sebagai benda mati, sehingga hati nurani dan pertimbangan kemanusiaan tidak mendapat tempat dalam pertimbangan hukum. Dalam ajaran Positivisme Hukum, hukum untuk hukum, harus dipisahkan dari anasir-anasir non hukum seperti pertimbangan kemanusiaan.<sup>506</sup> Hakim ketika menafsirkan “barang siapa” sebagai subyek hukum hanya mempertimbangkan kesehatan jasmani dan rohani terdakwa sebagai syarat pertanggung jawaban subyek hukum pidana. Hakim tidak berusaha melihat “barang siapa” secara filosofis dan sosiologis.

Dalam filsafat hukum liberal “barang siapa” berarti menunjuk siapa saja, mengandaikan setiap individu kedudukannya sama dihadapan hukum (*equality before the law*). Padahal, struktur sosial tempat berpijaknya hukum diliputi ketidaksamaan sosial seperti posisi sosial Hamdani dan PT Osaga.. Sehingga, memperlakukan secara sama pada dua orang yang keadaannya berbeda, sama tidak adilnya dengan memperlakukan secara berbeda dua orang yang keadaannya sama. Namun pertimbangan moral seperti itu tidak terlalu penting bagi hakim untuk menjadi

<sup>506</sup> Positivisme adalah puncak pembersihan pengetahuan dari kepentingan-kepentingan manusiawi.

pertimbangan apakah para subyek hukum sama atau tidak keadaan status sosial, kekayaan, pendidikan, dan sebagainya sehingga menyebabkan proses hukum sejak awal (misalnya, proses penyidikan) sudah berimbang atau tidak.<sup>507</sup> Dalam ideologi liberal, kalau seseorang berada dalam status ekonomi rendah dan dengan demikian tidak mampu memperoleh hak yang semestinya ia nikmati, itu sudah menjadi resiko orang miskin. Penalaran hakim dalam ajaran Positivisme Hukum harus obyektif bersandar pada peraturan perundang-undangan yang berlaku dan tidak boleh terpengaruh anasir-anasir non hukum seperti steril dari pertimbangan psikologis, sosial, dan sebagainya.<sup>508</sup>

Sejak semula, kaum positivis yang dipelopori Bentham dan Austin mengatakan bahwa hukum "*command of the sovereign*". Hukum adalah produk penguasa atau hanya penguasa yang berwenang membuat hukum. Tetapi pengertian Bentham dan Austin berbeda dengan Karl Marx. Jika Bentham mengatakan bahwa hukum dibuat dan dilaksanakan penguasa "*for the greatest happiness for the greatest number*" (demi setinggi-tingginya kebahagiaan bagi sebanyak-banyaknya orang), sebaliknya Marx mengatakan hukum dibuat sebagai alat "*the ruling class*" untuk menekan atau menindas "*the ruled class*".

Kasus Hamdani apabila dianalisis dalam perspektif Marxian, akan dimulai dengan mempertanyakan, mengapa Hamdani dipidana mencuri sandal hasil pekerjaannya sendiri ? Dalam filsafat liberal, hasil pekerjaan buruh upahan bukan untuk dirinya sendiri melainkan menjadi milik majikan. Ketika Hamdani mengambil barang hasil pekerjaannya tanpa ijin majikannya, perbuatannya dianggap melawan hukum dan dijerat pasal 362 KUHP. Menurut Marx, dalam *mode of production* yang kapitalistik buruh terasing dari hasil pekerjaannya. Analisis Marx terhadap kapitalisme bisa begitu tajam, karena dia berangkat dari analisis situasi buruh yang dianggap sebagai salah satu *komoditi*. Keuntungan kapitalis terutama tidak diperoleh dari laba persaingan dengan kapitalis lain, tetapi dari biaya produksi di mana upah buruh merupakan komponen utamanya. Cara penghisapan begitu rahasia dan terselubung, karena itu buruh tidak merasa dihisap, karena kaum buruh bekerja sudah dibayar dalam bentuk upah yang diterimanya dan disetujui. Upah dalam bentuk uang

<sup>507</sup> Sewaktu Hamdani berurusan dengan hukum istrinya sedang dalam keadaan hamil. Karena mentalnya tertekan melihat suaminya ditahan, istrinya keguguran. Seperti jatuh tertimpa tangga, sepeda butut orang tua Hamdani yang digunakan untuk menjual es kelapa muda dicuri orang. Wawancara dengan Hamdani, 24 Februari 2008.

<sup>508</sup> Hakim positivistik sebagaimana Hans Kelsen ingin membuktikan bahwa ilmu hukum itu tidak subyektif, melainkan obyektif sama dengan sains yang lain.

sebagai tanda keterasingan manusia dari hasil pekerjaannya. Manusia yang bekerja tidak butuh hasil kerjanya berupa barang, tetapi ia butuh nilai tukar, yaitu uang. Dalam sistem ekonomi kapitalisme, buruh terasing dan dipisahkan dari hasil pekerjaannya, karena ia begitu menghasilkan barang, barang itu bukan menjadi miliknya melainkan majikannya, buruh hanya memperoleh upah. Dalam wawancara, Hamdani mengaku hanya mendapat upah sebesar Rp. 290 ribu/bulan (tahun 2001) dari perusahaan.<sup>509</sup>

Bukankah itu pencurian “nilai lebih” (surplus value)<sup>510</sup>? “Nilai lebih” adalah “buah” yang dihasilkan oleh buruh tetapi tidak dapat dimilikinya karena “dicuri” oleh majikan. Bagaimana jika kasus Hamdani dibalik, Hamdani mengadukan kepada aparat penegak hukum bahwa PT Osaga telah melakukan tindak pidana “pencurian nilai lebih”? Argumentasinya, pembagian kerja antara pemilik alat produksi dengan pekerja melahirkan skema hubungan penghisapan atau pencurian “nilai lebih” (surplus value). Argumensi “pencurian nilai lebih” tersebut kemungkinan besar akan ditolak oleh polisi dan jaksa. Kaum positivis (mungkin) kurang sensitif karena “pencurian nilai lebih” itu telah dibenarkan (tidak diatur?) oleh hukum formal. Aparat penegak hukum tentu tidak akan meneruskan ke pengadilan karena tidak menemukan aturan normatif yang melarang “pencurian nilai lebih”. Kalaupun diteruskan ke pengadilan, hakim yang hanya menjadi corong pasal 362 KUHP tidak akan mampu menjangkau persoalan pencurian “nilai lebih”. Hukum pidana positif

<sup>509</sup> Wawancara 1 Maret 2008.

<sup>510</sup> “Nilai lebih” (surplus value) yang merupakan keuntungan kapitalis, menurut Marx, ternyata diperoleh dari memeras buruh. Katakanlah buruh diupah Rp 30.000 untuk 8 jam kerja. Ternyata dalam 4 jam kerja buruh sudah dapat memproduksi barang seharga Rp. 30.000, seharusnya buruh bisa pulang. Tapi karena sudah terikat kontrak kerja, maka buruh harus memberikan secara gratis 4 jam berikutnya kepada kapitalis. Bagaimana menjelaskan adanya “pencurian nilai lebih” ? “Nilai lebih” merupakan selisih antara jumlah uang yang harus dibayar pengusaha dan jumlah uang yang ia peroleh dari penjualan suatu produk. “Nilai lebih” merupakan perkerjaan seorang pekerja yang tidak dibayar oleh pengusaha. Pembagian kerja antara pemilik alat produksi dengan pekerja melahirkan skema hubungan penghisapan atau pencurian “nilai lebih” (surplus value). Buruh dibeli di pasar kerja dengan harga pasar untuk mengolah *raw material* (bahan mentah). Bahan mentah yang diolah buruh mengalami kelipatan nilai. Jika sebelumnya bahan mentah, misalnya, hanya bernilai Rp 100 namun setelah diolah menjadi Rp. 300. Pemilik modal memotong untuk pengeluaran modal awal dan biaya lain-lain Rp. 150, dan membayar upah Rp. 50 kepada buruh per barang yang dihasilkan, maka keuntungan (nilai lebih) yang “dicuri” majikan Rp. 100. Jika seribu buruh memproduksi barang tersebut, maka tak terbayangkan berapa “nilai lebih” yang “dicuri” majikan. “Nilai lebih” yang merupakan keuntungan kapitalis, ternyata diperoleh dari mencuri hasil keringat buruh. Buruh seharusnya cukup bekerja 4 jam sehari untuk kebutuhan hidup dirinya, tetapi karena harus memberikan “nilai lebih” kepada majikannya, ia harus bekerja lebih dari 8 jam sehari. Untuk mengetahui lebih jelas bagaimana “pencurian nilai lebih” baca, Karl Marx, *Capital*, Foreign Languages Publishing House, Moscow, 1962 Vol. I & II. Karl Marx, *Theories of Surplus Value*, Part. I, Moscow; Progress Publisher, 1963. Karl Marx, *Theories of Surplus Value*, Part. II, Moscow; Progress Publisher, 1968.

bukan hanya tidak mampu menjangkau atau menjerat kasus “pencurian nilai lebih”, tetapi lebih dari itu, ikut melegitimasi skema penghisapan nilai lebih tersebut.

Akar persoalannya cukup dalam. Para ahli hukum berabad-abad berpegangan pada konsep bahwa hak milik adalah hubungan manusia dengan barang. Artinya, dalam relasi hak milik manusia berposisi sebagai subyek sedangkan barang obyeknya. Tetapi perkembangan kapitalisme dan industrialisasi menghadirkan suatu keadaan baru, di mana buruh dilihat sebagai salah satu faktor produksi, seperti tanah, mesin, dan modal. Cara berproduksi (mode of production) yang dijalankan menurut prinsip-prinsip ekonomi kapitalisme (dengan modal sedikit untuk mendapatkan laba sebesar-besarnya) mendehumanisasi buruh sebagai salah satu faktor produksi. Eksistensi buruh direduksi sebagai barang (obyek hak milik). Hal ini merupakan perubahan luar biasa, namun hukum secara konservatif tetap melihat hubungan kepemilikan sebagai hubungan manusia dan barang. Akibatnya, hukum tidak mampu melindungi buruh yang sudah direduksi sebagai barang. Keadaan stabil yang demikian, disatu sisi akan menguntungkan pihak-pihak yang sudah berada pada posisi mapan (kelas atas), baik dalam kekayaan maupun status sosial, tetapi disisi lain menahan mobilitas vertikal kelas bawah.<sup>511</sup> Implikasinya, seorang buruh yang mengambil barang hasil pekerjaannya tanpa ijin majikannya dapat dijerat pasal 362 KUHP tetapi sebaliknya buruh tidak dapat mengadakan pencurian “nilai lebih” dengan pasal yang sama.

Kasus Hamdani merupakan laboratorium istimewa untuk melihat hukum pada ketelanjangannya yang tuntas bahwa kepastian hukum bergandengan erat dengan keinginan mempertahankan situasi yang mapan atau *status quo*.<sup>512</sup> Situasi ini menghendaki agar semua terpaku pada tempat atau kotak masing-masing, tanpa

<sup>511</sup> Kepastian hukum sudah menjadi semacam ideologi dalam kehidupan ber hukum, sehingga diperlukan pemahaman kritis terhadapnya. Secara sosio historis, masalah kepastian hukum muncul bersamaan dengan kebutuhan sistem produksi ekonomi kapitalis yang membutuhkan suatu tatanan hukum baru yang mendukung kebutuhan sistem ekonomi baru waktu itu dalam memberikan prediktabilitas.

<sup>512</sup> Berangkat dari kasus Hamdani, asumsi yang menyatakan kenetralan pengadilan ternyata lebih merupakan persangkaan daripada suatu kenyataan. Tetapi, sekalipun hanya persangkaan saja, asumsi adanya kenetralan pengadilan memungkinkan memberikan dasar legitimasi bagi pengadilan. Menurut William Chambliss dan Robert Seidman, dalam sejarah, perkembangan proses penyelesaian sengketa (dari tujuan mengusahakan kompromi sampai ke usaha menetapkan siapa yang berhak, dan oleh karena itu dimenangkan) pun tak pernah menampilkan kenyataan-kenyataan yang sesungguhnya bahwa pengadilan memihak nilai-nilai tertentu. Namun orang masih menyangka pengadilan dan negara netral dan mewakili semua lapisan masyarakat. Fiksi kenetralan pengadilan mempunyai segi menguntungkan status quo. Seandainya saja rakyat meninggalkan fiksi ini, dan secara kritis mengetahui hukum sebagai senjata pemaksa yang dikuasai sekelompok elite yang kaya dan berkuasa secara politik, maka biaya yang dikeluarkan negara pastilah besar. Lihat, William Chambliss dan Robert Seidman, *Op.Cit.hal.* 1971, hal. 50 – 55.

hampir sama sekali memberi kelonggaran untuk keluar dari kotak-kotak tersebut. Ideologi kepastian hukum berpihak kepada suatu dunia yang final (finite scheme) di mana dinamika atau pergerakan-pergerakan akan menggoyahkan atau merobohkan ideologi tersebut oleh karena itulah harus diredam. Keadaan yang demikian, menurut Satjipto Rahardjo, sangat menguntungkan pihak-pihak yang (sudah) berada pada posisi “diatas”, baik dalam kekayaan maupun status sosial.<sup>513</sup> Penelitian Marc Galanter menunjukkan bahwa “*the haves come out ahead*”.<sup>514</sup>

#### D. Kasus Riba (Putusan No. 3431 K/Pdt/1985)

##### Duduk Perkara

Pasangan suami istri, Ny. Boesono dan R. Boesono meminjam uang dari Sri Setyaningsih sebesar Rp.540.000 tanggal 10 Februari 1982 dengan perjanjian uang tersebut akan dikembalikan 10 Agustus 1982 dengan bunga 10% dari pinjaman. Sebagai jaminan, R. Boesono telah menyerahkan surat keterangan pensiun atas nama R. Boesono dan surat hak milik tanah atas nama Gemi (menantu Boesono). Namun para tergugat tidak memenuhi perjanjian yang telah diucapkan kepada Sri Setyaningsih mengenai pinjaman maupun bunganya. Sri Setyaningsih kemudian menggugat Ny. Boesono dan R. Boesono ke Pengadilan Negeri Blora supaya menaruh sita pendahuluan (*consevoir beslag*) atas barang milik para tergugat untuk mencukupi hutang para tergugat.

##### Putusan Hakim Pengadilan Negeri Blora:

1. tergugat I (Ny. Boesono) dan tergugat II (R. Boesono) mengaku kalau mempunyai hutang kepada penggugat (Sri Setyaningsih ) sebesar Rp. 540.000 dengan kesanggupan memberi bunganya sebesar 10% dari pinjaman pokoknya.
2. Tergugat telah memberi bunga sebanyak lima kali dari bulan Maret sampai Juli 1982. Namun karena usaha dagangnya macet, tergugat selanjutnya tidak pernah memberi bunga.

<sup>513</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Penerbit Buku Kompas, 2007, hal. 81-82.

<sup>514</sup> Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change," *Law and Society Review*, Fall, Vol. 9, 1974, hlm. 95-151. Tulisan ini kemudian diterbitkan ulang dalam R. Cotterrell, ed., *Law and Society* (Dartmouth: Aldershot, 1994), hlm. 165-230.

3. Penggugat mengakui telah menerima uang bunga sejumlah Rp. 400.000 terhitung sejak bulan maret hingga desember 1982.
4. Kesimpulan: pengakuan tergugat I dan II dalam persidangan mengenai pinjaman Rp. 540.000 beserta bunganya 10%, merupakan bukti sempurna (*volledig bewijs*) sebagaimana diatur dalam pasal 174 HIR. Maka Hakim memutuskan;
  - Mengabulkan gugat penggugat untuk sebagian;
  - Menghukum tergugat untuk membayar hutang pokok sejumlah Rp. 5.400.000;
  - Menghukum tergugat untuk membayar bunga dari pinjaman pokok 4% tiap bulan semenjak perkara masuk di pengadilan sampai perkara ini mempunyai kekuatan pasti;
  - Menghukum tergugat untuk membayar ongkos dalam perkara ini Rp. 19.875.

(Keterangan: Ny. Boesono dan R. Boesono kemudian menyatakan banding. Namun putusan Pengadilan Tinggi Semarang (Putusan No. 523/1983/Pdt/PT. Sng) menguatkan putusan Pengadilan Negeri Blora.)

- Putusan dan Penalaran hakim MA
  1. Kedudukan para pihak tidak seimbang;
  2. Boesono (debitur) dalam keadaan terdesak secara ekonomi sehingga setuju dan memberikan kata sepakat;
  3. Pihak pemberi piutang tahu tentang keadaan ini dan memanfaatkan keterdesakan debitur (penyalahgunaan kekuasaan ekonomis);
  4. Syarat-syarat yang diperjanjikan tidak masuk akal, tidak patut, dan bertentangan dengan perikemanusiaan.
  5. Hakim menggunakan interpretasi menerobos dan melumpuhkan perjanjian yang bersifat riba meski perjanjian beserta bunganya merupakan bukti sempurna (*volledig bewijs*)

#### Analisis Putusan Hakim

Putusan yang bernilai terobosan hukum adalah melumpuhkan perjanjian yang bersifat riba, meski perjanjian beserta bunganya merupakan bukti sempurna (*volledig bewijs*), sehingga tergugat (Ny. Boesono dan R. Boesono) cukup membayar sisa hutangnya secara tanggung renteng sebanyak Rp. 194.000.

Bagaimana mungkin putusan bernilai terobosan dapat dilahirkan pada tingkat kasasi? Kita tahu, pada tingkat kasasi pengadilan tidak lagi melihat dan membicarakan fakta. Yang dilakukan adalah memeriksa apakah hukum telah dijalankan dengan benar oleh pengadilan di tingkat bawah. Membaca sepintas, orang bisa berkesimpulan, yang diperlukan hakim agung hanya membaca teks undang-undang dan menggunakan logika hukum. Berdasarkan hal-hal yang terungkap dalam tingkat-tingkat persidangan sebelumnya, MA akan memeriksa apakah peraturan yang digunakan hakim di Pengadilan Negeri dan PT untuk menjatuhkan putusan sudah benar. Bila benar demikian, tidak akan ada pintu masuk bagi terobosan hukum.

Tetapi, hakim Asikin tidak hanya berhenti memeriksa apakah hukum telah dijalankan dengan benar oleh pengadilan di tingkat bawah, melainkan menafsirkan dan merenungkan makna hukum secara progresif. Sehingga, dalam putusannya terlihat sarat dengan *compassion* (Istilah Satjipto Rahardjo dalam bahasa Jawa: gereget) yang memuat empati, nurani, dan sebagainya. Karakteristik terobosan hukum yang demikian itu tentu akan bisa diekspresikan dengan baik manakala pengadilan sendiri memeriksa kenyataan yang terjadi, tidak hanya menggunakan credo "peraturan dan logika", melainkan juga perenungan tentang keadilan. Perenungan tentang keadilan tidak akan berhenti pada dimensi subyektif, tetapi intersubyektif.

Sebagaimana putusan yang melampaui mainstream, Putusan MA tersebut tidak hanya mengundang perdebatan hukum, tetapi juga ekonomi dan moral ; Bagaimana riba dalam pandangan moral ? Etiskah mencari keuntungan dengan dengan cara riba terhadap orang yang tidak beruntung ? Pertanyaan-pertanyaan yang mengandung muatan moral-altruistik ini tentu akan ditolak oleh penganut Positivisme Hukum dengan alasan klasik anasir-anasir metayuridis itu dianggap mencemari hukum. Hukum tidak boleh melampaui hukum positif. Pertimbangan-pertimbangan hukum adalah apa yang tertampakan dalam wujud-wujudnya yang tersimak itu saja dan berlaku secara formal tanpa bermaksud mengevaluasi hukum dengan pertanyaan-pertanyaan metayuridis, mengenai keadilan . Pertanyaan yang bersifat evaluatif tentang keadilan dan yang karena tak berada di ranah inderawi sulit dibuktikan dan dalam hukum tidak terdapat dalam rumusan hukum formal. Maka, dalam hukum yang bebas nilai itu tidak perlulah mencoba-coba mempersoalkan isi kandungannya

dengan etika dan moral. Kaum Positivisme Hukum akan lebih suka mengajukan pertanyaan; Bagaimana praktek riba yang didasarkan pada suatu perjanjian yang sah ? Bagaimana jika kreditor beralasan riba didasarkan pada asas kebebasan berkontrak ?

Persoalan riba boleh atau tidak bukan hanya persoalan perselisihan moral melainkan juga pertikaian paradigma (the battle of paradigm) sejak masa Aristoteles hingga sekarang. Ketidaksukaan pengikut Aristoteles pada riba, misalnya, menyamakan riba dari segi moral dengan murtad dan tindakan sodomi. Namun dalam abad ke 17, perbincangan tentang riba mulai terpusat pada persoalan mengenai tingkat bunga yang paling baik untuk perekonomian, bukan dilihat dari segi kebaikan moral.<sup>515</sup>

Pemikir Inggris, Thomas Mun,<sup>516</sup> membela riba karena dampaknya memberi keuntungan pada produktivitas. Argumentasi Mun, “Berapa banyak sudah pedagang dan pemilik warung yang memulai kegiatannya tanpa modal sendiri, namun berhasil kaya karena berdagang dengan menggunakan uang orang lain?”. Riba, lanjut Mun, adalah alat orang kaya dan pedagang yang telah sukses untuk membuka peluang bagi pedagang yang lebih miskin mengembangkan usaha mereka: “untuk mengembangkan usaha mereka, jika mereka tidak memiliki modal sendiri, mereka dapat menjalankannya memakai modal pinjaman dengan membayar bunga: sehingga uang kita tidak menggeletak begitu saja, tetapi diperdagangkan.” Mun menyimpulkan bahwa “bertentangan dengan pandangan umum bahwa perdagangan menurun jika riba meningkat ... keduanya naik-turun bersama-sama.”<sup>517</sup>

<sup>515</sup> Ian Saphiro, *The Evolution of Rights in Liberal Theory*, Cambridge University Press, 1986, (diterjemahkan Masri Maris, *Evolusi Hak dalam Teori Liberal*, Yayasan Obor, 2006), hal. 136.

<sup>516</sup> Thomas Mun (1571-1641) adalah seorang penulis Inggris pada ekonomi yang telah disebut terakhir dari awal merkantilisme. Dia adalah orang pertama yang mengakui ekspor layanan, perdagangan berharga, dan membuat pernyataan awal sangat mendukung kapitalisme. Mun memulai karirnya dengan terlibat dalam perdagangan Mediterania, dan kemudian menetap di London, mengumpulkan sebuah keberuntungan besar. Dia adalah seorang anggota komite East India Company dan komisi berdiri di perdagangan ditunjuk pada tahun 1622. Mun waktu sebagai direktur Perusahaan India Timur bertepatan dengan kekurangan perak di Inggris, dan ia dipanggil untuk membela praktek perusahaan ekspor dalam perak jumlah besar. Dalam karyanya “*England's Treasure by Foreign Trade*“, Mun berpendapat bahwa perdagangan adalah satu-satunya cara untuk meningkatkan harta Inggris dan dalam mengejar tujuan ini ia menyarankan beberapa kursus tindakan: konsumsi hemat dalam rangka meningkatkan jumlah barang yang tersedia untuk ekspor, peningkatan pemanfaatan lahan dan sumber daya alam dalam negeri untuk mengurangi kebutuhan impor, menurunkan bea ekspor atas barang diproduksi di dalam negeri dari bahan asing, dan ekspor barang dengan permintaan inelastis karena lebih banyak uang dapat dibuat dari harga yang lebih tinggi. Diakses dalam [http://en.wikipedia.org/wiki/Thomas\\_Mun](http://en.wikipedia.org/wiki/Thomas_Mun).

<sup>517</sup> Thomas Mun, *Early English Tracts on Commerce*, Cambridge University Press, 1954, hal. 121-209.

Kembali pada putusan hakim Zaenal Asikin Kusumah Atmadja tentang Riba. Justifikasi Mun atas riba berseberangan dengan pendapat hakim Zaenal Asikin Kusumah Atmadja. Nalar hakim dalam putusan kasus Boesono sarat dengan pertimbangan moral keadilan dan keberpihakan kepada yang lemah. Argumentasi hakim bahwa keadaan debitur yang tertekan dan sangat membutuhkan pinjaman sehingga tidak ada alternatif kecuali mengadakan perjanjian yang memberatkan debitur misalnya menyetujui bunga tinggi. Dalam konteks riba, hakim harus menemukan hukum dengan tujuan melindungi pihak debitur yang lemah dari penyalahgunaan kekuasaan ekonomi. Bahkan, menurut Asikin, hakim harus memperharui hukum dengan melakukan terobosan hukum untuk melumpuhkan perjanjian yang bersifat riba.

Dalam pasal 1320 KUHPerdta<sup>518</sup> kata sepakat adalah salah satu syarat terjadinya perjanjian. Hal ini jelas, bahwa hukum perjanjian tidak boleh dibuat dengan adanya paksaan kepada salah satu atau kedua belah pihak. Maksud dari kata sepakat adalah, kedua belah pihak yang membuat perjanjian setuju mengenai hal-hal yang pokok dalam perikatan. Dalam bentuknya, perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis. Perikatan adalah suatu perjanjian hukum antara dua orang atau dua pihak, maka apabila salah pihak wanprestasi, maka pihak yang dirugikan berhak menggugat sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi gugatan itu.

Dalam kasus woeker (riba) tersebut, hakim menafsirkan bahwa Boesono (debitur) dalam keadaan terdesak secara ekonomi menyatakan setuju dan memberikan kata sepakat. Wewenang hakim untuk menggunakan interpretasi sebagai sarana hukum untuk dapat menerobos dan melumpuhkan perjanjian yang bersifat riba. Alasan hakim melumpuhkan perjanjian yang bersifat riba, antara lain (a) kedudukan para pihak tidak seimbang; (b) pihak lawan tahu tentang keadaan ini dan memanfaatkan keterdesakan debitur (penyalahgunaan kekuasaan ekonomis); (c) syarat-syarat diperjanjikan tidak masuk akal, tidak patut, dan bertentangan dengan

---

<sup>518</sup> Menurut Pasal 1320 KUHPerdta, agar terjadi persetujuan yang sah, harus dipenuhi empat syarat, yakni: a. . kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya (lihat juga, Paal 28, 1312 KUHPerd.dst); b. kecakapan untuk membuat suatu perikatan (lihat juga, Pasal 1329 KUHPerd.dst.) 3. suatu pokok persoalan tertentu (Lihat juga, Pasal 1332 KUHPerd. dst.) 4. suatu sebab yang tidak terlarang (Lihat juga, Pasal 1335 KUHPerd. dst.)

perikemanusiaan.<sup>519</sup> Pada titik ini, hakim telah keluar dari tawanan undang-undang dan konsep ekonomi mainstream.

Dalam kasus Boesono, hukum (dan ekonomi) tidak bisa dilepaskan dari pertanyaan moral, misalnya, etiskah mencari keuntungan (apalagi jika dengan cara bunga tinggi) dari orang-orang yang tidak beruntung (miskin) ? Etiskah hidup (kaya-raya) berpangku tangan dari pendapatan yang diperoleh tanpa bekerja tetapi dari keringat orang lain ?

Menurut hakim, hukum perikatan memang mempunyai sistem terbuka dan menganut asas kebebasan berkontrak, tetapi tidak semata-mata berarti masyarakat boleh membuat perjanjian menurut kehendaknya, terlebih lagi jika untuk mengeksploitasi manusia yang lain. Di samping KUHPdata, ada kaidah hukum adat dan nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat seperti kepatutan, keadilan serta perikemanusiaan yang juga menjadi norma.

#### **E. Kasus Pohon Mangga (Putusan MA No. 1022/K/PDT/2006)**

##### Latar Belakang

Tidak kalah kualitasnya dengan putusan Cerobong Asap Palsu dan Lindebaum versus Cohen (di Belanda), di Indonesia terdapat putusan perkara “Pohon Mangga”. Peneliti menyebutnya sebagai perkara “Pohon Mangga” karena memang sengketa perkara ini tentang boleh tidaknya menebang dua pohon mangga. Kasus perkara Pohon Mangga menjadi menarik, karena *pertama* kasus ini sebenarnya bukan kasus yang “basah” karena memang obyek sengketanya tidak berkaitan dengan uang, dalam petitumnya pun penggugat tidak menuntut ganti rugi sejumlah uang, hanya menuntut agar tergugat menebang dua buah pohonnya yang dikhawatirkan mengancam keselamatan jiwa dan kerugian barang. *Kedua*, dalam putusannya hakim melakukan terobosan hukum yang menurut peneliti bernilai *landmark decision*.

##### Duduk Perkara

Tahun 1986, Penggugat (H. AM Thalib) membeli sebuah rumah semi permanen di atas tanah garapan (tanah Negara) dari Syawal yang diperoleh dari

<sup>519</sup> Rangkuman hasil Rapat Pleno Mahkamah Agung tanggal 11 Maret 1985. Dalam Rapat Pleno dibentuk suatu panitia kecil yang terdiri dari hakim agung Poerbowati Djokosedomo, Karlinah Palmi Achmad Soebroto, Bismar Siregar, Zaenal Asikin Kusumah Atmadja.

Maridy anggota kompleks Polda Irian Jaya yang menggarap tanah tersebut. Sewaktu Thalib menempati rumah tersebut, 2 (dua) buah pohon mangga yang ditanam (milik) tergugat (Kapten Pol. H. Purba Tondang) masih kecil dan yang satu pohon mulai berbuah tumbuh di tepi jalan umum berbatasan dengan halaman rumah Thalib. Masalah mulai muncul, pohon mangga milik Purba makin lama semakin besar, dahan ranting dan daun sudah menyatu dengan atas seng bangunan rumah Thalib. Penggugat merasa khawatir pohon itu akan mendatangkan bahaya atau kerugian terhadap bangunan dan warga di sekitarnya, jika terjadi angin kencang sehingga pohon itu tiba-tiba dapat roboh, Terlebih lagi, dahan dan akar pohon sudah melengkung-miring 75% pada halaman penggugat.

Karena alasan itu, Thalib berusaha meminta secara kekeluargaan dengan menghubungi RT setempat agar Purba merelakan pohon mangga ditebang dan akan diberi ganti kerugian. Dalam musyawarah tersebut, tergugat menolak untuk menebang pohon tersebut.

Thalib kemudian membuat surat pengaduan kepada Kapolda Irian Jaya pada tahun 1998, namun tidak mendapat respon. Thalib membuat surat permohonan kepada Walikotamadya Jayapura. Tim gabungan Walikota mengadakan peninjauan lokasi. Berdasarkan hasil peninjauan, Pemerintah Kotamadya Jayapura mengirim surat kepada Purba untuk menebang pohon tersebut, namun Purba membalas surat tersebut yang intinya menolak. Pemerintah Kotamadya setelah mempelajari surat balasan, akhirnya membuat surat kepada Purba bahwa karena Purba tidak menghendaki agar 2 (dua) pohon mangga ditebang, sehingga apabila dikemudian hari terjadi suatu kerugian orang lain atau kecelakaan terhadap jiwa orang, adalah tanggung jawab Kapten Pol. Purba Tondang.

Karena proses penyelesaian tidak menemukan kesepakatan, akhirnya Thalib menggugat Purba ke pengadilan dengan mengatakan dalam gugatannya, "bahwa masuknya perkara adalah sebagai akibat perbuatan tergugat selaku aparat keamanan yang lebih mementingkan kepentingan pribadi daripada kepentingan orang banyak." Gugatan Thalib 'sederhana' karena hanya meminta pohon mangga tersebut dimusnahkan.

Sementara tergugat menangkis dengan mengatakan, "bahwa pohon mangga tersebut lebih dahulu ada dari rumah penggugat."

#### Putusan Hakim Pengadilan Negeri Jayapura

1. Sekitar tahun 1986, penggugat membeli sebuah rumah;
2. Di dekat rumah itu tumbuh dua pohon mangga yang masih kecil, yang sebelumnya ditanam oleh pihak tergugat;
3. Pohon mangga itu kemudian semakin tinggi, dahan dan ranting menyatu dengan seng rumah penggugat. Pihak penggugat khawatir pohon itu akan membahayakan rumah dan penghuninya terutama bila terjadi angin kencang;
4. Pihak penggugat telah berusaha memohon secara kekeluargaan melalui RT dan sebagainya, tetapi ditolak oleh tergugat;
5. Perbuatan tergugat yang menolak untuk menebang 2 (dua) pohon mangga yang ditanam diatas tanah negara/rencana badan jalan yang membahayakan rumah penggugat atau perumahan di sekitarnya adalah perbuatan melawan hukum.
6. Menghukum tergugat untuk memusnahkan 2 (dua) pohon mangga tersebut dan menyatakan putusan dapat dilaksanakan terlebih dahulu.

#### Putusan Hakim Pengadilan Tinggi

Pengadilan Tinggi membatalkan putusan PN tersebut, dan menyatakan gugatan Penggugat tidak dapat diterima (NO). Pertimbangan PT membatalkan putusan PN:

1. PT menganggap tergugat kurang pihak, seharusnya Negara turut digugat oleh Penggugat;
2. PT menganggap gugatan prematur karena belum ada kerugian yang ditanggung Penggugat (karena pohonnya belum tumbang).

#### Putusan MA:

Di tingkat Kasasi Mahkamah Agung kemudian membatalkan putusan PT, serta mengambil alih putusan PN. Pertimbangan hukum MA adalah:

1. Pertimbangan PT yang menganggap bahwa kerugian dari Pemohon/Penggugat belum nyata tidak dapat dibenarkan;
2. kerugian tidak selalu harus diartikan adanya kerugian materil, tetapi kerugian juga dapat diartikan apabila kerugian itu mengancam hak dan kepentingan Pemohon/Penggugat.

## Analisis Putusan Hakim

Menurut hukum positif, batasan hak milik diatur dalam Pasal 570 KUHPerdara yang berbunyi:

“Hak milik adalah hak untuk menikmati kegunaan sesuatu kebendaan dengan leluasa dan untuk berbuat bebas terhadap kebendaan itu dengan kedaulatan sepenuhnya asal tidak bersalahan dengan undang-undang atau peraturan umum yang ditetapkan oleh suatu kekuasaan yang berhak menetapkannya dan tidak mengganggu hak-hak orang lain semua itu dengan tak mengurangi kemungkinan akan pencabutan hak itu demi kepentingan umum berdasar atas ketentuan undang-undang dan dengan pembayaran ganti rugi.”

Kalau kita simpulkan pembatasan-pembatasan terhadap hak milik menurut pasal 570 KUHPerdara adalah: (a) Undang-undang atau peraturan perundang-undangan lainnya; (2) tidak mengganggu orang lain/tidak menimbulkan gangguan atau hinder.<sup>520</sup>

Tentang ‘Gangguan’ juga dapat digugat melalui pasal 1365 KUHPerdara mengenai perbuatan melawan hukum. Meski demikian, tidak semua gangguan dapat digugat berdasarkan Pasal 1365 tersebut tetapi tergantung situasi dan kebiasaan masyarakat. Untuk sekedar pegangan, gangguan yang dapat digugat lewat Pasal 1365 itu, yakni adanya unsur-unsur Hinder: (a) Ada perbuatan yang melawan hukum; (b) Perbuatan itu bersifat mengurangi/menghilangkan kenikmatan antara lain penggunaan hak milik seseorang.

Dalam konteks kasus “Pohon Mangga” tersebut, hukum positif yang relevan yakni Pasal 662, 665 dan 666 KUHPerdara. Pasal 662 KUHPerdara menyatakan,

"Tiap pagar tanaman yang menjadi batas antara dua pekarangan, harus dianggap sebagai milik bersama, kecuali bila memang ada suatu bukti pemilikan, besit atau tanda yang menyatakan sebaliknya. Pohon-pohon yang tumbuh di sepanjang pagar itu adalah milik bersama, sebagaimana pagar itu

---

<sup>520</sup> Arrest yang terkenal mengenai gangguan ini adalah: Krul arrest 30 januari 1914. J.H.A. Krul pengusaha roti lawan H.Joosten. Krul digugat di muka pengadilan karena pabriknya dengan suara-suara yang keras dan getaran-getaran yang hebat dianggap menimbulkan gangguan H.Joosten. Gugatannya dikabulkan karena menimbulkan kerusakan benda disebut zaakbeschadiging misalnya tembok rumah retak.

sendiri, dan masing-masing pemilik berhak menuntut supaya pohon-pohon itu ditebang".

Sementara dalam Pasal 665 KUHPerdara berbunyi,

“Menanam pohon atau pagar hidup yang tinggi tumbuhnya dilarang, kecuali jika pohon atau pagar itu ditanam dengan mengambil jarak menurut peraturan khusus atau kebiasaan yang berlaku dalam hal itu, dan bila tidak ada peraturan dan kebiasaan, dengan mengambil jarak dua puluh telapak, dari garis batas kedua pekarangan, sepanjang mengenai pohon-pohon yang tinggi dan lima telapak sepanjang mengenai pagar hidup.”

Selanjutnya dalam Pasal 666 KUHPerdara mengatakan,

“Tetangga mempunyai hak untuk menuntut agar pohon dan pagar hidup yang ditanam dalam jarak yang lebih dekat daripada jarak tersebut di atas dimusnahkan. Orang yang di atas pekarangannya menjulur dalam pohon tetangganya, maka ia menuntut agar tetangganya menolaknya setelah ada teguran pertama dan asalkan ia sendiri tidak menginjak pekarangan si tetangga.”

Setelah mengkonstatasi berbagai hukum positif, muncul persoalan, bagaimana jika perbuatan aktif tidak ada dan kerugian riil belum terjadi sebagaimana dalam kasus “Pohon Mangga” tersebut? Alasan hakim mengabulkan gugatan penggugat sebagai berikut: (1) perbuatan aktif memang tidak ada, tetapi tergugat membiarkan bahaya adalah suatu perbuatan; (2) perbuatan melawan hukum diperluas maknanya tidak hanya melanggar undang-undang melainkan juga kehati-hatian dan kepatutan; (3) kerugian tidak harus riil terjadi, ancaman jauh lebih berbahaya dibanding kerugian riil.<sup>521</sup>

”Bayangkan betapa tersiksanya orangnya terancam, seberapa lama gangguan dan rasa takut itu ia tanggung. Hukum tidak boleh sebagai pemadam kebakaran. Mencegah lebih baik daripada melaksanakan tindakan represif. Jangan terlalu berpikir *too legal* atau legisme tetapi yang lebih penting bagaimana hukum memberikan rasa keadilan dan kemanfaatan. Kalau kita menunggu pohon roboh kemanfaatan hukum tidak ada. Hakim tidak menjatuhkan ganti rugi, kerugian sebagaimana dimaksud tidak harus dibayar dengan uang. Tindakan memotong pohon yang membahayakan keselamatan penggugat dan keluarganya adalah bentuk kompensasi.”<sup>522</sup>

<sup>521</sup> Wawancara dengan HAT, 7 Juni 2010

<sup>522</sup> Ibid.

Dalam perspektif hermeneutika, ada batasan sangat lentur antara ikhtiar menafsirkan teks hukum yang ada dengan upaya menemukan atau mengusulkan pemecahan baru untuk kasus-kasus baru. Berhukum dengan teks, baru merupakan awal yang masih harus dilanjutkan dengan upaya interpretasi. Dengan atau melalui hermeneutika, hakim secara kritis membedakan antara "peraturan" (*wet*) dan "kaidah" (*recht*). Kaidah lebih luas dibanding peraturan. \Hakim dalam kasus "Pohon Mangga" tersebut, tidak berhenti pada pembacaan undang-undang sebagai peraturan, karena begitu berhenti bisa menimbulkan kekeliruan besar ; tujuan kaidah yang mendasari peraturan itu menjadi terlupakan. Sebagaimana pendekatan hermeneutika, hakim menyelam ke dalam spirit, asas, dan tujuan hukum mendekati hukum kepada keadilan dan kemanfaatan. Hakim kemudian memutus,

"...Menyatakan perbuatan Tergugat yang menolak untuk menebang 2 (dua) pohon mangga yang ditanam di atas tanah Negara/rencana badan jalan yang mengganggu dan membahayakan rumah Penggugat atau perumahan yang ada disekitarnya adalah perbuatan Melawan hukum..."

#### F. KASUS KESUSILAAN I DAN II

Paradigma yang dianut seorang hakim sangat berpengaruh terhadap putusan yang dijatuhkan. Di bawah ini ada dua kasus Kesusilaan; untuk membedakan saya membuat penamaan: kasus Kesusilaan I dan Kesusilaan II. Kesusilaan I terlihat bagaimana penalaran hakim yang sangat positivisme-legistik. Sebaliknya, dalam kasus Kesusilaan II, hakim melakukan penafsiran progresif. Kasus Kesusilaan I atau Kesusilaan II ini merupakan laboratorium istimewa untuk melihat putusan mana yang mendekati keadilan, atau sebaliknya, yang melukai rasa keadilan.

##### - **Kesusilaan I (Putusan Pengadilan Negeri Nomor 26/Pid.B/1986/PN.TBL.)**

###### Duduk Perkara

Seorang pemuda menggauli perempuan dibawah umur. Jaksa mendakwa terdakwa dengan dakwaan primer melanggar Pasal 285 KUHP dan dakwaan subsidair melanggar Pasal 287 KUHP. Setelah pemeriksaan di pengadilan, hakim menilai

bahwa dakwaan jaksa atas pelanggaran Pasal 285 KUHP tidak terbukti karena tidak adanya kekerasan atau ancaman kekerasan dalam perbuatan tersebut.

Karena surat dakwaan Jaksa Penuntut Umum disusun berlapis, maka dengan tidak terbuktinya dakwaan primer, maka majelis hakim harus membuktikan dakwaan subsidairnya, yaitu Pasal 287 KUHP. Rumusan Pasal 287 (1) KUHP, "Barang siapa bersetubuh dengan perempuan yang bukan istrinya sedang diketahui atau patut disangkanya bahwa umur perempuan itu belum cukup 15 tahun kalau tidak nyata berapa umurnya, bahwa perempuan itu belum masanya untuk kawin, dihukum penjara setinggi-tingginya sembilan tahun."

#### Putusan Hakim

1. Dakwaan atas Pasal 287 (1) KUHP telah terbukti, yaitu terdakwa menyetubuhi wanita yang bukan istrinya padahal ia mengetahui wanita itu belum cukup umur;
2. Namun secara prosedural, Pasal 287 (2) KUHP mensyaratkan pengaduan (*klacht delict*);
3. ayah korban melakukan pengaduan kepada kepala desa;
4. Kepala Desa kemudian melaporkan kepada Kepolisian setempat;
5. Kepala Desa tidak mempunyai hubungan hukum perdata dengan saksi korban sehingga ia bukan orang yang berhak untuk mengajukan pengaduan;
6. meskipun dakwaan atas Pasal 287 ayat (1) terpenuhi, akan tetapi karena tidak ada pengaduan yang diajukan oleh pihak yang berkepentingan, maka dakwaan jaksa tidak dapat diterima.

#### Analisis Putusan Hakim

Hakim menerapkan struktur aturan tersebut kepada fakta-fakta untuk memastikan apakah perbuatan terdakwa memenuhi unsur-unsur Pasal 287 (1) KUHP. Hakim menyatakan bahwa dakwaan atas Pasal 287 (1) KUHP telah terbukti, yaitu bersetubuh dengan wanita yang bukan istrinya sedang diketahui bahwa wanita itu belum cukup umur. Namun, majelis hakim mempertimbangkan adanya ayat (2) pasal 287 tersebut yang mensyaratkan bahwa penuntutan atas pelanggaran delik ini **hanya** dapat dilakukan jika ada pengaduan kecuali apabila umur korban belum cukup 12 tahun atau apabila si korban luka berat atau mati. Bertitik tolak dari ayat (2) itu, majelis hakim berkesimpulan bahwa delik dalam pasal 287 KUHP adalah delik aduan (*klacht delict*). Majelis hakim memaknai "pengaduan" dengan merujuk pasal 1 butir

ke-25 Undang-undang No. 8 tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, yakni ”pemberitahuan disertai permintaan oleh **pihak yang berkepentingan** kepada pejabat yang berwenang untuk menindak menurut hukum seseorang yang telah melakukan tindak pidana aduan yang merugikannya.”

Mengenai siapa-siapa yang dimaksud dengan ”pihak-pihak yang menurut hukum berhak mengajukan pengaduan”, pasal 2 KUHP telah menentukan secara limitatif sebagai berikut: ayat (1) ”bagi orang yang belum 16 tahun atau belum dewasa atau orang yang berada di bawah pengampuan (*eratetele*) bukan karena kekerasan, maka yang berhak mengadukan adalah wakil yang sah sebagaimana ditentukan dalam perkara perdata (sipil); ayat 2. ”jika tidak ada wakil tersebut dalam ayat 1 atau secara kebetulan wakil tersebut adalah orang yang harus diadukan, maka pengaduan dapat dilakukan oleh wali pengawas atau pengampu (*curator*), atau majelis yang menjalankan kewajiban sebagai wali pengawas maupun *curator* tersebut atas pengaduan isteri, keluarga dalam garis keturunan lurus atau menyimpang sebagai derajat ketiga;

Sedangkan mengenai bentuk dan cara pengajuan dan pengaduan tersebut diatas telah diatur dalam pasal 103 Undang-undang No.8 tahun 1981 tentang hukum acara pidana,

- Pengaduan yang dibuat secara tertulis harus ditanda tangani oleh si pengadu;
- Pengaduan yang dibuat secara lisan, harus dicatat oleh penyidik dan ditanda tangani oleh pengadu dan penyidik
- Dalam hal pengadu tidak dapat menulis, maka hal itu harus disebutkan sebagai catatan dalam hal pengaduan tersebut;

Majelis hakim menekankan kepastian prosedural formal. Dalam putusannya, majelis hakim menyatakan tidak melihat adanya surat pengaduan maupun pengaduan lisan. Pasal 287 ayat (2) KUHP mensyaratkan adanya pengaduan atas kasus tersebut dan ternyata yang ditemukan dalam kasus tersebut hanyalah surat laporan dari Kepala Desa Meti kepada pihak kepolisian yang kemudian dibawa ayah korban. Padahal, lanjut majelis hakim, Kepala Desa Meti tidak mempunyai hubungan hukum perdata dengan saksi korban sehingga hakim menilai bukan orang yang berhak untuk mengajukan pengaduan. Majelis hakim kemudian menarik kesimpulan bahwa meskipun dakwaan atas Pasal 287 ayat (1) terpenuhi, akan tetapi karena tidak ada

pengaduan yang diajukan oleh pihak yang berkepentingan, maka dakwaan jaksa tidak dapat diterima dan hakim membebaskan terdakwa.

Putusan ini secara terang benderang menunjukkan adanya perselisihan antara kepastian hukum dan keadilan. Hakim mengedepankan kepastian hukum dengan menekankan sah-tidaknya pengaduan dibandingkan dengan tuntutan keadilan atas perlindungan gadis di bawah umur. Hakim menekankan kepastian prosedural formal bahwa pengaduan itu harus disampaikan keluarga korban, dengan tidak mempertimbangkan kondisi keluarga korban yang tidak hanya buta hukum tetapi juga buta huruf. Bagi masyarakat desa umumnya yang tinggal di daerah terpencil, biasanya mewakili urusannya kepada Kepala Desa untuk diselesaikan. Terlebih lagi jika berkaitan dengan masalah hukum, secara psikologis merasa takut jika berurusan secara langsung dengan aparat penegak hukum. Hakim (seharusnya) tidak hanya membaca peraturan, tetapi juga menafsirkan bahwa kepala desa dalam kasus tersebut adalah “bapak atau ibu” warga desa, sehingga syarat delik aduan terpenuhi.

Teori Hukum Feminis meragukan bahwa hukum itu netral, meski proses hukum itu telah memenuhi prosedural formal. Netralitas itu tidak mungkin karena pembentukan hukum dilakukan oleh ideologi dominan yang dipengaruhi nilai-nilai patriarkhi, maka bagaimana mungkin hukum dibaca sebagai suatu yang netral dan obyektif. Kesadaran atas realitas hukum yang (ternyata) tidak obyektif (di dominasi nilai-nilai patriarkhi) seharusnya mendatangkan pemahaman hakim bahwa pengalaman perempuan tidak terefleksikan dalam hukum. Substansi putusan hakim tentu akan berbeda, apabila hakimnya “sensitif” mempertimbangkan pengalaman perempuan sebagai korban untuk mendekati keadilan.

Sebagaimana disebutkan di muka, suatu paradigma mempengaruhi penalaran hukum seorang hakim dalam melahirkan putusan. Paradigma Positivisme Hukum sangat ketat berpegang teguh pada prosedural hukum yang diatur dalam hukum positif namun kurang mempertimbangkan rasa keadilan. Teori ini juga berlaku dalam kasus perkosaan gadis dibawah umur ini.

- **Kesusilaan II (Putusan No. 41/Pid. B/2005/PN Smg).**

**Duduk Perkara**

Jaksa Penuntut Umum (JPU) <sup>523</sup> mendakwa M. Lutfi secara sah dan meyakinkan melakukan tindak pidana pencabulan terhadap seseorang yang diketahuinya orang itu pingsan dan tidak berdaya sebagaimana diancam pidana Pasal 290 (1) KUHP. JPU menuntut supaya majelis hakim menjatuhkan pidana terhadap terdakwa dengan pidana penjara selama 1 (satu) tahun 6 (enam) bulan.

Pledoi dari penasihat hukum terdakwa<sup>524</sup> bahwa terdakwa tidak terbukti telah melakukan tindak pidana melanggar pasal 290 ayat (1) KUHP sebagaimana dalam dakwaan JPU. Dua unsur dari pasal 290 ayat (1) KUHP itu tidak terbukti, yaitu unsur pencabulan dengan seseorang dan unsur sedang diketahui bahwa orang itu pingsan atau tidak berdaya. Argumentasinya, pertama, terdakwa dalam melakukan persetubuhan terlebih dahulu menawarkan pada saksi korban untuk dijadikan istri ke empat, dan telah dilakukan ijab kabul sebelum melakukan persetubuhan (mamluk). Kedua, kondisi saksi korban dalam keadaan bebas, tidak terikat maupun terbius oleh pengaruh obat, bahkan saksipun merasakan kesakitan. Dengan demikian, unsur pingsan tidak terbukti.

**Putusan Hakim**

1. Pada tanggal 10 Mei 2004 saksi korban (Khoz) telah didatangi saksi Tafrikhan untuk diajak menemani anaknya, Faizah, mengaji di Pondok Pesantren (Ponpes) Alf;
2. ibu saksi korban mengizinkan anaknya belajar agama. Di Ponpes, saksi korban bertemu dengan Faizah yang sudah beberapa lama tinggal di Ponpes yang semula mengaji dan kemudian menjadi isteri ke 3 terdakwa, Lutfi;
3. awalnya saksi korban tidur dengan Faizah serta terpisah dengan terdakwa;
4. setelah beberapa hari kemudian saksi korban dipertemukan dengan terdakwa dan oleh terdakwa ditanyakan kesediaannya untuk dijadikan istri ke-4;

<sup>523</sup> Dibacakan tanggal 13 Januari 2005.

<sup>524</sup> Disampaikan secara tertulis tanggal 11 Mei 2005

5. saksi korban yang merasa hormat dan segan terhadap terdakwa sebagai sosok seorang kyai menyatakan bersedia;
6. tanggal 21 Mei 2004 di kamar terdakwa telah dilakukan ijab mamluk antara terdakwa dengan saksi korban dengan disaksikan Faizah dengan lafal ijab mamluk yaitu: *“kulo pasrahaken awak kulo lahir batin dumateng abah kanti mas kawin Shahadat lan Al Quran”*;
7. saksi korban lalu minum air putih yang diambil Faizah dari dapur;
8. setelah dilakukan ijab mamluk kemudian mereka bertiga melakukan hubungan suami-istri dengan diawali terdakwa bersetubuh dengan Faizah yang kemudian dengan saksi korban;
9. terdakwa mengulangi perbuatannya terhadap saksi korban layaknya suami-istri;
10. saksi korban merasa terpaksa, sakit dan jijik, walau tidak kuasa menolak keinginan terdakwa;
11. terdakwa adalah seorang kyai di Ponpes yang mempunyai santri yang tinggal di Ponpes untuk belajar mengaji;
12. terdakwa adalah sosok seorang kyai yang tentu dihormati dan disegani di lingkungan Ponpes;
13. saksi korban secara tidak berdaya secara psikis, sehingga apa yang dikehendaki terdakwa, saksi korban tidak mampu menolak, membantah, apalagi melawan;
14. kesimpulan hakim: terdakwa telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan pencabulan terhadap seseorang yang diketahuinya orang itu pingsan dan tidak berdaya dan menjatuhkan pidana penjara selama 9 (sembilan) bulan.

#### Analisis Putusan

Teori hukum feminis menyatakan bahwa hukum merupakan dominasi cara pandang patriarkhis. Hukum yang bercorak patriarkhis ini beroperasi di masyarakat sering diterima sebagai ‘kodrat’ karena itu diterima dengan sukarela. Pada saat hukum yang bercorak patriarkhis tersebut diterapkan maka perempuan sering menjadi korban.

Rumusan Pasal 286 KUHP:

“Barang siapa bersetubuh dengan seorang wanita di luar perkawinan padahal diketahui bahwa wanita itu dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.”

Untuk menjelaskan perkataan “pingsan” tersebut Soesilo menjelaskan sebagai berikut:

“...tidak ingat atau tidak sadar akan dirinya, umpamanya dengan memberi minum racun kecubung atau lain-lain obat, sehingga orangnya tidak ingat lagi. Orang yang pingsan tidak dapat mengetahui apa yang terjadi akan dirinya.”<sup>525</sup>

Untuk istilah “tidak berdaya” Soesilo memberi penjelasan sebagai berikut:

“... tidak mempunyai kekuatan atau tenaga sama sekali, sehingga tidak dapat mengadakan perlawanan sedikitpun, misalnya dengan mengikat dengan tali kaki dan tangannya, mengurung dalam kamar, memberi suntikan, sehingga orang itu lumpuh. Orang yang tidak berdaya masih dapat mengetahui apa yang terjadi atas dirinya.”<sup>526</sup>

Penjelasan atas rumusan “pingsan” dan “tidak berdaya” lebih disebabkan kekerasan fisik tetapi tidak mencakup kekerasan psikis yang menyebabkan seseorang tidak berdaya atau pingsan. Jika hakim hanya menafsirkan “pingsan” dan “tidak berdaya” secara skripturalistik, maka perbuatan terdakwa tidak memenuhi unsur-unsur hukum.

Suatu perbuatan “bersetubuh dengan seorang wanita di luar perkawinan padahal diketahui bahwa wanita itu dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya” pada waktu dirumuskan belum terpikirkan pemaknaannya oleh si pembuat undang-undang bahwa apa yang disebut “pingsan” dan “tidak berdaya” juga karena disebabkan relasi hegemonik. Karena itu, membaca teks hukum berarti menghidupkannya dengan cara mendialogkannya dengan konteks.

Teks bukan bukan suatu harus dibaca secara skripturalistik dan bersifat finalitas, melainkan masih memungkinkan penafsiran yang kreatif. Hakim masih perlu memberi nutrisi dengan cara melakukan penafsiran untuk mendekati hukum pada keadilan. Hakim menafsirkan unsur “pingsan” dan “tidak berdaya” dinilai dari ketidakberdayaan secara psikis dengan melihat relasi hegemonik antara pelaku dan korban. Terdakwa adalah sosok seorang kyai yang tentu dihormati dan disegani di lingkungan Ponpes. Hakim mempertimbangkan bahwa diri saksi korban dalam

<sup>525</sup> R. Soesilo, Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal, Politea, Bogor, 1996, hal. 98.

<sup>526</sup> Ibid.

lingkungan Ponpes secara tidak disadari terbentuk psikisnya, sehingga apa yang dikehendaki terdakwa, saksi korban tidak mampu menolak, membantah, apalagi melawan. Dengan kata lain, korban tidak menolak bukan berarti secara sukarela menyukai perbuatan terdakwa. Dalam kondisi psikis saksi korban ter'hegemoni', maka setiap berhubungan dengan dengan segala kehendak terdakwa dari melakukan *ijab mamluk* sampai dengan melakukan hubungan layaknya suami istri hingga pendarahan, saksi korban tidak kuasa menolaknya. Atas dasar pertimbangan-pertimbangan tersebut, majelis hakim menyatakan bahwa terdakwa M. Lutfi telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah dan menjatuhkan pidana penjara selama 9 (sembilan) bulan.

### **G. Pergantian Kelamin (Penetapan No. 19/Pdt.P/2009/PN.Btg)**

#### Latar Belakang

Dalam ranah hukum, pergantian kelamin masih merupakan persoalan yang baru dalam perkembangan hukum. Pergantian kelamin menjadi persoalan hukum setelah adanya perkembangan di bidang Ilmu Kedokteran yang memungkinkan seseorang melakukan pergantian kelamin. Di Indonesia, hukum positif berupa peraturan perundang-undangan belum ada yang mengatur mengenai persoalan pergantian kelamin. Penetapan hakim mengenai pergantian kelamin dalam kasus Agus Widoyo/Dea dibawah ini mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan.

#### Duduk Perkara

Agus Widoyo terlahir sebagai lelaki, anak ke-empat dari pasangan Witem dan Sugyanto. Terlahir sebagai laki-laki tak membuat Agus menunjukkan sosok dan sifat maskulin. Sang ibu sudah melihat kecenderungan itu sejak kecil dan semakin menyolok ketika mulai masuk usia pubertas. Agus kemudian mengganti nama menjadi Nadia Ilmira Arkadea atau nama pendek Dea. Dea kemudian memutuskan untuk menjalani operasi kelamin. Bagi Dea operasi menjadi salah satu jalan untuk 'menyempurnakan diri' sebagai seorang perempuan. Selesai operasi Dea mengajukan permohonan ke Pengadilan Negeri Batang. Permohonan pergantian kelamin ini mengundang reaksi. Ada yang berpendapat di media massa, pengadilan seharusnya menolak permohonan Dea. Alasannya, belum ada undang-undang dan bertentangan dengan moral.

## Putusan Hakim

1. Sejak usia balita pemohon bertingkah laku sebagai perempuan; alat kelamin pemohon tidak normal, lebih kecil dari ukuran normal anak-anak seusianya;
2. pemohon mulai menggunakan pakaian seperti seorang perempuan ketika mencapai pubertas pada waktu pemohon berada dibangku SMA;
3. untuk dapat dilakukan operasi kelamin sesuai standar IDI (Ikatan Dokter Indonesia) pemohon telah melalui prosedur medis yang ketat seperti observasi oleh tim dokter yang meliputi tes psikologi, tes hormonal, tes kepribadian, tes kesehatan, yang dilakukan oleh tim ahli terdiri atas psikiater, psikolog, ahli bedah, penyait dalam, genetikal, obstetry, dan ginecology;
4. kromosom perempuan pemohon lebih berkembang dalam tubuh yang berbentuk laki-laki. Hal tersebut ditandai dengan organ kelamin tidak berkembang maksimal baik dari ukuran dan fungsi, jakun yang tidak nampak, dan ciri-ciri tertentu pada suara disebabkan faktor hormonal perempuan dominan. Pemohon memiliki kecenderungan berperilaku dan berpenampilan sebagaimana layaknya perempuan bukan karena faktor lingkungan atau kebiasaan namun dorongan biologis akibat dominannya hormon dan kromosom perempuan dalam tubuh;
5. mengabulkan permohonan: pemohon yang semula bernama Agus Widoyo berubah menjadi Nadia Ilmira Arkadea;
6. memerintahkan kepada Kepala Desa Bandar dan Camat Kecamatan Bandar Kabupaten Batang untuk mencatat perubahan jenis kelamin dan nama pemohon pada buku desa yang diperuntukan untuk itu.

## Analisis Putusan Hakim

Berdasarkan pasal 77 UU No. 23 tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan, tidak seorang pun dapat merubah/mengganti/menambahkan identitasnya tanpa ijin pengadilan. Permasalahannya, perubahan status hukum dari seorang yang berjenis kelamin laki-laki menjadi perempuan sampai saat ini belum ada pengaturannya dalam hukum positif. Pengadilan dihadapkan pada permohonan

penetapan pergantian kelamin oleh Agus Widoyo<sup>527</sup> di mana terdapat perbedaan pencatatan identitas khususnya untuk jenis kelamin yang diakui negara dalam pencatatannya dengan keadaan fisik dari pemohon.

Pada dasarnya tata hukum sebagai sistem aturan-aturan hukum adalahantisipasi terhadap kemungkinan peristiwa-peristiwa yang dapat terjadi di kemudian hari. Untuk kasus-kasus atau peristiwa-peristiwa yang jelas termasuk ke dalam penerapan sebuah aturan hukum positif, hanya diperlukan pengetahuan tentang aturan-aturan hukum yang berlaku. Tetapi situasi akan menjadi fundamental berbeda, jika hakim dihadapkan pada kasus kongkret yang tidak atau belum jelas kaidah atau aturan hukum yang mana yang bisa diterapkan. Dari kasus Dea tersebut, hakim berpendapat, ada kebutuhan dalam masyarakat yang tidak diatur oleh hukum sehingga menimbulkan kekosongan hukum (baca; kekosongan peraturan perundang-undangan). Menurut hakim, kekosongan hukum (peraturan perundang-undangan) adalah wajar karena hukum selalu tertinggal oleh kebutuhan masyarakat.<sup>528</sup>

Keadilan memang tidak selalu identik dengan undang-undang, karena keadilan lebih luas ketimbang undang-undang (catatan: meski hal itu tidak berarti bahwa yang

<sup>527</sup> Agus Widoyo (Nadia Ilmira Arkadea atau nama pendek Dea) lahir tahun 16 Agustus 1979 Semarang anak bungsu (4 bersaudara) dari perkawinan Witem (ibu) dan Bambang Sugyanto. “Saya tumbuh dari ikeluarga yang taat agama. Bapakku ustadz. Mendidik anak secara agama,” kata Dea. Dea mengisahkan sejak kecil telah merasakan ada suatu yang aneh dengan tubuhnya. “Sejak kecil saya merasa perempuan. Masalahnya saya tidak diberi pilihan. *Ngene yo kudu ngene*. Semakin besar, saya mulai mencari tahu. Tetapi tabu membicarakan masalah ini kepada orang tua. Tidak ada orang tua yang mau melihat anaknya mengalami penyimpangan seks. Orang tua tahu akhirnya sendiri,” kisah Dea. Ketika Dea meminta ijin untuk melakukan pergantian kelamin, orang tua Dea awalnya tidak setuju. “Bapak berusaha meminta waktu, untuk bertanya kepada beberapa kyai-kyai besar. Dalam Islam tidak ada penjelasan konkrit dalam pergantian kelamin. Laki-laki bersenggama dengan laki-laki dosa. Tetapi, agama tidak pernah menyebut jenis kelamin ketiga, hanya laki-laki dan perempuan. Menurut saya, Allah tidak melihat jenis kelaminnya, tetapi takwanya. Tapi saya malas berdebat,” kata Dea. “Orang tua akhirnya tidak melarang tapi juga tidak mengizinkan, yang penting kamu bahagia. Medis tidak meminta persetujuan orang tua, karena saya sudah dewasa,” jelas Dea. Dea menceritakan bagaimana perlakuan diskriminasi masyarakat terhadap dirinya. “Tuhan menganugerahi saya seperti fisik perempuan. Menjadi masalah, ketika dihadapkan urusan legal formal seperti KTP saya harus menggunakan identitas formal sebagai laki-laki sehingga orang tahu ada yang tidak beres. Begitu juga kalau hendak mengambil uang di bank, prosedurnya menjadi panjang karena pihak bank tidak percaya saya berjenis kelamin laki-laki sesuai nama rekening. Saat itu muncul diskriminasi, misalnya dipersulit, cibiran, dan sebagainya. Orang menganggapnya penipuan, tidak normal, perilaku menyimpang, dan sebagainya. Lalu, pertimbangan apa yang mendorong Dea mengajukan permohonan penetapan pergantian kelamin ke pengadilan? “Pertimbangan saya ke pengadilan, karena butuh pengakuan dan perlindungan hukum. Misalnya untuk menghindari pelecehan seksual, kalau identitasnya tidak jelas saya harus mengadu dengan keterangan apa. Apalagi hukum positif di Indonesia tidak mengatur dan melindungi transgender. Kedua, *masak* saya seumur hidup tidak punya KTP? Ketiga, kaitannya dengan hukum waris. Keempat, saya bisa menikah dengan pria yang saya cintai,” jelas Dea. Saya maju sendiri ke pengadilan tanpa lawyer karena tidak mempunyai dana cukup. Saya buta hukum, saya urus permohonan sendiri, saya buat konsep hukum sendiri. Untung, sifatnya permohonan sehingga tidak ada lawan. Hakimnya baik dan jujur, saya tidak menyogok sedikitpun untuk hakim,” kata Dea. Wawancara dengan Nadia Ilmira Arkadea tanggal 12 – 14 Februari 2010.

<sup>528</sup> Putusan Penetapan No. 19/Pdt.P/2009/PN.Btg., hal 17.

adil sama sekali tidak bisa diturunkan dari yang legal formal). Seorang hakim yang mengidentikkan keadilan hanya sebagai undang-undang mengandung konsekuensi pencarian keadilan di luar undang-undang telah dihentikan.

Menghadapi kekosongan peraturan perundang-undangan, menurut pertimbangan hakim dalam putusan, pengadilan tidak boleh menolak memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadili,<sup>529</sup>.

Apabila hakim tidak menemukan hukum formalnya, jalan keluarnya menurut Undang-Undang No 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman adalah hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Permasalahannya, tidak mudah bagi hakim menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat karena pada dasarnya pergantian kelamin masih belum sepenuhnya diterima (bahkan dilarang) nilai-nilai hidup dalam sebagian besar masyarakat?<sup>530</sup>

Dalam masyarakat ada semacam logika oposisi biner yang bermain di wilayah diskursif, yakni hanya mengakui adanya dua konsepsi realitas tubuh dan citra tubuh antara laki-laki dan perempuan, di luar itu dianggap "*the other*". Di satu sisi, tubuh laki-laki dengan citra tubuh maskulinnya beserta konstruksi gendernya, di sisi lain, tubuh perempuan dengan citra femininnya beserta konstruksi gendernya. Logika oposisi biner ini tidak memberi ruang tubuh laki-laki dengan citra femininnya beserta konstruksi gendernya atau sebaliknya. Pemilik tubuh transeksual lantas berupaya mengaburkan kesenjangan realitas dan citra tubuh melalui berbagai sarana yang akan membawanya pada bentuk atau fisik tubuh yang sejalan dengan citra dan konstruksi gender yang diinginkannya. Penggunaan wig, bra, dan sebagainya adalah upaya diri untuk mengoreksi kesenjangan itu. Bahkan bila perlu dilakukan operasi pada

<sup>529</sup> Dalam pertimbangannya, hakim mengutip Pasal 16 UU No. 4 tahun 2004 yang mengamanatkan pengadilan melalui hakim sebagai pilar terakhir untuk menemukan keadilan bagi masyarakat, wajib menjawab kebutuhan masyarakat dengan menemukan hukumnya jika tidak ada pengaturan hukum terhadap perkara yang ditanganinya, sepanjang tidak bertentangan dengan hukum yang ada, kepatutan dan kesesuaian. Ibid.

<sup>530</sup> Dalam wawancara, hakim Widyatinsri Kuncoro Yakti berpendapat, "Kasus pergantian kelamin memang menarik perhatian masyarakat. Kasus ini bukan pertama tapi langka. MUI mengeluarkan fatwa haram dan mengutuk pergantian kelamin. Tetapi ada sebagian masyarakat yang membolehkan sehingga terjadi perbedaan pendapat. Saya sebagai hakim hanya memandang kasus pergantian kelamin berkaitan dengan administrasi kependudukan, bukan mengizinkan seseorang melakukan pergantian kelamin tetapi mengabsahkan pergantian kelamin sehingga haknya sebagai warga diakui dan dilindungi Negara." Wawancara dengan hakim Widyatinsri Kuncoro Yakti, tanggal 24 Februari 2010.

tubuhnya agar tercipta harmoni antara fisik tubuh, citra tubuh, berserta konstruksi gender yang dipersepsikannya.<sup>531</sup>

Mulai zaman purba, tubuh selalu menjadi tertuduh, dicurigai sebagai biang masalah dan kejahatan. “Tubuh penjara bagi jiwa”, kata Plato. Pandangan dualisme tentang *pikiran* dan *tubuh* adalah buah renungan bapak modernisme, Rene Descartes. Dualisme ini tercermin dari pernyataan terkenalnya: “saya ber-*pikir*, maka saya *ada*”. Pernyataan itu tak hanya membuktikan dualisme tersebut, tetapi juga anggapan tentang pikiran yang lebih penting daripada tubuh. Ujarnya: “*tubuh adalah mesin yang dijalankan oleh jiwa*”..<sup>532</sup>

Dalam waktu yang lain, kekuasaan mengukir dirinya pada tubuh. Tubuh menjadi kontestasi pertarungan kekuatan sosial politik. Tubuh terus menjadi polemik dan kadang dinistakan. Hingga agama pun dengan dalil-dalilnya ikut menertibkan tubuh

Individu tidak berkuasa atas tubuhnya sendiri. Tubuh, menurut penelitian Michel Foucault, merupakan hasil konstruksi dari masyarakat. Maksudnya, tubuh menerima makna dari masyarakat—jadi, tubuh adalah reseptor makna, bukan generator/pelahir makna. Hal itu berarti bahwa sepanjang sejarah, masyarakatlah yang menentukan bagaimana tubuh seharusnya diperlakukan, dimaknai, dihargai, dan seterusnya. Melalui diskursus yang sarat akan proyek kekuasaan, tubuh telah dimanfaatkan, diubah, ditransformasikan, didisiplinkan, dan dikontrol oleh masyarakat agar menjadi tubuh yang taat (*docile body*).<sup>533</sup>

Jika demikian, permohonan pergantian kelamin, meski pemohon tidak berhadapan dengan pihak lawan dalam pengadilan, merupakan “*hard cases*” karena berhadapan dan berseberangan dengan pandangan dominan di masyarakat.

Setelah mendengar keterangan saksi-saksi (termasuk saksi ahli medis), hakim berpendapat dalam putusannya bahwa untuk melakukan operasi kelamin seperti yang dilakukan oleh pemohon tidaklah mudah. Tidak semua laki-laki yang berpenampilan dan berperilaku seperti perempuan dapat melakukan operasi ganti kelamin sebagaimana yang dilakukan pemohon. Sehingga, kekhawatiran sejumlah kalangan akan banyaknya laki-laki berpenampilan perempuan melakukan operasi perubahan

<sup>531</sup> Titik Widayanti, Politik Subaltern Pergulatan Identitas Waria, Universitas Gajah Mada: Research Center fo Politic and Government, 2009.

<sup>532</sup> Elizabeth Grosz, 1995, *Space, Time, and Perversion*, London, Routledge, hal. 116.

<sup>533</sup> Alant Hunt dan Gary Wickham, Foucault and Law, London: Pluto Press, 1994,

kelamin dengan mudah, tidak relevan karena ada prosedur dan pemeriksaan medis yang ketat dari tim medis yang bekerja di bawah sumpah dan standar IDI.

Setelah memeriksa fakta-fakta, hakim mencari dasar hukumnya. Untuk menguatkan pertimbangannya, hakim mengutip UUD 1945 pasal 28 I angka (1) yang menyatakan bahwa pengakuan sebagai pribadi dihadapan hukum adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi. Rumusan konstitusi itu, menurut hakim, diatur lebih lanjut dalam pasal 21 dan pasal 29 UU No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang menyatakan bahwa setiap orang berhak atas keutuhannya dirinya baik jasmani dan rohani dan setiap orang berhak atas pengakuan hukum untuk mengaktualisasikan diri sesuai dengan keadaan pribadinya.<sup>534</sup> Hakim dalam pertimbangannya juga bersandar pada jurisprudensi penetapan yang mengesahkan perubahan kelamin.

Setelah mencari dasar hukum, hakim kembali berusaha melihat dan mendengar opini masyarakat. Dalam pertimbangannya, hakim berusaha merekam pro dan kontra dalam masyarakat tentang perubahan kelamin terlihat dalam bunyi putusan sebagai berikut;

“menimbang, bahwa kemajuan budaya dan pandangan terbuka sebagian masyarakat saat ini telah dapat menerima keberadaan golongan transeksual seperti pemohon, terbukti banyaknya golongan transeksual yang dapat berprestasi dibanyak bidang dan diakui keberhasilannya oleh masyarakat,”<sup>535</sup> Sementara disisi lain “...menimbang, bahwa tidak dinafikan sebagian masyarakat yang lain menganggap perubahan kelamin sebagaimana dilakukan pemohon merupakan suatu yang melawan kodrat,”<sup>536</sup>

Pada titik dilematis ini seorang hakim dituntut memiliki kepekaan mengaitkan hukum, hak dasar kemanusiaan dengan moralitas, dan ketajamannya melihat kebutuhan hukum ke depan (visioner). Setelah mengerahkan segala rasionalitas dan mendengarkan opini masyarakat yang saling berseberangan, betapapun rasionalnya suatu deliberasi sampailah pada momen untuk mengambil keputusan. Hakim berpendapat dalam putusannya,<sup>537</sup>

”perbedaan pendapat dalam masyarakat merupakan hal yang wajar dan dapat dimaklumi mengingat keheterogenan masyarakat sehingga mengakibatkan pula

<sup>534</sup> Ibid. hal. 21

<sup>535</sup> Putusan Penetapan No. 19/Pdt.P/2009/PN.Btg., Op.Cit.

<sup>536</sup> Ibid.

<sup>537</sup> Ibid.

nilai yang dianut masyarakat menjadi heterogen, namun demikian pendapat tersebut tidak merupakan alasan bagi negara untuk tidak mengakui hak warga negaranya yang dijamin oleh hukum tertinggi negara yaitu UUD 1945.”

“...menyatakan pemohon yang semula bernama Agus Widoyo berubah menjadi Nadia Ilmira Arkadea...memerintahkan kepada Kepala Desa Bandar dan Camat Kecamatan Bandar Kabupaten Batang untuk mencatat perubahan jenis kelamin dan nama pemohon pada buku desa yang diperuntukan untuk itu ....”

Hak asasi manusia eksis bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat, termasuk bahwa hak itu tidak dapat dihilangkan atau dinyatakan tidak berlaku oleh negara. Manusia memilikinya karena ia manusia. Jadi, bukan karena berdasarkan hukum positif atau hukum yang berlaku, melainkan martabatnya sebagai manusia. Karena itu, hak-hak asasi seharusnya diakui.

Namun dalam praktik hukumnya mengakui hak tidak mudah. Disamping tidak diatur oleh undang-undang, pergantian kelamin itu oleh sebagian masyarakat dianggap bertentangan dengan moral. Pada kasus yang dilematis ini, hakim memadukan dan mempertimbangkan berbagai aspek filosofis (*moral feeling of justice*), yuridis (*based on legal principle*), sosiologis (persepsi, nilai-nilai, dan opini pro dan kontra di masyarakat), dan medis (pendapat ahli). Dengan kata lain, hakim dituntut memberikan argumentasi yuridis yang paling bisa diterima (akseptabel). Hakim rupanya menyadari, tuntutan Positivisme Hukum bahwa hanya norma-norma hukum positif boleh dipergunakan oleh hakim. Maka, agar argumentasi keadilan tidak defisit, dalam putusannya perlu dijustifikasi dengan konstitusi sebagai hukum tertinggi sehingga cukup alasan bagi hakim untuk menyatakan bahwa perubahan kelamin yang dilakukan oleh pemohon adalah sah. Dengan demikian, tuntutan Positivisme Hukum (keabsahan formal) dan keadilan (hak asasi manusia) terpenuhi.

Putusan hakim tersebut sekilas tidak dapat dikategorikan ke dalam baik norma-norma Hukum Kodrat maupun Positivisme Hukum. Padahal jika dicermati, hakim memadukan dua paradigma yang selalu bertikai itu dalam satu putusan. Di sinilah keunikan hukum sekaligus menunjukkan bahwa hukum sesungguhnya berada diantara (*in between*) ilmu dan seni.

## H. Kawin Lari (Putusan No. 232/Pid.B/2008/PN.Pra)

### Latar Belakang

Prosesi perkawinan suku Sasak, Pulau Lombok, Propinsi Nusa Tenggara Barat, cukup unik. Untuk urusan perjodohan orang Sasak menyerahkan semuanya pada anak, bila keduanya sudah saling suka, tidak perlu menunggu lama untuk menikah, si laki-laki akan melarikan gadis itu.

Melarikan gadis untuk dinikahi, menurut bahasa Sasak, disebut merarik. Caranya cukup sederhana, jika keduanya saling menyukai dan tidak ada paksaan dari pihak lain, gadis pujaan itu tidak perlu memberitahukan atau meminta izin kepada kedua orangtuanya. Menurut pandangan sebagian besar masyarakat Sasak, membawa lari gadis untuk dinikahi dengan melarikan dari rumah menjadi prosesi pernikahan yang lebih terhormat dibandingkan meminta kepada orang tuanya.

*”Saya pacaran dengan Baiq Ernawati selama satu tahun. Tetapi kedua orang tua Erna tidak setuju karena usia saya tua dan bukan dari kalangan bangsawan. Meski ditentang orang tua, Erna meminta saya untuk mengawininya. Lalu saya membawa lari Erna. Bukan menculiknya. Polisi dan Jaksa menganggap saya menculiknya, padahal sebagaimana tradisi adat Sasak, proses perkawinan didahului dengan membawa calon mempelai perempuan dibawa lari dulu. Erna lalu saya titip dan sembunyikan di di desa tetangga, dusun Lingkok Lime, Desa Setiling. Calon mertua yang tidak setuju mencari Erna ke rumah saya dan bertanya apa anaknya akan dikawini atau bagaimana ? Saya jawab: akan saya nikahi. Tetapi bapaknya Erna tidak terima dan bertanya: apa sudah punya akte cerai dengan mantan istri sebelumnya. Saya jawab, kalau itu yang dibutuhkan, besok saya urus.”<sup>538</sup>*

Orang tua Erna kemudian menuntut untuk dipertemukan dengan anaknya, tetapi Kacung menolak dengan alasan adat tidak diperbolehkan, kecuali di rumah kepala desa. Lalu mereka membuat kesepakatan bahwa Erna dititipkan di rumah Camat dan orang tua Erna bisa bertemu anaknya di rumah Camat tersebut. Setelah tiba di rumah Camat, bapaknya Erna bertanya kepada Erna, *”apa ingin kawin atau bagaimana ?”* Erna menjawab, *”saya ingin kawin.”*

Tiga hari kemudian, bapaknya Erna datang sambil membawa massa dua mobil. Mobil yang terakhir berisi anak muda yang mabuk dan mengeluarkan pisau. Kacung kemudian lari menyelamatkan diri. *”Padahal ada polisi di rumah pak Camat dengan senjata lengkap, tetapi tidak ada tembakan peringatan, hanya menyarankan*

<sup>538</sup> Wawancara dengan Kacung 15 April 2011

*saya lari ke Polsek. Setelah tiba di polsek ternyata tidak ada petugas piket. Lalu saya teriak maling sehingga keluar massa melindungi saya.*”<sup>539</sup>

Erna lalu dibawa pulang oleh ayahnya. Kacung kecewa. Ternyata masih ada empat orang anggota keluarga ayahnya Erna di rumah Camat dan dengan bantuan massa yang masih mempunyai hubungan keluarga menyandera empat orang tersebut. Akhirnya, sandera dibebaskan dengan kesepakatan bahwa Ernawati akan dikembalikan dan dinikahkan dengan Kacung. Selama Kacung mengurus akte cerai, Erna dititipkan di rumah Kadus Aik Darek.

Ketika Kacung mengurus akte cerai, orang tua Erna melaporkan penculikan dan membawa lari anak di bawa umur ke polisi. Lalu ada panggilan sebagai tersangka tetapi Kacung tidak memenuhi panggilan tersebut dan memilih mengembalikan Erna ke orang tuanya.

Erna yang dikurung oleh keluarganya berkali-kali berusaha melarikan diri. ”*Saya lari dari rumah sekitar jam 12 malam tetapi ditemukan keluarga dan dikurung. Saya kemudian menghubungi lewat HP untuk bertemu melarikan diri ke Suranadi (catatan peneliti: jarak Suranadi – Aik Darek sekitar 70 Km),”* kisah Erna.<sup>540</sup>

Kacung dan Erna kemudian memutuskan untuk menyeberang ke Bali dan menikah secara resmi di KUA Denpasar Barat. ”*Sepulang dari Bali, saya menjadi buronan polisi. Ketika saya bekerja di Sekotong, saya ditangkap polisi dan dituduh melakukan penculikan.*”

#### Duduk Perkara.

Muhamad Zaini alias Kacung, duda usia 45 tahun melakukan kawin lari dengan Baiq Ernawati. Kacung dijerat pasal 332 ayat 1 ke-1 KUHP, yakni membawa pergi seorang wanita yang belum dewasa tanpa mendapat persetujuan orang tuanya atau walinya tetapi dengan persetujuan si wanita tersebut. Menurut dakwaan Jaksa Penuntut Umum usia Baiq Ernawati belum dewasa (lahir 15 Januari 1991) dan ketika kasus kawin lari ini diperkarakan masih berusia 17 tahun. Tetapi, berdasarkan Surat Tanda Tamat Belajar Madrasah Ibtidaiyah, Baiq Ernawati lahir pada tanggal 26 November 1989 atau ketika ketika kasus kawin lari itu diperkarakan berusia 19 tahun.

#### Putusan Hakim

<sup>539</sup> Wawancara dengan Kacung 16 April 2011

<sup>540</sup> Wawancara dengan Baiq Ernawati 17 April 2011

1. Kacung membawa lari seorang perempuan (Baiq Erna) untuk dinikahi;
2. Kacung membawa lari seorang perempuan tanpa persetujuan orang tuanya;
3. Erna diketahui masih di bawah umur;
4. Unsur-unsur pasal 332 ayat 1 ke-1 KUHP terpenuhi dan menjatuhkan vonis pidana penjara selama 1 (satu) bulan dan 15 (lima belas) hari potong masa tahanan.

#### Analisis Putusan Hakim

Dalam pemeriksaan di pengadilan, menurut saksi Lalu Wira Putra (bapak dari Baiq Ernawati), bahwa terdakwa (Kacung) menculik anaknya yang masih dibawah umur pada tanggal 11 Januari 2008. Namun, menurut pengakuan Baiq Ernawati, pada malam sebelum saksi dibawa lari, saksi sendiri yang menelepon terdakwa agar segera melangsungkan pernikahan. Lalu, Kacung dan Baiq Ernawati melalui HP membuat janji dan merencanakan kawin lari keesokan harinya.<sup>541</sup>

Menurut budayawan Lombok M. Yamin bahwa prosesi sebelum pernikahan bagi masyarakat Lombok/Sasak harus didahului "merarik" (kawin lari) di mana si perempuan dibawa lari atas dasar suka sama suka untuk dinikahi tanpa harus meminta ijin orang tuanya. Awalnya yang membawa lari perempuan adalah orang kepercayaan si laki-laki supaya tidak terjadi persentuhan antara laki-laki dan perempuan sebelum pernikahan. Tetapi sekarang terjadi pergeseran, si laki-laki yang langsung membawa lari kekasihnya. Perempuan yang dilarikan tidak boleh dibawa ke rumah pihak laki-laki, melainkan disembunyikan di tempat kerabat atau orang kepercayaannya. Pihak laki-laki kemudian melapor ke pemerintahan setempat, biasanya kepala dusun (Kadus), bahwa ia telah melarikan gadis untuk dinikahi. Kadus pihak laki-laki yang mendapat laporan segera mendatangi Kadus di mana perempuan yang dilarikan itu tinggal dan menyampaikan bahwa warganya melarikan perempuan warga Kadus tersebut. Kadus pihak perempuan kemudian mengabarkan keluarga perempuan bahwa anaknya telah dilarikan oleh laki-laki untuk dinikahi. Paling lambat 3 (tiga) hari, pihak keluarga laki-laki mendatangi keluarga pihak perempuan untuk membenarkan apa yang disampaikan Kadus (*mesejati*)<sup>542</sup>. Kedua keluarga itu

<sup>541</sup> Sumber dari Putusan Pengadilan.

<sup>542</sup> Mesejati mengandung arti bahwa dari pihak laki-laki mengutus beberapa orang tokoh masyarakat setempat atau tokoh adat untuk melaporkan kepada kepala desa atau keliang/kepala dusun untuk memperlakukan mengenai perkawinan tersebut tentang jati diri calon pengantin laki-laki dan selanjutnya melaporkan kepada pihak keluarga perempuan.

kemudian bermusyawarah tentang proses selanjutnya, misalnya tentang hari pernikahan, *sorong serah*,<sup>543</sup> dan sebagainya.<sup>544</sup>

”Adat itu ada dan dipatuhi oleh masyarakatnya tetapi penampilannya tidak cukup terang sehingga hukum formal mudah sekali mengabaikannya,” kata M. Yamin.”Filosofi merarik, pertama, perempuan mempunyai kemerdekaan memilih calon suaminya, terutama menghindari kawin paksa karena berbeda strata. Kedua, untuk menikah itu tidak mudah, perlu keseriusan dan pengorbanan.”<sup>545</sup>

Menurut hakim yang memutus, HT, dalam kasus Merarik terjadi perselisihan antara hukum negara dan hukum informal. *”Kalau terjadi benturan hukum adat dan hukum formal, hukum adat biasanya yang dikesampingkan karena hukum formal lebih jelas aturannya. Walaupun hakim juga melihat hukum lokal, tetapi tetap hukum formal yang akhirnya harus digunakan.”*<sup>546</sup>

Dalam putusan, hal yang memberatkan, menurut pertimbangan majelis hakim, perbuatan terdakwa meresahkan masyarakat. Sedangkan, hal yang meringankan, terdakwa akan melaksanakan perkawinan secara baik-baik setelah proses pidana. Dari pertimbangan ini, ada yang perlu digaris bawahi bahwa *pertama*, pertimbangan hakim menunjukkan bahwa kawin lari dianggap meresahkan masyarakat. Bagaimana mungkin hakim bisa menilai suatu perbuatan yang meresahkan masyarakat jika perbuatan itu adalah tradisi ? Pertimbangan hakim bahwa kawin lari meresahkan justru berseberangan dengan masyarakat Sasak umumnya yang menganggap merarik (kawin lari) sebagai tradisi. *Kedua*, terdakwa akan melaksanakan perkawinan secara baik-baik setelah proses pidana. Ini berarti, dalam pandangan majelis hakim, merarik bukan proses perkawinan yang dilakukan secara baik-baik. Padahal *merarik* adalah salah satu proses perkawinan bagi masyarakat Sasak. Melarikan perempuan untuk dinikahi bukan suatu penculikan. Tetapi, hakim dalam putusannya sama sekali tidak memasukkan pertimbangan adat.

*”Hakim berusaha mendamaikan, tetapi jika orang tua korban ngotot ya bagaimana lagi maka kami harus meneruskan dan kembali kepada hukum*

---

<sup>543</sup> Sorong serah berasal dari kata sorong yang berarti mendorong dan serah yang berarti menyerahkan, jadi sorong serah merupakan suatu pernyataan persetujuan kedua belah pihak baik dari pihak perempuan maupun pihak laki-laki dalam prosesi suatu perkawinan.

<sup>544</sup> Wawancara dengan M. Yamin, 15 April 2011

<sup>545</sup> Wawancara dengan M. Yamin 23 April 2011

<sup>546</sup> Wawancara 19 April 2011

*formal. Logikanya sederhana karena pihak yang dirugikan melaporkan kasus tersebut ke polisi. Artinya apa ? Ada pihak yang tidak nyaman atau dirugikan. Alasan sesuai dengan hukum adat, perempuan atau korbannya berperan, suka sama suka, tidak berarti membebaskan terdakwa, karena tidak ada alasan pemaaf dan pbenar, melainkan hanya meringankan. Biasanya putusannya percobaan atau kalau ditahan cukup potong masa tahanan.”<sup>547</sup>*

Hakim kemudian dalam putusannya menjatuhkan vonis pidana penjara selama 1 (satu) bulan dan 15 (lima belas) hari potong masa tahanan. Setelah keluar dari penjara pihak orang tua Erna meminta Kacung menikahi anaknya. ”*Apa pernikahan saya dan Erna di Bali tidak sah ? Anehnya surat nikah yang digunakan juga surat nikah perkawinan di Denpasar ?*” Jelas Kacung. ”*Sekarang kami hidup bahagia dan dikaruniai seorang anak laki-laki.”<sup>548</sup>*

Putusan hakim yang mempidana pelaku Merarik di dalamnya sarat perselisihan paradigma antara Positivisme Hukum, Mazhab Hukum Sejarah, dan *Sociological Jurisprudence*. Muncul pertanyaan: Apakah kawin lari (Merarik) adat Sasak ini masih diakui oleh negara dan dilindungi oleh konstitusi ? Jika masyarakat Sasak yang melakukan Merarik (kawin lari) dijerat hukum pidana bukankah seolah-olah hukum adat tersebut identik dengan kejahatan dari kacamata hukum formal, padahal disisi lain ia merupakan hukum yang hidup di masyarakat? Apakah pemidanaan bagi pelaku kawin lari, terutama yang membawa anak di bawah umur sebagai upaya rekayasa sosial (social engineering), merubah perilaku tradisional masyarakat menjadi lebih modernis ?

Mazhab Sejarah mengajarkan bahwa hukum tidak dibuat melainkan tumbuh bersama dengan masyarakat (*Das Recht wird nicht gemacht, est ist und wird mit dem Volke*). Volkgeist, menurut von Savigny, ‘unik, tertinggi, dan realitas mistis’ sehingga ia tidak dipahami secara rasional melainkan dipersepsikan secara intuitif. Volkgeist tidak didesain, lahir secara alamiah sebagai warisan bangsa (*the biological heritage of people*).<sup>549</sup>

Mazhab Hukum Sejarah, menolak Positivisme Hukum. Pemikiran Positivisme Hukum yang menyatakan bahwa hukum dibuat oleh penguasa yang sah, oleh pemikir utama Mazhab Hukum Sejarah , von Savigny, dianggap gagal mengapresiasi

<sup>547</sup> Wawancara dengan Harris Tewa 20 April 2011

<sup>548</sup> Wawancara dengan Kacung 21 April 2011

<sup>549</sup> Lihat, MDA. Freeman, Llyod Introduction to Jurisprudence, London: Sweet Maxwell, 2001, hal. 905.

sumber hukum yang sesungguhnya.<sup>550</sup> Pertumbuhan hukum pada dasarnya adalah proses yang tidak disadari dan organis. Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan adalah kurang penting dibandingkan dengan adat-kebiasaan.

Perbedaan tajam antara mazhab Sejarah Hukum terhadap Positivisme Hukum terletak pada sumber dan bentuk hukum. Jika Positivisme Hukum lebih menekankan hukum pada bentuk formalnya, maka Mazhab Hukum Sejarah berpendapat sebaliknya, tidak hanya penguasa, rakyat yang terdiri dari kompleksitas unsur individu dan kelompok juga mempunyai kekuatan melahirkan hukum. Hukum, menurut mazhab Hukum Sejarah, bukan diciptakan melainkan ditemukan.

Ketegangan antara dua mazhab ini diredakan oleh mazhab *Sociological Jurisprudence* yang mencoba mengambil ”jalan tengah” dengan mensintesis basis argumentasi yang berkembang pada kedua mazhab itu. Tokoh utama dibalik mazhab *Sociological Jurisprudence* adalah Eugen Ehrlich dan Roscoe Pound. Ajaran dari Eugen Ehrlich bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the centre of gravity of legal development is not in legislation, nor in juristic, nor in judicial decision, but in society*).<sup>551</sup>

Rumusan tersebut menunjukkan kompromi yang cermat antara hukum tertulis sebagai kebutuhan masyarakat hukum demi adanya kepastian hukum dengan *living law* sebagai wujud penghargaan terhadap pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan hukum.

Dalam kasus Merarik di bawah umur,<sup>552</sup> hakim dihadapkan benturan antara ”hukum yang hidup” (*living law*) dan hukum positif yang melarang seseorang membawa lari anak dibawah umur tanpa ijin orang tuanya apalagi untuk dikawini. Hakim, menurut Pasal 5 UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Apa yang disebut nilai-nilai hukum yang hidup ini tentu lebih luas dari hukum adat. Eugen Ehrlich, misalnya, mengartikan ”*living law*” sebagai berikut:

<sup>550</sup> Friederich Karl von Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (diterjemahkan A. Hayward), New York: Arno Press, 1931 dikutip oleh Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Op.Cit., hal. 29.

<sup>551</sup> Lihat, M.D.A. Freeman, *Llyod's Introduction to Jurisprudence* (London: Sweet & Maxwell LTD), 2001, hal659 – 700.

<sup>552</sup> Catatan: Merarik tidak selalu melibatkan anak di bawah umur, tapi ada kalanya yang melakukan Merarik di bawah umur dan tidak ada larang adat bagi perkawinan di bawah umur asal dilalui semua prosesi adat dengan benar.

*“The living law is the law which dominates life itself even though it has not been posited in legal propositions. The source of our knowledge of this law is, first, the modern legal document; secondly, direct observation of life, of commerce, of customs and usages and of all associations, not only those that the law has recognised but also of those that it has overlooked and passed by, indeed even of those that it has disapproved.”*<sup>553</sup>

(terjemahan bebasnya: Hukum yang hidup adalah hukum yang mendominasi kehidupan itu sendiri walaupun belum diletakkan dalam proposisi hukum. Sumber pengetahuan kita tentang hukum ini adalah, pertama, dokumen hukum modern, kedua, observasi langsung tentang kehidupan, perdagangan, adat istiadat dan kebiasaan dan semua asosiasi (gabungan), bukan hanya hukum yang telah diakui tetapi juga yang telah diabaikan dan berlalu, bahkan yang telah ditolak).

Mazhab *Sociological Jurisprudence*, terutama yang dikembangkan Eugen Ehrlich, sesungguhnya memberikan perhatian besar terhadap hukum yang hidup (living law). Tetapi, tentu saja tidak semua hukum yang hidup harus diakomodasi si pembentuk hukum, sebab hukum akhirnya juga didayagunakan sebagai “social engineering”. *Sociological Jurisprudence* tumbuh berakar pada masyarakat Barat yang rasional. Kalau pun kalangan *Sociological Jurisprudence* memberi perhatian besar kepada “living law”, tetapi “living law” dipahami sebagai pilihan rasional. Berbeda dengan motivasi masyarakat adat mematuhi “living law”, mereka tinggal menerima “living law” sebagai kebenaran tanpa perlu memikirkan untung-ruginya sehingga tidak selalu harus dirasionalkan.

Di Indonesia, ajaran *Sociological Jurisprudence* selalu dihubungkan dengan “law as a tool of social engineering”. Istilah “law as a tool of social engineering” selalu diidentikkan dengan mantan Dekan Harvard Law School, Roscoe Pound, dengan merujuk pada buku karya monumentalnya yang berjudul : “Jurisprudence”. Istilah “law as a tool of social engineering” pertama kalinya di tahun 1970-an, diperkenalkan di Indonesia oleh alumni Harvard Law School, Mochtar Kusumaatmadja. Mochtar Kusumaatmadja menerjemahkan “Law as a tool of social engineering” = hukum sebagai rekayasa sosial, memberikan pemahaman bahwa penggunaan hukum sebagai “rekayasa sosial”, bersifat “top down”, yaitu semua

---

<sup>553</sup> Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, diterjemahkan oleh Walter Moll, dengan kata Pengantar Roscoe Pound (New York, Russell and Russell, 1936; 1962, hal. 493).

pembuatan dan kebijakan hukum harus berasal dari pemerintah, bukan bersifat "bottom up".<sup>554</sup>

Roscoe Pound dalam bukunya "Jurisprudence" memang sama sekali tidak pernah menggunakan istilah "*law as a tool of social engineering*" dan di dalam indeks buku itu sama sekali tidak ditemukan satupun tema "*law as a tool of social engineering*." Namun bagi yang menafsirkan ajaran Roscoe Pound sebagai "*law as a tool of social engineering*" juga tidak keliru karena jantung ajaran Pound adalah bagaimana mendayagunakan hukum sebagai alat rekayasa sosial. Bagi Pound, ilmu hukum kurang lebih sama dengan teknologi, karena itu analogi "engineering" dapat diterapkan pada masalah hukum dan sosial, sebagaimana dikatakan Pound:

*"This practical measure is found (and long has been found in fact, though not in conscious theory) in an idea of social engineering, using the term "engineering" in the sense in which it is used by industrial engineers. It is found in an idea of giving the most complete security and effect to the whole scheme of human demands or expectations ....with the least sacrifice of the scheme as a whole, the least friction, and the least waste. This ...is a problem of all the social sciences. In sociological jurisprudence we treat it as a special problem of achieving this recognition and securing of the scheme of human expectations by means of the legal order, by means of the body of established norms of precepts, technique of developing and applying them and received ideals in the light of which they are developed and applied, and by means of the judicial and administrative processes."*<sup>555</sup>

(Ukuran ini praktis ditemukan (dan lama telah ditemukan pada kenyataannya, meskipun tidak dalam teori) dalam sebuah ide dari rekayasa sosial, dengan menggunakan "rekayasa" dalam arti yang digunakan oleh para insinyur industri. Hal ini ditemukan dalam sebuah ide memberikan keamanan yang paling lengkap dan pengaruh skema seluruh tuntutan atau harapan manusia .... dengan sedikit pengorbanan dari skema secara keseluruhan, sedikit friksi, dan sedikit kemubasiran. Hal ini ....adalah masalah dari semua ilmu-ilmu sosial. Dalam *sociological jurisprudence* kita memperlakukannya sebagai masalah khusus mencapai pengakuan dan perlindungan dari skema harapan manusia dengan alat tatanan hukum, dengan alat kaidah yang dibentuk dari ajaran, teknik pengembangan dan penerapan (*social engineering*) dan cita-cita yang diterima dalam cahaya yang mereka kembangkan dan terapkan, dan melalui proses peradilan dan administrasi.)

---

<sup>554</sup> Pandangan tersebut, di tahun 1970-an sempat memunculkan wacana bahwa Mochtar Kusumaatmadja menggunakan istilah "hukum sebagai alat rekayasa sosial" untuk melakukan justifikasi terhadap program pembangunan pada masa rezim Orde Baru sehingga dikenal sebagai Teori Hukum Pembangunan.

<sup>555</sup> Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Volume I, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, hal 346 -347.

*Social engineering*, menurut Pound, dapat diefektifkan dalam proses yudisial dan administratif. Karena itu, bagi penganut *sociological jurisprudence*, sangat penting mencermati sejauh mana putusan-putusan hakim/administrasi berpengaruh positif bagi masyarakat. Tetapi Mochtar menyadari bahwa Indonesia yang mengikuti tradisi Civil Law, peranan perundang-undangan dalam proses "social engineering" lebih menonjol jika dibandingkan dengan Amerika Serikat yang lebih mengandalkan "the judge made law". Terlebih lagi, pengaruh Positivisme Hukum klasik sangat kuat mengakar di Indonesia. *Social engineering* kemudian lebih mengandalkan pembentukan hukum melalui pembuatan peraturan perundang-undangan.

Apabila dipetakan persamaan cara pandang Sociological Jurisprudence dengan Mazhab Hukum Sejarah: sama-sama melihat hukum dan masyarakat sebagai suatu yang tidak terpisah dan saling berhubungan. Perbedaan mendasar adalah cara melihat fungsi hukum. Jika Mazhab Hukum Sejarah memahami hukum lebih romantik, Pound mengandaikan hukum seperti "teknologi". Karena itu, fungsi hukum, menurut pandangan Pound, bukan hanya sebagai pengendalian sosial (*social control*) seperti ketertiban (*social order*) dan penyelesaian sengketa (*dispute settlement*) melainkan lebih dari itu, sebagai rekayasa sosial (*social engineering*). Sebagaimana saran Pound: "...I have suggested thinking of jurisprudence as a science of social engineering."<sup>556</sup>

Jika selama ini hukum diandaikan berjalan tertatih-tertatih mengikuti kenyataan sosial ("*het recht hinkt achter de feiten aan*"), maka dalam konsep "social engineering" hukum justru berada di depan kenyataan sosial dan hakim diharapkan oleh Pound menjadi "social engineer." "*The task of the lawyer as "social engineer", formulated a programme of action, attempted to gear individual and social needs to the values of Western democratic society.*"<sup>557</sup> Cara berpikir modernis yang cenderung menuju kebaruan akan mudah berbenturan dengan cara berpikir tradisional yang bersikukuh mempertahankan nilai-nilai lama. Ketika hukum didayagunakan sebagai rekayasa sosial, tentu akan berbenturan dengan tradisi-tradisi yang sebelumnya mapan. Tradisi terguncang karena ia "dipaksa" berubah melalui rekayasa sosial. Namun, pembaruan melalui rekayasa sosial yang ditawarkan Roscoe Pound tidak bersifat radikal dan lebih menekankan kemanfaatan praktis (pragmatis). Tentang

<sup>556</sup> Ibid., hal. 545

<sup>557</sup> MDA Freeman, Op.Cit, hal. 678.

tradisi Merarik di bawah umur, misalnya, bagi *Sociological Jurisprudence* berseberangan dengan perkembangan masyarakat modern. *Sociological Jurisprudence* akan merekayasa perilaku dan kebiasaan Merarik di bawah umur itu melalui putusan hakim. Putusan hakim yang mempidana Kacung dalam kasus Merarik tentu tidak “netral”, disadari atau tidak, pertimbangannya lebih dekat (diantara) ajaran Positivisme Hukum dan *Sociological Jurisprudence* sekaligus menegasi Mazhab Hukum Sejarah.

## 2. Refleksi: Perselisihan antara Kepastian dan Keadilan

“Calon hakim ketika dalam pendidikan dilatih berulang-ulang; apakah pengambilan sebuah bullpen secara tidak sah adalah pencurian. Kalau itu nilainya diatas Rp. 250, walau itu hanya bullpen seharga Rp. 1000, maka sudah terpenuhi unsur pidana,”<sup>558</sup>

Pengadilan yang kelihatan tenang dari luar ternyata di dalamnya sarat dengan perselisihan antara kepastian dan keadilan. Perselisihan antara kepastian hukum dan keadilan seolah tidak bisa didamaikan dan menjadi perselisihan permanen. Dalam kasus Minah (Pencurian Tiga Kakao), Manisih (Pencurian Sisa Randu), Hamdani (Pencurian Sandal Bolong), kasus Riba, Pohon Mangga, Pergantian Kelamin, dan Kawin Lari tampak jelas bagaimana perselisihan antara kepastian hukum dan keadilan.

Bagi pihak yang mengunggulkan keadilan menuntut agar hukum positif selalu dipertanggungjawabkan validitasnya pada nilai-nilai keadilan. Dengan demikian, nilai-nilai keadilan merupakan “kontrol transendental” terhadap kemungkinan untuk memanipulasikan hukum demi kepentingan-kepentingan pihak yang berkuasa. Keabsahan suatu hukum positif tidak semata-mata didasarkan pada wewenang pihak yang membuatnya, melainkan tergantung apakah isinya sesuai dengan nilai-nilai keadilan.

Ternyata, argumentasi ini bukan berarti final dan tidak bisa dipertanyakan. Semua standar dan kriteria keadilan, tak akan pernah dapat dibuktikan betul-tidaknya secara empirik, maka teori-teori tentang Keadilan selalu mencari sumber

---

<sup>558</sup> Wawancara dengan seorang hakim yang memutus kasus “Sisa Penen Randu” (kasus Manisih), 25 Februari 2010.

pembenarannya pada intuisi, gagasan, atau cita-cita yang dianut oleh seorang filosof atau pemikir tertentu. Menggantungkan keberlakuan hukum positif kepada prinsip-prinsip yang abstrak tentu akan mengaburkan kepastian hukum. Kalau setiap filsuf, hakim, jaksa, dan advokat berselisih pendapat tentang keadilan bagaimana pemecahannya? Siapa yang mempunyai otoritas untuk memutuskan pendapat mana yang benar tentang keadilan? Sementara keadilan tidak dapat dipastikan secara obyektif dan setiap orang bahkan filosof mempunyai pandangan sendiri tentang apa yang menjadi prinsip-prinsip keadilan.

Kelemahan-kelemahan tentang argumentasi tentang keadilan itu membuka pintu bagi aliran-aliran hukum untuk melakukan kritik, misalnya Positivisme Hukum yang lebih mengutamakan kepastian hukum dibandingkan keadilan. Cara pandang Positivisme Hukum yang formalistik menghilangkan kemungkinan untuk mempertanyakan apakah norma yang diundangkan (hukum positif) itu adil atau tidak. Betapapun buruknya, asal norma itu sudah menjadi hukum positif, hakim dan masyarakat terikat kepadanya.<sup>559</sup>

Hakim yang positivistik-formalistik tidak perlu susah-payah berpikir mencari dasar hukumnya karena sudah ada norma hukum yang tersaji dan siap pakai sebagai premis mayor. Hakim tinggal mengumpulkan peraturan-peraturan yang ada, memilah-milah, atau mengorganisir hukum positif yang akan dicocokkan dengan fakta.

Dalam silogisme, norma dikategorikan sebagai premis mayor dan fakta dianggap sebagai premis minor. Karena norma didudukan sebagai premis mayor maka ia (norma) diasumsikan lebih luas dari fakta. Premis mayor berposisi sebagai “konsep ortodoksi” yang secara aksiomatis dianggap mampu mencakup, melingkupi, bahkan mengantisipasi semua persoalan di masyarakat. Semua fakta ditampung dalam norma, sehingga norma dalam premis mayor mengikat dan menyerap fakta-fakta apapun permasalahannya.

Sebaliknya, fakta (premis minor) yang dianggap lebih kecil dari norma tidak dapat mempengaruhi eksistensi premis mayor karena premis mayor (norma) tidak

---

<sup>559</sup> Permasalahannya, bagaimana jika hukum yang seharusnya melindungi masyarakat dari kejahatan, justru dipakai untuk mengabsahkan kejahatan-kejahatan? Bagaimana jika hukum positif digunakan oleh penguasa (dan kelas atas) untuk mensahkan perbuatan-perbuatan yang terang-benderang bertentangan dengan paham masyarakat tentang apa yang adil? Bagaimana kalau hukum positif tidak sesuai dengan perkembangan masyarakatnya karena hukum positif cenderung reaktif diciptakan setelah berbagai pengalaman buruk dalam berbagai kasus telah terjadi? Apakah hakim harus tetap berposisi sebagai corong undang-undang?

memerlukan penjelasan di luar dirinya. Premis minor (fakta) harus mengikuti undang-undang (premis mayor). Sehingga, fakta akan ditolak apabila tidak logis dan tidak memenuhi unsur-unsur dalam norma hukum. Pada titik ini, premis mayor merasa “cukup pada dirinya”. Fakta-fakta yang tidak bisa diverifikasi dalam premis mayor, dianggap “anomali”. Fakta yang dianggap “anomali” kemudian direduksi.

Walaupun silogisme penting dan perlu, dalam praktik penalaran hukum tidak sesederhana dan selinier itu. Aturan hukum yang dipandang sebagai premis mayor selalu memerlukan interpretasi dalam konteks kenyataan faktual yang konkret. Selain itu, dinamika kehidupan selalu memunculkan situasi baru yang terhadapnya belum ada aturan eksplisit yang secara langsung dapat diterapkan. Itu sebabnya, aturan hukum selalu mengalami pembentukan dan pembentukan ulang (dengan interpretasi). Premis minornya berupa fakta yuridis, yakni fakta-fakta dari sebuah kasus dalam masalah hukum, juga tidak begitu saja terberi, melainkan harus dipersepsi dan dikualifikasi dalam konteks aturan hukum yang relevan, untuk kemudian diseleksi dan diklasifikasi berdasarkan kategori-kategori hukum. Jadi, fakta yuridis bukanlah “bahan mentah”, melainkan fakta yang sudah diinterpretasi dan dievaluasi.<sup>560</sup>

Artinya apa ? Hukum positif (premis mayor) dan fakta (premis minor) tidak pernah bicara dengan sendirinya melainkan diinterpretasi dalam kerangka paradigma atau cara pandang tertentu, Sementara paradigma dipengaruhi oleh pendidikan, proses-proses psikologis, orientasi seksual, ideologi, dan sebagainya. .

Namun persoalannya, interpretasi dalam silogisme seperti dalam sangkar besi (iron cage), karena jawaban (konklusi) diam-diam sebenarnya sudah “tersedia” dalam premis mayor. Konstruksi pengadilan yang mendudukan para pihak saling berkontradiksi, seolah para pihak sedang berdebat dalam pencarian kebenaran yang mendasar, padahal mereka tidak sedang berdebat sama sekali karena harus menyesuaikan konsep kebenaran di muka, yakni premis mayor. Awalnya kelihatan seperti perdebatan logis, tetapi karena premis mayor selalu mengafirmasi dirinya secara terus- menerus sehingga apa yang disebut “logis” berubah menjadi “ideologis”. Ketika sudah menjadi ideologis akan cenderung mencampuradukkan antara pernyataan, kenyataan, dan kebenaran. Jika demikian, masih layakkah Positivisme Hukum menganggap kebenaran hukum adalah kebenaran obyektif ? Pada titik ini,

---

<sup>560</sup> B. Arief Sidharta, Struktur Ilmu Hukum, Op.Cit., hal. 21.

obyektivisme Positivisme Hukum ternyata tidak dapat dipertahankan secara konsekuen dalam ranah hukum.

Meski obyektivisme adalah suatu yang tidak mungkin dalam hukum ia diandaikan "ada", yakni dalam dan berupa hukum positif. Bagi kaum positivistik, hukum positif dapat memberikan kepastian hukum karena kita mengenali apa yang dilarang dan diperbolehkan dari hukum positif tersebut. Karena itu, Ius (keadilan) yang abstrak agar bisa diverifikasi harus dipositifkan (*ius constitutum*) terlebih dulu menjadi rumusan hukum positif. Implikasinya, kepatuhan terhadap hukum positif dianggap adil, sebaliknya pelanggarannya dianggap tidak adil. Dengan kata lain, hukum positif menentukan keadilan.

Apabila keadilan diidentikan dengan hukum positif, mengandung konsekuensi pencarian keadilan dibatasi dan terbatas hanya pada rumusan hukum positif. Meski mungkin saja keadilan bisa didekati dari apa yang legal-formal, keadilan tidak bisa direduksi pada hukum positif. Karena begitu keadilan direduksi hanya pada hukum positif, maka pencarian keadilan di luar tatanan hukum positif akan dihentikan.

Kita tidak bisa menarik batas yang jelas dan pasti antara hukum dan keadilan, tetapi kita bisa menggambarkan bahwa keadilan adalah suatu konsep yang jauh melampaui hukum sehingga keadilan tidak bisa sepenuhnya dipastikan dalam rumusan hukum. Hukum tanpa keadilan tidak layak lagi disebut hukum, tetapi keadilan tanpa hukum tetaplah keadilan, meskipun keadilan yang "defisit".<sup>561</sup> Jadi, keadilan itu tidak terbatas, dalam arti ia tidak bisa dibatasi dalam definisi tertentu, atau direduksi pada hukum tertentu, atau diderivasi pada sesuatu yang dianggap pasti.

Hukum positif, betapa pun lengkapnya, tetap saja terbatas. Apa yang dinamakan hukum pada titik tertentu habis dan tidak berguna lagi. Terutama akan terlihat jelas dalam "hard cases". Bilamana "hard cases" demikian dihadapkan pada hakim, maka ia tidak dapat menemukan jawabannya dalam hukum.<sup>562</sup> Disinilah peranan hermeneutika. Putusan agar mendekati keadilan, maka setiap putusan hakim haruslah diambil melalui interpretasi, karena setiap kasus pada hakikatnya unik dan dinamis. Interpretasi dan reinterpretasi perlu dilakukan dalam rangka mendekati hukum pada tujuannya: keadilan. Namun dalam interpretasi, rehabilitasi isi makna

<sup>561</sup> Karena itu, agar keadilan tidak "defisit", maka diperlukan hukum sebagai "jembatan" untuk "mendekati" keadilan. Antara keadilan dan hukum ada kesaling-hubungan, meski keduanya tidak identik. Hukum sebagai sarana dan keadilan adalah tujuan.

<sup>562</sup> A. Soteman, Kebenaran Menurut Ilmu Hukum, Oratio Perpisahan, diterjemahkan oleh Tristam P. Moeliono, 2009, hal. 2.

yang orisinal pada teks adalah ketidakmungkinan karena jarak waktu antara pembentuk hukum dan penafsirnya. Mengembalikan teks hukum pada satu-satunya makna, tidak hanya tidak mungkin, melainkan juga semakin menjauhkannya dari makna keadilan.

Dalam kasus Pencurian Tiga Kakao, Pencurian Sisa Panen Randu, Pencurian Sandal Bolong, Riba, Pohon Mangga, Pergantian Kelamin, dan Kawin Lari, meskipun keadilan tidak bisa diendus oleh inderawi, kita dapat menilai (meski tidak dapat dikuantifikasi tepat seratus persen) putusan mana yang berkualitas dan mendekati keadilan. Putusan yang mendekati keadilan tentu bukan putusan yang penalarannya hanya menempatkan hakim sebagai corong undang-undang. Kita bisa menilai putusan yang berkualitas dan mendekati keadilan adalah putusan yang hakim-nya bukan hanya membaca teks, tetapi berusaha menafsirkan dan merenungkan tentang apa makna dalam teks, berusaha berdialog dengan konteks, serta melibatkan nuraninya.

## BAB V

### KEBENARAN DALAM PERSPEKTIF ILMU HUKUM

Bagi Positivisme, kebenaran adalah sesuatu yang jika sekali diperoleh tidak akan bisa diragukan lagi; kebenaran harus mencapai tingkat kepastian. Prinsip yang obyektivistik  *mungkin* bisa diberlakukan dalam Ilmu-ilmu Alam karena mendasarkan diri pada kebenaran korespondensi dan koherensi.

Selama beberapa dasawarsa pertama Abad ke-19 banyak ilmuwan yang beranggapan bahwa alam semesta berjalan seperti mesin: bahwa bagian-bagiannya terdiri dari gugus-gugus materi bergerak yang tak berwarna, tak berbau, dan tak berbunyi itu. Seandainya pada suatu ketika orang memiliki pengetahuan lengkap tentang “mesin” itu, menurut ahli astronomi Perancis Laplace, maka seorang ahli matematika secara teoritis akan mampu menghitung dan meramalkan semua keadaan “mesin” itu kemudian hari dan segala peristiwa mendatang.<sup>563</sup>

Akan tetapi pada abad ke-21 para ahli Matematika dan Fisika mulai mengakui bahwa mereka hanya sanggup merumuskan beberapa segi saja dari alam semesta dengan memakai rumus-rumus matematika. Werner Heisenberg beserta rekan-rekannya ahli fisika kuantum menemukan bahwa di dunia atom sebab dan akibat tidak terpaud secara mekanis, bahwa satu sebab dapat mempunyai akibat lebih dari satu, yang masing-masing ditentukan oleh “kemungkinan”: bahwa tak seorang pun mampu meramalkan akan terjadinya suatu rangkaian peristiwa sesudah suatu peristiwa yang lain, kecuali sebagai kemungkinan yang dapat dihitung-hitung.<sup>564</sup>

Artinya apa? Visi dari aktivitas ilmiah adalah memang ditujukan untuk mendapatkan kebenaran final dari hakekat realitas. Akan tetapi kepastian dan kebenaran final, mungkin tidak akan pernah dicapai dalam kehidupan manusia. Kebenaran-kebenaran ilmiah yang telah dicapai selama ini dan yang akan datang adalah kebenaran-kebenaran sementara yang akan selalu berubah dan disempurnakan terus menerus dalam perjalanan waktu. Kebenaran-kebenaran ilmiah yang dicapai selama ini adalah jawaban-jawaban sementara dari pertanyaan-pertanyaan yang diajukan. Teori-teori ilmiah yang telah terakumulasi selama ini pada masing-masing

<sup>563</sup> Lihat, Pierre Simon Laplace, *A Philosophical Essay on Probabilities*, diterjemahkan oleh Frederick Wilson Truscott dan Frederick Lincoln Emory, New York: Dover Publications, 1951

<sup>564</sup> Pemikiran Werner Heisenberg tentang Ketidakpastian dalam Fisika bisa ditemukan dalam <http://www.thebigview.com/spacetime/uncertainty.html>; <http://www.spaceandmotion.com/physics-quantum-mechanics-werner-heisenberg.htm>.

disiplin keilmuan tidak lebih adalah dari hasil persetujuan atau kesepakatan para ilmunan dibidang masing-masing, melalui penemuan-penemuan, proses dialog-dialektika, berdasarkan kriteria kriteria tertentu, dan dipengaruhi ruang dan waktu.

Ilmu Hukum tidak dapat mengabaikan terhadap perubahan fundamental yang terjadi dalam perkembangan ilmu pengetahuan. Perkembangan pemikiran dalam ilmu pengetahuan tidak dapat dibiarkan berada di luar ranah Ilmu Hukum. Hukum tidak akan mampu menghadapi kehidupan yang semakin kompleks dan saling bergantung bila selalu tertutup dan mengisolasi diri.

Dalam Ilmu-ilmu Alam, misalnya Fisika yang mengklaim dirinya sebagai ilmu yang paling pasti, akhirnya mengakui adanya asas ketakpastian. Lalu bagaimana mungkin Ilmu Hukum yang berhubungan dengan tata hukum positif, berhubungan dengan manusia atau masyarakat, berhubungan dengan nilai dan budaya, masih bertahan meyakini kepastian hukum? Keraguan mengenai kepastian merupakan pintu masuk untuk membicarakan tentang kebenaran hukum atau kebenaran dalam hukum.

Apakah “kebenaran” itu? Inilah pertanyaan abadi yang dicari manusia sepanjang zaman. Dalam filsafat umumnya dikenal empat teori kebenaran yakni; teori korespondensi, koherensi, pragmatisme, performatif,<sup>565</sup> dan intersubyektif. Keberadaan teori-teori kebenaran ini tidak hanya menunjukkan optik yang digunakan untuk menemukan kebenaran berbeda-beda, tetapi juga memperlihatkan “kebenaran” menurut perspektif manusia selama ini ternyata tidak tunggal. Bahkan, klaim kebenaran-kebenaran itu bersaing satu dengan lainnya.

#### **a. Teori Kebenaran Koherensi**

Teori koherensi ini dirintis oleh Plato yang beranggapan bahwa pengetahuan sejati adalah pengetahuan tunggal yang tidak berubah-ubah, yaitu pengetahuan yang menangkap idea-idea. Pengetahuan manusia bersifat *a priori* (mendahului pengalaman), sudah melekat pada rasio itu sendiri, maka tugas manusia hanyalah mengingat kembali apa yang sudah ada secara *a priori* di dalam rasionya, yaitu idea-idea. Kebenaran *a priori* adalah kebenaran dari akal budi sehingga dikelompokkan dalam ilmu-ilmu formal. Jalur rasionalitas ini menampakan diri kembali di dalam

<sup>565</sup> Peneliti tidak membahas lebih jauh mengenai kebenaran performatif. Teori performatif dikembangkan oleh Frank Ramsey, Peter Strawson, dan sebagainya. Menurut teori ini, suatu pernyataan dianggap benar kalau pernyataan itu menciptakan realitas. Sebagai contoh: “Saya bersumpah akan menjadi suami yang setia untung atau malang” seakan pernyataan itu sama dengan realitas.

filsafat modern, tampil filsuf seperti Rene Descartes, Malebranche, Spinoza, Leibniz, dan Wolff. Mereka beranggapan bahwa pengetahuan sejati dapat diperoleh dalam rasio sendiri dan bersifat a priori, yang menghasilkan pernyataan-pernyataan logis, analitis, dan matematis.<sup>566</sup>

Menurut teori koherensi, kebenaran tidak ditentukan kesesuaian antara proposisi dengan kenyataan, melainkan dalam relasi antara proposisi baru dengan proposisi yang sudah diterima sebagai kebenaran.<sup>567</sup> Fakta diandaikan sebagai premis minor, sedangkan teori dan proposisi yang dianggap benar diandaikan sebagai premis mayor. Misalnya contoh klasik ketika Socrates harus menghadapi hukuman minum racun. Pernyataan bahwa (a) semua manusia pasti mati (premis mayor); (b) Socrates adalah manusia (premis minor); maka dapat ditarik kesimpulan (c) Socrates pasti mati. Dalam kebenaran koherensi, kebenaran (c) Socrates pasti mati sesungguhnya sudah terkandung dalam kebenaran premis mayor (a) bahwa semua manusia pasti mati.

Mengikuti teori koherensi, maka hukum harus bisa diprediksikan (*predictability*), tidak berubah-ubah atau stabil (*stability*), dan menjamin kepastian (*certainty*). Teori koherensi berguna bagi praktik hukum terutama dalam mengkonstatasi peraturan. Tetapi, teori koherensi sulit diterapkan dalam ranah hukum secara keseluruhan. Teori koherensi mendefinisikan nilai kebenaran dan pernyataan-pernyataan lainnya, dan bukan relasinya dengan fakta. Oleh karena itu, teori koherensi merupakan sebuah ontologi anti-realisme. Masalah utama, teori kebenaran koherensi bahwa teori ini gagal membedakan antara teori pembenaran (*theory of justification*) dan teori kebenaran (*theory of truth*). Teori kebenaran koherensi akan menjadi masalah apabila dipraktikkan dalam ranah hukum secara mutlak. Misalnya, konstruksi pengadilan yang mendudukan para pihak saling berhadapan, seolah para pihak sedang berdebat dalam pencarian kebenaran yang mendasar, padahal sesungguhnya mereka tidak sedang berdebat sama sekali karena argumentasi harus menyesuaikan konsep kebenaran dalam premis mayor, yakni hukum positif yang diandaikan sebagai premis mayor. Awalnya kelihatan seperti perdebatan logis, tetapi karena premis mayor selalu mengafirmasi dirinya secara terus-menerus, apa yang disebut “logis” berubah menjadi “ideologis”, sehingga tidak dibedakan mana kebenaran, pembenaran,

<sup>566</sup>Lihat: <http://en.wikipedia.org/wiki/Rationalism>;

<sup>567</sup> Davidson, D., ‘A Coherence Theory of Truth and Knowledge,’ *Truth And Interpretation, Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, Ernest LePore (ed.), Oxford: Basil Blackwell, 1986, 307-319. Lihat juga, <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence/>.

kenyataan, dan pernyataan. Walaupun dari premis-premis lahir kesimpulan, namun kesimpulan itu tidak mengandung sesuatu yang baru melebihi apa yang telah ada di dalam premis mayor. Kebenaran koherensi cenderung dibatasi repetisi. Implikasinya, terobosan hukum tidak akan pernah lahir karena selalu mencocokkan pada premis mayor.

### **b. Teori Kebenaran Korespondensi**

Menurut teori korespondensi bahwa suatu pernyataan, ide, konsep, atau teori yang benar harus mengungkapkan realitas sebenarnya. Sebagai contoh: “bumi bulat, berotasi, dan mengelilingi matahari” adalah suatu pernyataan yang benar karena pernyataan itu bisa dibuktikan (diverifikasi) dengan fakta atau kenyataan.

Kebenaran korespondensi, mementingkan peranan pengalaman dan pengamatan empiris terhadap objek pengetahuan karenanya bersifat *a posteriori* (didahului pengalaman). Pengetahuan bersifat *a posteriori*, maka tugas manusia adalah mengamati unsur-unsur yang berubah-ubah dan melakukan abstraksi terhadap unsur-unsur itu sehingga dari yang partikular dapat dimunculkan yang universal. Kebenaran *a posteriori* adalah kebenaran yang berasal dari pengalaman. Pengetahuan tidak boleh melampaui fakta, karena itu, teori kebenaran korespondensi mengandalkan pengalaman dan pengamatan inderawi sebagai sumber ilmu pengetahuan. Dalam kaitan pengamatan inderawi, teori korespondensi ini menekankan bukti empiris. Untuk mendapatkan kebenaran obyektif, maka perlu memisahkan (dualitas) subyek (si pengenal) dan obyek (yang dikenali).

Teori ini sampai tingkat tertentu sudah dimunculkan oleh Aristoteles dan dalam perkembangannya dalam filsafat modern mendapat sokongan pemikiran dari Locke, Berkeley, dan Hume yang berdiri di garis ini.<sup>568</sup> Teori kebenaran korespondensi dalam perkembangannya disebut Ilmu Empiris, yakni pengetahuan benar jika sesuai dengan kenyataan dan bisa diverifikasi secara empiris.

Dalam bidang hukum, teori korespondensi ini bermanfaat untuk melihat kenyataan hukum, misalnya melihat efektivitas bekerjanya hukum di masyarakat. Demikian pula, berguna ketika hakim, misalnya, mengkonstatasi fakta. Namun, teori korespondensi yang beranggapan bahwa “pengetahuan benar jika sesuai dengan kenyataan” bukan berarti tanpa masalah apabila diterapkan dalam ranah hukum.

---

<sup>568</sup> *Encyclopædia Britannica*, "Empiricism", vol. 4, hal. 480.

Persoalan yang muncul sehubungan dengan teori korespondensi semua pernyataan, proposisi, atau hipotesis yang tidak bisa dibuktikan secara empiris, tidak akan dianggap sebagai kebenaran, padahal dalam hukum tidak seluruhnya merupakan kebenaran empirik. Teori korespondensi akan menjadi persoalan apabila diterapkan dalam Ilmu Hukum secara mutlak. Misalnya, pernyataan “keadilan” tidak akan dianggap sebagai suatu kebenaran karena ia abstrak dan tidak bisa dibuktikan secara empiris. Dengan bantuan teleskop atau mikroskop sekalipun, keadilan tidak bisa dibuktikan secara inderawi.

### c. Teori Kebenaran Pragmatis

Teori kebenaran pragmatis dikembangkan terutama oleh filsuf-filsuf pragmatisme dari Amerika seperti John Dewey, Charles S. Peirce, William James, dan beberapa pemikir lainnya. Kebenaran, bagi kaum pragmatis, sama dengan kegunaan. Ide yang benar apabila mempunyai konsekuensi praktis pada tindakan tertentu, yakni ketika diterapkan berguna dan memecahkan suatu persoalan.<sup>569</sup> Dalam hal ini, kaum pragmatis sesungguhnya tidak menolak teori kebenaran korepondensi dan koherensi. Hanya saja, bagi kaum pragmatis, ide (*a priori*) dan pengalaman (*a posteriori*) baru dianggap kebenaran apabila ia berguna dalam penerapannya.

Pemikir pragmatisme, William James, mengembangkan teori pragmatis dengan mempersoalkan: untuk apa kita ”berpikir”. Fungsi dari berpikir, kata James, bukan untuk menangkap kenyataan tertentu, melainkan demi menghasilkan sesuatu yang memuaskan kebutuhan manusia. Teori atau ide yang benar, lanjut William James, adalah teori atau ide yang dirasakan manfaatnya dan berfungsi memenuhi tuntutan dan kebutuhan manusia. Sebaliknya, teori atau ide yang salah adalah ide yang tidak berguna.<sup>570</sup>

Seorang penganut pragmatisme melihat hukum bukan pada bunyi undang-undang melainkan memprediksi hasil dari pengaruh unsur-unsur non logis seperti

---

<sup>569</sup> Sumber diakses dari <http://science.jrank.org/pages/7995/Pragmatism.html>

<sup>570</sup> William James. *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*. New York: Longman Green and Co., 1907.

kepribadian hakim. Ia lebih mengarahkan perhatian pada hasil-hasil dari pada prosedur formal, akibatnya, sikap pragmatisme cenderung “*rules skeptic*”.

#### d. Teori Kebenaran Intersubyektif

Ciri khas filsafat modern sejak Rene Descartes adalah filsuf yang menemukan kesadaran-diri (*cogito ergo sum*) sebagai realitas akhir.<sup>571</sup> Manusia (subyek) dianggap yang memiliki pusat kesadaran dan mampu menguasai alam sebagai obyek. Subyek menguasai obyeknya secara monolog. Ilmu-ilmu Kemanusiaan, misalnya, merumuskan hukum-hukum yang melandasi perilaku manusia dengan cara seperti yang dilakukan dalam Ilmu-ilmu Alam, yaitu: mengobyektifikasi manusia, mengambil sikap netral terhadap obyek riset, sebagai syarat memperoleh pengetahuan yang ilmiah.

Jurgen Habermas mengkritik pemikiran Descartes yang total subyektif. Habermas menunjukkan filsafat kesadaran atau filsafat subyek dianggap tidak memandai lagi untuk kondisi-kondisi masyarakat dewasa ini yang ditandai oleh pluralitas kehidupan dan orientasi nilai.<sup>572</sup>

Jurgen Habermas juga mengkritik ‘imperatif kategoris’ dari pemikiran Immanuel Kant yang dinilai tidak “deliberatif”. Dalam ‘imperatif kategoris’, Kant memulainya dengan kalimat perintah; “Bertindaklah secara moral, hanya jika kamu melakukan sesuatu murni karena kewajiban sajalah maka tindakanmu dapat dikatakan sebagai tindakan moral.” Kant menggunakan kata ‘imperatif kategoris’ untuk mengungkapkan keharusan (*sollen*) atau kewajiban tanpa syarat, untuk membedakan dengan ‘imperatif hipotetis’ atau kewajiban yang bersyarat sebagaimana dikatakan Kant, “Bertindaklah sedemikian rupa, sehingga maksim kehendakmu kiranya dapat berlaku setiap saat sekaligus dapat ditetapkan sebagai undang-undang yang bersifat universal.”<sup>573</sup>

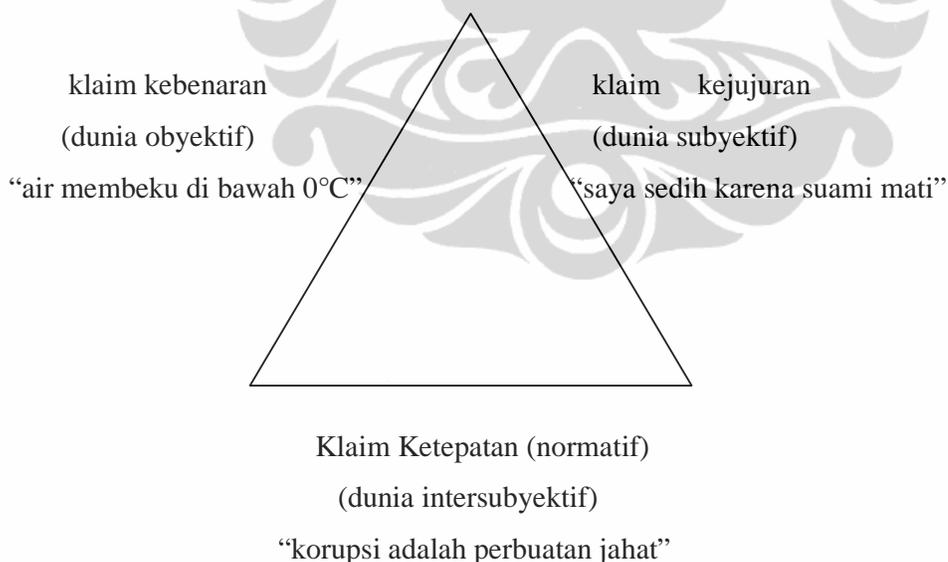
<sup>571</sup> Rene Descartes, *Philosophical Essays and Correspondence*, dikumpulkan dan diedit oleh Roger Ariew, Hackett Publishing Company, Inc, 2000.

<sup>572</sup> Budi Hardiman, *Demokrasi Deliberatif Menimbang ‘Negara Hukum’ dan ‘Ruang Publik’ dalam Teori Diskursus Jurgen Habermas*, Yogyakarta: Kanisius, 2009, hal. 26.

<sup>573</sup> Imperatif kategoris membantu kita untuk mengetahui tindakan yang wajib dan yang dilarang. Kant secara tajam membedakan imperatif kategoris dengan imperatif hipotetis. Dalam imperatif hipotetis tergantung: ‘Jika saya ingin x maka saya harus melakukan y’. Imperatif hipotetis seperti ini, menurut Kant, tidak mengandung moral apa-apa. Bagi Kant, hanya imperatif kategoris yang bermuatan moral, yakni: “Aku harus melakukan x”, tanpa referensi pamrih. H.J Paton, *The Categorical Imperative, A Study in Kant’s Moral Philosophy*, University of Pennsylvania Press, 1971, hal. 72. Isaac M. Mc. Phee, *Kant’s Categorical Imperative*, diakses dalam <http://www.suite101.com/content/kants-categorical-imperative-a44798>., tanggal 2 November 2010.

Menurut Habermas, diam-diam dalam imperatif kategoris terkandung absolutisme, perintah yang harus dipatuhi subjek tanpa syarat, sementara dalam mengenali imperatif ini subjek tidak membuka dialog dengan subjek-subjek lain (intersubyektivitas). Hasil dari pengenalan yang diperoleh secara monologal ini lalu diklaim sebagai *hakiki*. Dan apa saja yang hakiki adalah total, sehingga kebenaran dari pengetahuan yang diperoleh oleh subjek yang monologal ini dianggap legitim. Subyek rasio praktis menerapkan pengetahuan moral ini yang diperolehnya kepada semua subyek rasional tanpa dialog, yakni semata-mata melalui asas-asas universal yang dapat dideduksikan. Seperti juga rasio pada umumnya, rasio praktis dalam filsafat Kant dimengerti secara esensialistis. Esensialisme macam ini dalam filsafat kontemporer dituduh menyembunyikan tendensi-tendensi totaliter, karena pendapat seorang pemikir diterapkan begitu saja pada kompleksitas sosial.<sup>574</sup>

Kebenaran intersubjektif bukan total obyektivisme (lepas dari relasi dengan subyek) atau total subyektivisme (lepas dari relasi dengan obyek), melainkan kebenaran yang dibangun dari hubungan antara subyek dan subyek sebagaimana dalam gambar di bawah ini<sup>575</sup>



Dalam kebenaran intersubjektif, pengetahuan adalah hasil konsensus dengan subyek-subyek lain. Hal ini berarti manusia sadar akan keterbatasan pengetahuannya

<sup>574</sup> F. Budi Hardiman, Op.Cit., hal. 30 - 31,

<sup>575</sup> Gambar modifikasi dari F. Budi Hardiman, Demokrasi Deliberatif, Pustaka Filsafat, 2008, hal.

sehingga kebenaran tidak dapat dicapai semata-mata oleh seorang subyek tunggal, melainkan dicapai secara komunikatif-intersubjektif, yaitu pemahaman timbal-balik dengan subyek-subyek lainnya. Di dalam proses pengadilan, misalnya, keadilan dapat didekati melalui argumentasi rasional dengan subyek-subyek lainnya.

### **Kebenaran Dalam Ranah Ilmu Hukum**

Dalam Bab III sempat didiskusikan bahwa ada yang meragukan apakah dalam hukum mengandung kebenaran ilmiah. Orang meragukan kebenaran ilmiah dalam hukum karena putusan-putusan tentang hukum adalah bukan prediksi-prediksi (pasti dan niscaya) melainkan tentang klaim apa yang seharusnya berlaku. Kebenaran dalam hukum tidak otomatis seperti hukum kausalitas-deterministik, ia menunggu untuk ditemukan oleh para yuris dan subyek lain melalui penafsiran.

Orang yang meyakini kebenaran empirisisme akan mengandaikan kebenaran berada di luar subyek. Dalam empirisisme, subyek pasif: "bukan karena kita memikirkan batu sehingga batu ada, tetapi batu memang benar-benar ada dalam kenyataan". Karena itu dalam empirisisme, kebenaran diandaikan tidak tunduk pada kepentingan subyektif. Kepentingan subyektif diasumsikan merupakan entitas yang terpisah dari pengetahuan, maka moral, perasaan atau emosi, ideologi, diandaikan tidak ikut menentukan pengetahuan itu sendiri. Setiap percobaan yang dipersiapkan pada kondisi sama, dengan prosedur yang sama, dan dengan peralatan yang sama, maka akan memberikan hasil yang sama.

Kebenaran hukum berbeda dengan empirisisme. Kebenaran hukum tidak berada sepenuhnya di luar subyek-subyek. Meskipun dalam ranah hukum, hakim bertitik tolak pada hukum yang berlaku (hukum positif), hukum positif itu masih harus ditafsirkan dan didialogkan kembali dalam argumentasi.

Aturan hukum yang dipandang sebagai premis mayor selalu memerlukan interpretasi karena masyarakat tempat berpijaknya hukum selalu memunculkan situasi baru yang belum ada aturan eksplisit yang secara langsung dapat diterapkan. Itu sebabnya, aturan hukum selalu mengalami pembentukan dan pembentukan ulang (dengan interpretasi). Premis minornya berupa fakta yuridis, yakni fakta-fakta dari sebuah kasus dalam masalah hukum, juga tidak begitu saja terberi, melainkan harus dipersepsi dan dikualifikasi dalam konteks aturan hukum yang relevan, untuk

kemudian diseleksi dan diklasifikasi berdasarkan kategori-kategori hukum. Jadi, fakta yuridis bukanlah “bahan mentah”, melainkan fakta yang sudah diinterpretasi dan dievaluasi.<sup>576</sup> Ketika melakukan klasifikasi atas premis mayor dan premis minor, sistem klasifikasi manusia bersifat linguistik. Sementara bahasa selalu berhubungan dengan konteks historis penafsirnya sehingga makna hukum selalu berkembang. Karena itu, kebenaran yuridis selalu bisa diperdebatkan, karena ia tidak hanya bertumpu pada hukum positif, melainkan juga cara pandang dan argumen-argumen linguistik yang bisa diperdebatkan.

Kebenaran hukum juga tidak tunduk pada hukum matematis yang selalu dapat mengkalkulasi obyeknya secara repetitif dan koheren. Kebenaran matematis bersifat rutin karena hasilnya selalu bisa direpetisi. Bahwa sejak dulu hingga sekarang: “ $2 + 2 = 4$ ”.

Sementara kebenaran hukum selalu terikat ruang dan waktu. Meskipun titik tolak atau rujukan yang sudah pasti dari Ilmu Hukum adalah peraturan perundang-undangan, putusan-putusan pengadilan, perjanjian, dalam kasus-kasus sulit (*hard cases*) membuka peluang bagi munculnya jawaban yang berbeda-beda.<sup>577</sup> Artinya, kebenaran yuridis adalah bersifat sementara, tidak selalu dapat dipastikan secara total. Kenyataan ini yang mengakibatkan para ahli hukum sampai sekarang meragukan kadar keilmuan (Ilmu Hukum) dan tidak percaya diri bila berhadapan dengan Ilmu-ilmu Alam yang bisa lebih dipastikan kebenarannya. Padahal kebenaran “sementara” dalam Ilmu Hukum tidak berarti bahwa tidak terdapat kebenaran yuridis. Bukankah dalam ilmu-ilmu eksakta sekalipun kebenaran ilmiah juga bersifat “sementara”, yakni kebenarannya itu hanya berlaku selama belum dibuktikan sebaliknya. Begitu ada teori dan metode yang bisa membuktikan kesalahan-kesalahannya maka gugurlah kebenaran ilmiah lama tersebut.

Kaum Positivisme Hukum kemudian membangun dan mengembangkan Ilmu Hukum yang diharapkan mampu berdiri sejajar dengan Ilmu-ilmu Alam yang bisa lebih menjamin kepastian dan bisa diprediksikan. Menurut pandangan kaum Positivis, demi kepastian hukum hakim harus selalu dibatasi oleh hukum positif. Tidak ada hukum melampaui peraturan yang berlaku. Bagaimanapun beratnya kasus (*hard cases*), peraturan-peraturan hukum menjadi rujukan dan hakim diwajibkan untuk mengikutinya. Ideologi kepastian hukum memperoleh pembenaran atau dukungan

<sup>576</sup> B. Arief Sidharta, Struktur Ilmu Hukum, Op.Cit., hal. 21.

<sup>577</sup> Arend Soeteman, Op.Cit., hal. 43.

teori kebenaran korespondensi dan koherensi. Namun, usaha kaum Positivis ini perlu dikoreksi dengan satu pertanyaan: bukankah Positivisme Hukum yang hendak mengusir anasir-anasir subyektif untuk mendapat obyektivitas, tidak lain merupakan subyektivitas lain yang tersembunyi?

Kebenaran dalam perspektif hukum berbeda dengan klaim kebenaran Ilmu-ilmu Alam yang mengejar obyektivitas. Kebenaran hukum berkenaan dengan norma-norma sehingga kebenaran hukum bersifat normatif. Namun, norma-norma itu tidak bisa berbicara sendiri, ia memerlukan manusia untuk menafsirkannya. Karena itu, Filsafat Hermeneutika menunjukkan bahwa Positivisme Hukum dengan ajaran obyektivisme-nya adalah suatu yang tidak mungkin diterapkan dalam hukum. Dunia hukum tidak bisa diobyektifikasi karena kita (manusia) berada di dalamnya dan menjadi bagiannya. Bagaimana mungkin seorang yuris bisa menganalisis sebuah kasus hanya dengan mendasarkan diri (secara murni) pada norma hukum yang berlaku, karena ia sesungguhnya terpengaruh perspektif pendidikan, gender, psikologinya, orientasi seksualnya, agamanya, status sosialnya, kelas sosialnya, tradisi, atau bahkan ideologi keilmuannya. Hukum adalah aktivitas yang hidup, yang juga mengandung "anasir-anasir non hukum" yang sejak awal di sangkal oleh kaum Positivis. Dengan demikian, "yuridis-normatif" adalah sebuah klaim yang sosiologis-psikologis juga (karena didasarkan pada perspektif pendidikan, gender, orientasi seks, latar belakang, kelas sosial, ideologi, dari sang penafsir) tetapi yang "tak diakui" atau "disangkal" oleh si penafsir itu sendiri.

Dalam konteks ini, Aharon Barak dalam "The Judge in a Democracy" mengatakan,

*"The judge is a product of his times, living in and shaped by a given society in a given era. The purpose of objectivity is not to sever the judge from his environment... A judge does not operate in a vacuum. A judge is part of society, and society influences the judges. The is influenced by the intellectual movements and the legal thinking that prevail. A judge is always part of the people."*<sup>578</sup>

Meski tidak bisa dipungkiri bahwa hakim dipengaruhi perspektif pendidikan, gender, ideologi, usia, orientasi seks, latar belakang, keluarga dan kelas sosialnya, tetapi ia tidak sepenuhnya murni subyektif dan juga tidak sepenuhnya "keluar dari tawanan undang-undang" (istilah; Satjipto Rahardjo) karena horizon hakim juga

<sup>578</sup> Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, hal. 103-104.

dipengaruhi teks hukum. Teks adalah produk pikiran (subyektif) yang diobyektifikasi. Teks tidak bersifat murni obyektif, karena teks produk pikiran manusia. Teks juga cenderung ambigu dan mengandung pluralitas makna. Teks satu selalu berhubungan dengan teks lainnya. Ketika dihadapkan pada teks, hakim harus memahami, menafsirkan, bercakap-cakap atau berdialog dengan teks. Demikian pula, dalam pengadilan bukan hanya hakim dan teks, tetapi juga ada para pihak yang berkepentingan dengan perkara, bahkan masyarakat di luar pengadilan (misalnya, media massa) juga ikut mempengaruhi putusan.

Di satu sisi, putusan hakim adalah bukan semata-mata menurut kehendak subyektif murni dari sang hakim. Sebagaimana halnya gambaran subyek yang tidak mungkin otonom dan sama sekali terlepas dari "dunia luar", maka juga tidak mungkin memandang "diri" hakim semata-mata dari kemampuan reflektif murninya sendiri. Apa yang disebut "subyektif" hakim dibentuk oleh kehidupan bersama karena keberadaan seseorang selalu berada bersama subyek yang lain (intersubyektif).

Di sisi lain, putusan hakim juga bukan semata-mata menurut bunyi peraturan perundang-undangan (obyektif murni), melainkan di mana para subyek saling mempengaruhi (intersubyektif). Jadi, kebenaran menurut hukum adalah kebenaran intersubyektif (*a middle ground in between objective and subjective truth*). Kebenaran hukum bukan total obyektivisme (lepas dari relasi dengan subyek) atau total subyektivisme (lepas dari relasi dengan obyek), melainkan kebenaran yang dibangun dari hubungan antara subyek dan subyek (antar-subyek satu dengan yang lainnya).<sup>579</sup>

Kebenaran yuridis dikonstruksi dari argumentasi-argumentasi hukum para subyek (intersubyektif). Salah satu konsekuensinya, kebenaran hukum (seharusnya) masih dan selalu terbuka untuk didiskusikan dan diperdebatkan. Sikap terbuka untuk dialog terus-menerus untuk mendekatkan perbedaan menuju kebenaran intersubyektif. Namun bagaimana kebenaran hukum intersubyektif dapat dicapai? Kebenaran hukum intersubyektif tergantung pada para subyek untuk "menerima" atau "menolak". Oleh sebab itu, supaya mencapai kebenaran intersubyektif, proses pencarian kebenaran dan pengambilan sebuah putusan hukum, minimal memuat kebenaran, ketepatan, dan kejujuran secara sekaligus.<sup>580</sup>

<sup>579</sup> Bruggink, Op.Cit., hal 187.

<sup>580</sup> Rumit dan berlikunya kebenaran intersubyektif menuntut adanya hubungan antara ilmu (kebenaran), etika (kebaikan), penghayatan estetika (keindahan). Meski antara ilmu (kebenaran), etika (kebaikan),

Bagaimana kita tahu bahwa proses pencarian kebenaran dan pengambilan sebuah putusan hukum memuat kebenaran, ketepatan, dan kejujuran secara sekaligus? Ada dua hal yang perlu diperhatikan: (1) proses; dan (2) argumentasi.

Dalam praktik hukum, misalnya, pencari keadilan sejak awal sudah harus dilibatkan dalam proses pencarian kebenaran atas kasusnya. Para pencari keadilan dapat menyatakan pendapat dan memberikan pembuktian tanpa paksaan. Dalam praktik pengadilan, putusan tidak boleh dihasilkan melalui pengaruh uang atau tekanan pihak yang berkuasa. Jika dirumuskan lebih padat lagi, proses pencarian kebenaran intersubjektif bersifat egaliter dan bebas dominasi.

Dalam praktek pengadilan, tidak selesai hanya mencocokkan fakta dengan unsur-unsur pasal peraturan-perundangan. Setiap orang bebas membela pandangannya. Sebaliknya, pihak lain dapat menolak sama sekali pandangan kita. Pada titik ini pentingnya argumentasi. Argumentasi menuntut setiap orang untuk berusaha memberi penjelasan mengapa ia menolak atau menerima. Dengan argumentasi setiap subyek berusaha meyakinkan hakim. Sebaliknya, seorang hakim dituntut untuk membuat argumentasi hukum yang jelas karena pencari keadilan berhak untuk diberitahu mengapa mereka dinyatakan bersalah atau benar. Sebuah putusan harus mengandung kebenaran, ketepatan, dan kejujuran sehingga bisa dipertanggung-jawabkan kepada para pihak.

### **Implikasi Teoritik : Cara Pandang tentang Hukum dan Keadilan.**

Cara pandang kita dalam melihat hukum sebagai kebenaran intersubjektifitas mempunyai implikasi teoritis dalam memahami hukum bukan sebagai suatu kebenaran subyektif atau obyektivitas total tetapi merupakan konstruksi-intersubjektif, sebagai berikut:

*Pertama*, hukum sebagai kebenaran intersubjektif, berarti hukum bukan dipahami sebagai sesuatu yang esoterik, tetapi dikonstruksi secara intersubjektif. Implikasi teoritiknya, kebenaran intersubjektif-konstruktif membuka cakrawala baru dengan mengakui unsur subyek (termasuk di dalamnya antar para subyek) dan obyek

---

penghayatan estetika (keindahan) mempunyai nilai tersendiri dan yang satu tidak bisa mengambil alih yang lain, mereka tidak saling terpisah. Hati manusia biasanya tersentuh melalui penghayatan estetis. Akan tetapi, usaha memperoleh kebenaran harus melalui ilmu. Hal yang sama berusaha merealisasikan dirinya menjadi manusia yang baik melalui upaya etis. Idealnya seorang hakim, tidak cukup hanya mempunyai Ilmu Hukum melainkan juga upaya kebaikan etis dan penghayatan estetis.

sama-sama berperan dalam mengkonstruksi kebenaran hukum. **Kedua**, menjembatani dualisme obyektivisme-subyektivisme dengan menolak pengertian Ilmu Hukum hanya sebagai "terberi" (*given*) dari obyek (misalnya: hukum positif) pada subyek yang mengetahui secara pasif. **Ketiga**, jika kebenaran hukum diandaikan sebagai kebenaran intersubyektif maka dengan sendirinya kebenaran hukum merupakan hasil konstruksi-intersubyektif, mengakibatkan pengakuan adanya pluralitas kebenaran ilmiah. **Keempat**, dalam kebenaran hukum yang intersubyektif, hukum dipahami bukan sesuatu yang benar-benar murni obyektif, yang terlepas dari komitmen untuk mendekati hukum pada keadilan. Implikasi teoritiknya, Ilmu Hukum menolak pemisahan hukum secara absolut dengan keadilan. **Kelima**, kebenaran intersubyektif menyebabkan batas-batas antar disiplin ilmu yang sebelumnya terpisah secara ketat dengan sendirinya mencair. Ilmu Hukum tidak dapat lagi mempertahankan eksklusivismenya dan tertutup melainkan terbuka bekerja sama dengan ranah ilmu lain. **Keenam**, karena kebenaran dikonstruksi secara intersubyektif, maka kebenaran tidak bersifat totalitas obyektif dan tidak terpaku pada esensialisme, melainkan upaya pencarian kebenaran konsensus. Upaya pencarian kebenaran intersubyektif-konsensus, membuka ruang partisipasi masyarakat sehingga dunia hukum tidak lagi "sui generis" dan eksklusif hanya untuk para yuris. **Ketujuh**, kebenaran intersubyektif sebagai sesuatu yang *fallible*, yakni dapat dikritik, diuji, dibongkar-ulang, bahkan dipersalahkan dengan kemungkinan-kemungkinan baru yang mungkin tidak terbayangkan sebelumnya. Kebenaran intersubyektif membuat kita lebih terbuka untuk menafsirkan ulang apa yang sebelumnya kita yakini, menjadikan kebenaran bersifat sementara dan dapat diperiksa kembali.

Cara pandang dalam memahami kebenaran hukum sebagai suatu yang intersubyektif dengan sendirinya juga mempengaruhi cara pandang kita dalam melihat hubungan hukum dan keadilan, juga mengenai perselisihan antara kepastian hukum dan keadilan.

Gustav Radbruch mengatakan bahwa hukum yang baik adalah ketika hukum tersebut memuat kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan. Sekalipun ketiganya merupakan cita hukum (*Rechtsidee*), namun masing-masing nilai mempunyai tuntutan substansi yang berbeda satu dengan yang lainnya, sehingga ketiganya mempunyai

potensi untuk saling bertentangan sebagaimana dipaparkan Gustaf Radbruch sebagai berikut:<sup>581</sup>

*“First Minute:... ‘A law is a law ...A law is valid because it is a law, and it is a law if, in the general run of cases, it has the power to prevail... In the end, the positivistic theory equates law with power; there is law only where there is power. (Menit Pertama: "...' hukum adalah hukum ... hukum adalah sah karena hukum, dan itu adalah hukum jika, dalam jangka umum kasus, ia memiliki kekuatan untuk berlaku... Pada akhirnya, teori positivistik menyamakan hukum dengan kekuasaan, ada hukum hanya jika ada kekuatan.)*

*“Second minute: Attempts have been made to supplement or replace this tenet with another: Law is what benefits the people. (Menit Kedua: Upaya-upaya telah dilakukan untuk menambah atau mengganti prinsip ini dengan yang lain: Hukum adalah apa yang bermanfaat bagi rakyat).*

*“Third Minute: Law is the will to justice. Justice means: To judge without regard to the person, to measure everyone by the same standard. If one applauds the assassination of political opponents, or orders the murder of people of another race, all the while meting out the most cruel and degrading punishment for the same acts ..., this is neither justice nor law. If laws deliberately betray the will to justice—by, for example, arbitrarily granting and withholding human rights—then these laws lack validity, the people owe them no obedience, and jurists, too, must find the courage to deny them legal character. (Menit Ketiga: Hukum adalah kehendak untuk keadilan. Keadilan berarti: mengadili tanpa memperhatikan orangnya, memperlakukan setiap orang dengan standar yang sama. Jika seseorang menghalalkan pembunuhan lawan politik, atau perintah pembunuhan terhadap ras yang lain, sambil menyebarkan hal yang paling kejam dan merendahkan hukuman untuk tindakan yang sama..., Ini bukanlah keadilan atau hukum. .Jika undang-undang sengaja mengkhianati kehendak untuk keadilan, misalnya, pengamputasian secara sewenang-wenang terhadap hak asasi manusia--maka hukum ini tidak valid, orang tidak perlu mematuhi, dan juga para yuris harus menemukan keberanian untuk menolak karakter hukum yang tidak adil itu).*

*“Fourth Minute: Of course it is true that the public benefit, along with justice, is an objective of the law. And of course laws have value in and of themselves, even bad laws: the value, namely, of securing the law against uncertainty. And of course it is true that, owing to human imperfection, the three values of the law—public benefit, legal certainty, and justice—are not always united harmoniously in laws, and the only recourse, then, is to weigh whether validity is to be granted even to bad, harmful, or unjust laws for the sake of legal certainty, or whether validity is to be withheld because of their injustice or social harmfulness...” (Menit Keempat: Tentu saja benar bahwa kemanfaatan (bagi) publik, bersama dengan keadilan, adalah tujuan hukum. Dan tentu saja*

<sup>581</sup> Gustav Radbruch, *Five Minutes of Legal Philosophy (1945)*, diterjemahkan oleh Paulson dan Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, 2006., hal. . 13–15.

memiliki nilai di dalam dan dari mereka sendiri, bahkan hukum yang buruk: nilai, yaitu, melindungi hukum dari ketidakpastian. Dan tentu saja benar bahwa, karena ketidaksempurnaan manusia, tiga nilai dari hukum – kemanfaatan, kepastian hukum, dan keadilan -- tidak selalu bersatu secara harmonis dalam hukum, dan jalan lain kemudian, adalah mempertimbangkan apakah validitas diberikan, bahkan kepada hukum yang buruk, berbahaya, atau tidak adil demi kepastian hukum, atau apakah validitas tidak diberikan karena ketidakadilan atau membahayakan kehidupan sosial...).

Gustav Radbruch memberikan kontribusi mendasar tentang cita hukum: kepastian, kemanfaatan dan keadilan. Pemikiran Gustav Radbruch tentang tiga cita hukum itu diterima luas dalam kalangan hukum. Namun, antara kepastian, kemanfaatan, dan keadilan tidak pernah serasi, berhadapan, bertentangan, lalu bagaimana jalan keluarnya ?

Perbincangan Radbruch mengenai cita hukum harus dipahami secara kritis dengan menempatkannya pada latar belakang kehadiran hukum modern. Kemunculan hukum modern menyebabkan rasionalisasi di bidang hukum, hukum harus bisa diprediksi dan dikalkulasi, membuka pintu bagi masuknya permasalahan yang tidak ada sebelumnya, yakni kepastian hukum.<sup>582</sup>

Nilai keadilan secara tradisional sudah diperbincangkan sebelum era hukum modern, bahkan sudah sejak masa ribuan tahun lalu. Sedangkan kepastian hukum sejak kemunculan hukum modern, terutama sejak hukum dipositifkan.<sup>583</sup> Kepastian hukum menyangkut masalah hukum itu sendiri, bukan tentang keadilan.

Derrida dalam tulisannya “*Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”*” mempersoalkan apakah yang adil itu legal atau di seberang sesuatu yang legal? Bagi Derrida, keadilan bermain di wilayah yang legal dan di seberang yang

<sup>582</sup> Secara sosio-historis, masalah kepastian hukum muncul bersamaan dengan sistem ekonomi kapitalis. Berbeda dengan sistem produksi sebelumnya, maka yang terakhir itu mendasarkan kepada penghitungan efisiensi. Semua harus bisa dihitung (*calculated*) dengan jelas dan pasti, berapa barang yang dihasilkan, berapa harga ongkos yang dikeluarkan dan berapa harga jual. Sekalian besaran tersebut membutuhkan perhitungan yang pasti. Industrialisasi, produksi ekonomi dengan menggunakan mesin, menambah sifat eksak dari sistem tersebut. Ini berbeda dengan sistem produksi ekonomi yang sebelumnya yang tidak mendasarkan pada kalkulasi rasional serta belum menggunakan mesin. Perputaran ekonomi dalam komunitas – komunitas kecil dan terbatas yang bersifat siklis (*cyclical*) juga hanya menghasilkan aktivitas produksi yang terbatas dan sederhana pula. Sistem produksi seperti itu disebut perekonomian subsisten. Tetapi begitu mesin mulai masuk, maka rasionalisasi dalam sistem produksi tak dapat lagi dibendung. Rasionalisasi dan produksi masinal membutuhkan dukungan dari komponen lain lagi, Hukum modern tampil menjawab kebutuhan kapitalisme. Sebagaimana survai Weber terhadap sistem hukum yang ada pada waktu itu menyimpulkan bahwa hanya hukum modern yang mampu memberikan kepastian dan dapat diprediksikan yang dibutuhkan oleh kapitalisme. Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, Jakarta: Penerbit UKI Press, 2006, hal. 133-134.

<sup>583</sup> Lihat, James Bernard Murphy, *The Philosophy Positive Law (Foundations of Jurisprudence)*, Yale University Press, 2005.

legal. "...deconstruction take place in the interval that separates the underconstructibility of justice from the deconstructibility of droit..."<sup>584</sup> Keadilan, bagi Derrida, berada pada interval antara yang legal dan di luar yang legal.

Menurut Derrida, keadilan sebagai sebuah pengalaman dari yang tidak mungkin. Muncul pertanyaan: bagaimana mungkin pengalaman tentang yang tidak mungkin itu dialami? Derrida mengatakan, "*It is possible as an experience of the impossible, there where, even if it does not exist (or does not yet exist, or never does exist), there is justice.*"<sup>585</sup> Maksudnya adalah bahwa keadilan itu mungkin sebagai sebuah pengalaman dari yang tidak mungkin, entah apakah keadilan itu ada, atau jika keadilan itu tidak ada, atau keadilan itu belum ada, atau bahkan jika keadilan itu tidak pernah ada.

Keadilan, menurut Derrida, suatu pengalaman pencarian terus-menerus yang membutuhkan interpretasi yang baru dan segar dan penangguhan terus-menerus sebagai ciri dari "tidak dapat diputuskan".

*To be just, the decision of a judge, for example, must not only follow a rule of law or a general law but must also assume it, approve it, confirm its value, by a reinstituting act of interpretation, as if ultimately nothing previously existed of the law, as if the judge himself invented the law in every case. No exercise of justice as law can be just unless there is a "fresh judgement"*<sup>586</sup>

Keadilan selalu berada di depan (baca: melampaui) hukum, dan memprovokasi hukum untuk selalu mendekatinya. Untuk mendekatinya, tidak cukup dengan hanya mengikuti bunyi peraturan, tetapi perlu melakukan "*fresh judgement*". Sebagai contoh "*fresh judgement*" pada tataran praktek hukum: hakim O.W. Holmes melakukan terobosan hukum dengan melampaui konsep '*laissez-faire*' dalam kasus *Lochner v. New York*. Pada masa itu, Mahkamah Agung Amerika Serikat memutuskan peraturan yang membatasi jam kerja adalah inkonstitusional karena pembatasan itu mencampuri "kebebasan berkontrak". Faktanya, negara bagian NY mengeluarkan UU yang membatasi jam kerja buruh 60 jam perminggu. *Lochner*, pemilik pabrik roti didenda \$20 karena mempekerjakan buruh lebih dari batas waktu kerja. Selain didenda ia juga diancam hukuman 50 tahun penjara atau denda \$50.<sup>587</sup>

<sup>584</sup> Jacques Derrida, "*Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"*", dalam *Deconstruction and The Possibility of Justice* (diedit oleh Drucilla Cornell et.all) Routledge, 2002, hal. 15 –16.

<sup>585</sup> Ibid., hal. 15

<sup>586</sup> Ibid., hal. 23.

<sup>587</sup> Brian Z. Tamanaha, *Understanding Legal Realism*, Legal Studies Research Paper Series, ST John's University School of Law, 2008.

Hakim Rufus Wheeler Peckham menulis pendapat mayoritas MA Amerika Serikat ; membebaskan hukuman atas Lochner dan membatalkan UU yang dinilai melanggar asas hak kebebasan berkontrak yang dilindungi oleh prinsip legalitas dalam amandemen ke 14 konstitusi US. MA Amerika tidak menemukan alasan khusus untuk melindungi para buruh dan menolak bukti alasan gangguan kesehatan. Mengalahkan pengusaha berarti dapat menjadi preseden buruk bagi iklim bisnis dan ditafsirkan ideologi anti bisnis.<sup>588</sup>

Hakim O.W Holmes mengkritik pendapat mayoritas MA dengan mengutip banyak hasil penelitian tentang resiko kerja buruh pabrik seperti gangguan pernafasan; fakta empiris mengenai lemahnya posisi tawar buruh; dan mempersoalkan konstitusi yang dibuat hanya mengakomodasi sebuah konsep, logika, dan teori ekonomi saja (*laissez-faire*).<sup>589</sup>

Ide Holmes yang melampaui zamannya itu kalah dan bersama hakim J.M Harlan melakukan *dissenting opinion*. Tetapi pemikiran Holmes kemudian justru menginspirasi perkembangan Ilmu Hukum.

Contoh “fress judgement” yang lain: kasus sengketa ganti rugi pembebasan tanah waduk Kedung Ombo, antara masyarakat melawan Gubernur Jawa Tengah. Dalam gugatannya, antara lain penggugat (masyarakat yang dibebaskan tanahnya untuk waduk) minta tergugat memberikan ganti rugi tanahnya Rp. 10.000/meter persegi, karena tanah milik para tergugat tidak dapat digunakan lagi. Majelis hakim kasasi yang dipimpin Asikin Kusumah Atmadja mengabulkan gugatan melampaui dari permintaan penggugat dengan menghukum pihak tergugat membayar ganti rugi tanah kepada penggugat Rp. 50.000/meter persegi, tanaman Rp. 30/meter persegi/ serta kerugian immaterial Rp. 2 milyar. Putusan hakim melampaui asas *Ultra Petitem Partium* (hakim tidak boleh mengabulkan melampaui permintaan penggugat) dalam hukum acara perdata.

Dalam hukum perdata, hakim dipersepsikan sebagai figur yang pasif. Materi luasnya ruang lingkup perkara ditentukan sendiri oleh pihak penggugat dan tergugat, termasuk berapa nilai gugatan dalam perkara tersebut. Alasannya, yang paling tahu berapa nilai kerugian yang layak diperkarakan adalah para pihak sendiri sehingga hakim hanya memutus sesuai atau kurang dari maksimal permintaan para pihak yang berperkara. Asas *Ultra Petitem Partium* diatur dalam Pasal 178 ayat (3) HIR.

---

<sup>588</sup> Ibid.

<sup>589</sup> Ibid.

Pertimbangan Hakim Agung Asikin melampaui asas *Ultra Petitem Partium* bahwa angka Rp. 10.000/meter persegi sebagaimana diminta warga Kedung Ombo dapat membengkak seiring dengan perjalanan waktu. Majelis hakim dalam putusannya memberikan pertimbangan sebagai berikut:

*“Bahwa uang ganti rugi yang ditetapkan dalam surat keputusan tersebut diatas sangat minim dan tidak manusiawi, sebab uang ganti rugi tersebut dibawah harga umum dan tidak dapat digunakan untuk membeli barang yang sejenis/kwalitas/kwantitas yang sama. Hal tersebut juga diakui para saksi Termohon kasasi dalam sidang. Uang ganti rugi yang diperoleh dari para Termohon Kasasi tidak dapat/bisa untuk membeli tanah dan rumah sebagaimana yang dimiliki semula...dan seterusnya.”*

Namun putusan yang menjulang (*landmark decision*) tersebut kemudian dibatalkan dalam Peninjauan Kembali karena dianggap bertentangan dengan Pasal 178 ayat (3) HIR. Dalam paradigma Positivisme Hukum, hakim tidak boleh berkreasi melampaui bunyi undang-undang. Pencarian keadilan melalui jalur hukum oleh warga Kedung Ombo sejak putusan Peninjauan Kembali itu dengan sendirinya dianggap usai (final).

Pencarian keadilan, menurut Derrida, tidak akan pernah selesai karena ia sesuatu yang “tidak dapat diputuskan” (selalu “ditunda”). Bagi Derrida, proses “penundaan” (*Différance*) berlangsung secara terus-menerus dan tidak pernah berakhir.<sup>590</sup> Namun dalam ranah hukum, tidak bisa dihindari, hakim pada akhirnya harus menjatuhkan putusan. Meski demikian, tetap harus disadari bahwa keadilan sebagai suatu yang tidak terputuskan, merupakan potensi “koreksi” terhadap apa yang disebut “final”. Apa yang kelihatan kebenaran final dalam hukum, sesungguhnya hanya bersifat sementara.

Namun pencarian kebenaran sebagai sebuah kegiatan keilmuan dan pencarian kebenaran di dalam praktik hukum, terdapat suatu perbedaan yang tidak bisa dihindari. Filsuf hukum misalnya dapat berfilsafat tanpa batas tentang semua kemungkinan penyelesaian teoritikal terhadap masalah hukum tertentu, sedangkan dalam praktik hukum, hakim harus memberikan putusan hukumnya dalam jangka waktu yang masuk akal. Pada akhirnya, dalam praktik hukum, pencarian keadilan “dibatasi” ketika semua prosedur formal ditempuh (misalnya, hingga Peninjauan Kembali) karena para pihak tidak bisa mengajukan upaya hukum lagi, meski

<sup>590</sup> Ibid., hal 7-8.

menemukan “novum” (alat bukti baru) yang sangat meyakinkan. Pada titik ini kita tidak bisa mengangkat bahu seraya mengatakan, “begitulah hukum.” Prosedur seharusnya tidak bisa mengalahkan upaya pencarian atas kebenaran dan keadilan. Bukankah kebenaran sebagai sesuatu yang *fallible*, yakni dapat dikritik, diuji, dibongkar-ulang, bahkan dipersalahkan dengan kemungkinan-kemungkinan baru yang mungkin tidak terbayangkan sebelumnya?

Pada titik ini menyadarkan kita bahwa hukum memang tidak identik dengan keadilan, meski mungkin saja keadilan bisa “didekati” dari apa yang legal. Hukum bisa saja tersedia, tetapi belum tentu keadilan hadir bersamaan dengan adanya hukum. Jika hukum diasumsikan sama dengan keadilan, maka mengandung konsekuensi pencarian keadilan di luar hukum akan dihentikan, karena pencarian keadilan hanya bersumber pada hukum, bahkan lebih sempit lagi: undang-undang. Untuk memperjelas duduk persoalan, perlu juga dibedakan antara “peraturan” (gesetz, wet, rule), “kaidah” (recht, norm), dan keadilan (ius).

Apabila kita membaca undang-undang, pertama-tama yang dibaca adalah peraturan, pasal-pasal. Saya tidak sepakat dengan ajaran Positivisme Hukum yang mengatakan hukum adalah kumpulan pasal-pasal yang tidak mengandung tujuan, dimensi filosofis, moral, dan lepas dari konteks kemasyarakatannya. Berhenti pada pembacaan undang-undang sebagai peraturan bisa menimbulkan kekeliruan besar karena kaidah dan tujuan yang mendasari peraturan itu menjadi terlupakan. Kaidah itu sarat dengan makna dan nilai, sedangkan peraturan adalah penerjemahannya ke dalam kata-kata dan kalimat. Membaca kaidah adalah menyelam ke dalam spirit, asas, dan tujuan hukum. Meski kalimat-kalimat dalam teks hukum hitam-putih, yang namanya peraturan, tidak cukup hanya dibaca, kita tetap perlu merenungkan tentang apa makna lebih dalam kalimat-kalimat itu, mengisyaratkan agar orang peka dan selalu memahami dan menafsirkan hukum.

Dalam hermeneutika, sang penafsir tidak hanya berdialog dengan teks, tetapi juga dengan konteks dan upaya kontekstualisasi. Penafsiran hukum tanpa henti bukan tanda inkonsistensi, tetapi sebagai upaya mendekati hukum pada (ius) keadilan. Kita tidak pernah bisa menyimpulkan sepenuhnya, apa yang diputuskan dalam hukum, pasti adil. Keadilan adalah perjuangan, bukan suatu yang terberi dan final.

Hukum tidak bisa diidentikkan dengan keadilan, karena hukum adalah alat, sarana, atau media untuk mendekati keadilan. Sarana dan tujuan adalah tidak sederajat, lalu bagaimana mungkin bisa memperselisihkan antara sarana dan tujuan?

Hukum tidak mungkin melampaui keadilan, karena begitu diandaikan, maka sama saja alat telah mengkoloni tujuannya.

Kritik terhadap Positivisme Hukum sebenarnya bermaksud menekankan perlunya “regresif”, yakni ketika hukum “tersesat” dan semakin menjauh dari tujuannya: keadilan, maka ia harus kembali ke pangkalannya. Yang dimaksud “pangkalan” di sini adalah komitmen hukum untuk “mendekati” keadilan. Hukum dibuat sebagai sarana untuk mendekati keadilan, meski keadilan seperti “kaki langit” yang tidak bisa sepenuhnya digapai, hukum tetap harus selalu berusaha mendekatinya. Apabila sarana (hukum) semakin menjauh dari tujuannya (keadilan), hukum harus dingatkan dan dikembalikan kepada komitmen awalnya: mendekati tujuannya, yakni keadilan.

Upaya hukum regresif senantiasa mengarah pada usaha mempertanyakan komitmen hukum untuk “mendekati” keadilan. Upaya mempertanyakan komitmen hukum bukan monopoli para yuris, tetapi juga bisa dilakukan oleh anggota masyarakat. Upaya hukum regresif berusaha mengkritisi hukum dalam konteks kemasyarakatan, karena semua norma-norma positivistik dibaca, ditelaah, dan ditafsir ulang (*re-reading*) sebagai upaya “mendekatkan” hukum pada keadilan.

Dalam upaya hukum regresif, nilai-nilai keadilan yang ideal harus tetap diandaikan “ada” -- meski keadilan tidak tertangkap seluruhnya -- agar sedikit membantu untuk mencapai kebenaran intersubyektif. Cara mengandaikan keadilan yang ideal tidak bisa dilakukan secara monologal, melainkan secara intersubyektif. Dalam pluralitas, tentu masih ada titik-titik kesamaan, karena jika tidak maka semuanya berjalan sendiri-sendiri. Dalam kebenaran intersubyektif, pluralitas tetap ada tetapi tidak berakhir pada *incommensurable* (yang tak dapat dibandingkan).

Ide regresif ini berseberangan dengan ide eksklusivisme dan finalitas Positivisme Hukum. Dalam Bab II sebelumnya, Positivisme Hukum melihat hukum adalah hukum. Hanya para yuris yang mampu menyelesaikan persoalan hukum secara pasti dan obyektif. Secara aksiologis, kepastian hukum diandaikan oleh Positivisme Hukum sebagai tujuan akhir. Begitu kepastian hukum diandaikan sebagai tujuan akhir, maka pencarian keadilan dibatasi dan terbatas hanya pada prosedur dan substansi hukum. Jika demikian, hukum tidak akan mendekati tujuannya (keadilan) karena hukum itu sendiri menjadi tujuannya.

Kepastian hukum saja tidak cukup, karena bagaimana jika hukum itu sendiri justru bertentangan dengan keadilan? Hukum positif dari seorang tiran yang

memerintahkan genosida atau pembersihan terhadap etnik atau agama tertentu, misalnya, tidak memiliki nilai normatif apapun - meski aturan itu sah secara yuridis. Ketika kepastian hukum berseberangan dengan keadilan, maka kepastian hukum harus "dibengkokkan" untuk mendekati hukum pada tujuannya: keadilan.

Cara pandang ini juga mempunyai implikasi teoritis dalam memahami kepastian hukum dan keadilan. Kepastian hukum hanyalah merupakan "tujuan antara" untuk mendekati keadilan. Orang-orang berargumentasi, kepastian hukum tetap diperlukan untuk mendekati keadilan, karena bagaimana mungkin keadilan bisa didekati apabila keadilan yang diinginkan tidak "dipastikan" terlebih dahulu.

Permasalahannya, keadilan tidak dapat "dipastikan" secara obyektif dan setiap orang bahkan filosof mempunyai pandangan sendiri-sendiri tentang keadilan, sebagaimana Stuart Hampshire menulis besar-besar dalam judul bukunya: "*Justice is Conflict*".<sup>591</sup> Kita tidak dapat menetapkan bahwa apa yang kita pikirkan tentang keadilan "pasti" terjamin kebenarannya. Namun demikian, bukan berarti upaya pencarian tentang keadilan selalu menemui jalan buntu, keadilan bisa "didekati" melalui upaya pencapaian kebenaran intersubjektif.

Menempatkan hukum pada kebenaran intersubjektif membawa pada pemahaman yang berbeda-beda karena intersubjektivitas menekankan perbincangan diskursus dan konsensus sebagai sesuatu yang sangat penting dalam memutuskan sesuatu. Setiap subyek yang berupaya untuk menemukan suatu jawaban terhadap masalah yuridis akan mencari jawaban lewat penafsiran berdasarkan argumen-argumen yang tepat, relevan, dan paling dapat diterima para pihak. Ketepatan dan relevansi argumentasi biasanya selalu berhubungan dengan konteks, atau bersifat kontekstual, sehingga ia cenderung dinamis.

Tetapi proses pencapaian kebenaran intersubjektif yang paling deliberatif sekalipun, bukan tanpa cacat. Tidak bisa dipungkiri, hukum adalah relasi kekuasaan. Hakim adalah orang yang diberi wewenang untuk memutus. Pada akhirnya, para subyek harus begitu saja tunduk dan menyerahkan diri pada wewenang hakim untuk memutus. Jika demikian, bukankah hakikat wewenang adalah sebuah irasionalitas karena proses deliberatif akhirnya harus diakhiri dengan sebuah putusan pihak yang berwenang? Letak irasionalitasnya: meski hukum mempersilakan para subyek untuk beradu argumentasi dan pembuktian, pada akhirnya para subyek kehilangan otonomi

---

<sup>591</sup> Stuart Hampshire, *Justice is Conflict: The Soul and The City*, Princeton University Press, 2000.

dalam menilai ketika menyerahkan kepada seseorang atau majelis untuk memutus. Namun, dengan berbagai dalih kepentingannya orang-orang berusaha merasionalkan yang irasionalitas, bahwa akhirnya harus ada orang-orang tertentu yang diberi wewenang memutus untuk menengahi konflik yang berkepanjangan.

Dalam konteks pencarian kebenaran intersubjektif, seharusnya "wewenang" tidak "hanya" diberikan kepada seseorang dan beberapa orang (yuris) yang secara rutin karena tugasnya memeriksa dan memutus perkara, melainkan juga perlu memperluas ruang partisipasi masyarakat.<sup>592</sup> Partisipasi masyarakat dalam pencarian kebenaran intersubjektif dalam pengadilan memang masih asing dalam sistem hukum kita. Semakin banyak orang yang dilibatkan dengan berbagai latar belakang kelas sosial, gender, orientasi seksual, pendidikan, ideologi, lebih 'memungkinkan' mencapai kebenaran intersubjektif daripada mengandalkan perspektif seseorang karena otoritasnya secara monologal. Hukum seharusnya tidak lagi "sui generis" dan eksklusif, upaya "mendekatkan" hukum pada keadilan tidak hanya monopoli para yuris, melainkan juga anggota masyarakat.

---

<sup>592</sup>Luhut M.P. Pangaribuan menyebutnya sebagai "lay judges", yakni anggota masyarakat yang ikut berpartisipasi dalam pengadilan sebagai hakim tapi yang tidak direkrut dan dilatih secara khusus sebagai hakim, sehingga disebut juga awam. Lihat, Pangaribuan, Luhut M.P., *Lay Judges & Hakim Ad Hoc Suatu Studi Teoritis Mengenai Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Indonesia, 2009.

## BAB VI PENUTUP

### A. Kesimpulan

Kesimpulan di bawah ini difokuskan pada tiga permasalahan pokok; (1) Pemurnian Hukum dari Anasir-anasir Hukum; (2) Meragukan Positivisme Hukum; dan (3) Ilusi Obyektivisme; dan (4) Kebenaran dalam Perspektif Ilmu Hukum.

#### 1. Absurditas Pemurnian Hukum dari Anasir-anasir Non Hukum

Ajaran Positivisme Hukum mengundang perdebatan epistemologis di Fakultas Hukum dan para penstudi hukum di Indonesia. Para penganut Positivisme Hukum berasumsi bahwa teori hukum yang tidak memusatkan kajiannya pada hukum positif, tidak dapat dikaji secara akademis di Fakultas Hukum. Mata kuliah Sosiologi Hukum, Filsafat Hukum, Antropologi Hukum, dan seterusnya dianggap bukan "murni" ilmu hukum.

Dalam rangka 'pemurnian' hukum dari anasir-anasir non hukum, Positivisme Hukum menuntut pemisahan "is" dan "ought". Bagi kaum positivis pencampuran "is" dan "ought" adalah suatu dosa ilmiah yang besar. Bahkan, kaum positivis-yuridis (penganut Positivisme Hukum klasik) lebih ekstrem dibanding kaum positivis umumnya, ia tidak hanya memisahkan "is" dan "ought", tetapi sekaligus memisahkan hukum dari "is dan ought" sekaligus. Pemisahan hukum dari "ought" dan "is" secara radikal, disamping menjauhkan hukum dari pencarian keadilan, juga menimbulkan perselisihan permanen antara Hukum Normatif Murni dan Hukum Empiris di Indonesia.

"Is" dan "ought" memang berbeda dan perlu dibedakan, tetapi keduanya tidak terpisah sama sekali. Kekhasan hukum adalah karakternya yang normatif (ekstensi dari filsafat nilai). Sebuah normativitas mengindikasikan adanya keharusan (ought/sollen) bagi kita untuk melakukan suatu sikap tertentu. Meskipun benar bahwa norma berhubungan dengan dunia sollen tetapi ia (norma) akhirnya berpijak dan bekerja pada basis sosialnya, yakni masyarakat. Sehingga, hukum tidak normatif (sollen) semata, dan juga tidak empiris (is/sein) belaka. Dengan karakternya yang demikian, ada kesalinghubungan antara "ought" dan "is". Mengeksklusi yang satu demi yang lain hanya akan menghasilkan gambar yang tidak utuh tentang hukum.

Bukankah absurd untuk membayangkan isi tanpa bentuk, atau bentuk tanpa isi? Pada titik ini obsesi pemurnian Positivisme Hukum menjadi absurd dan tidak mungkin.

Penelitian ini menunjukkan bahwa upaya pemurnian hukum dari anasir-anasir non hukum adalah klaim yang tidak mungkin. Mengapa? Karena ketika melakukan pemurnian -- semurni apapun -- tetap terkontaminasi kepentingan subyektif (manusia) yang berupaya melakukan “pemurnian” itu sendiri. Ide proyek pemurnian hukum dari anasir-anasir non hukum yang digagas Hans Kelsen adalah sesuatu yang tidak mungkin dan absurd, karena manusia berada di dalam dan menjadi bagian dari proyek pemurnian itu sendiri.

## 2. Meragukan Positivisme Hukum

Kalau kita sepakat mendudukan hukum sebagai obyek ilmu, maka ia harus diandaikan tidak akan pernah mengalami stagnasi. Permasalahannya, fakultas-fakultas hukum di Indonesia memperlakukan Ilmu Hukum dan Metodologi Hukum layaknya ideologi atau bahkan seperti “agama”. Kita diajarkan menerima hukum “apa adanya”, tidak diajak untuk mempertanyakannya, apalagi meragukan.

Titik terkuat Positivisme Hukum adalah kepastian hukum. Positivisme Hukum melihat dan memperlakukan hukum seperti dalam Ilmu-ilmu Alam. Paham ini memandang hukum sepenuhnya dapat diprediksi, dijelaskan dan dikontrol berdasarkan hukum-hukum deterministik yang pasti sehingga setara dengan kepastian matematis. Kepastian hukum telah menjadi ideologi dalam kehidupan ber hukum. Karena kepastian hukum diandaikan sebagai tujuan akhir, maka tugas hukum menjadi selesai apabila telah menemukan kepastian.

Penelitian ini meragukan sekaligus menunjukkan bahwa apa yang disebut kepastian hukum bukan suatu yang a historis dan bebas nilai, melainkan hasil konstruksi manusia. Karena konstruksi manusia, ia juga tidak lepas dari proses-proses psikologis dan politis. Jika demikian, kepastian hukum tidak lebih dari sebuah reifikasi, yang tidak ada dibendakan sehingga seolah-olah konkrit.

## 3. Ilusi Obyektivisme

Penelitian ini menunjukkan bahwa pendapat kaum Positivis yang beranggapan hukum bersifat obyektif ternyata merupakan ilusi para ahli hukum. Positivisme Hukum yang hendak mengusir anasir-anasir subyektif untuk mendapat obyektivitas,

tidak lain merupakan kepentingan itu sendiri atau subyektivitas lain yang tersembunyi dan “tidak diakui” oleh subyek. Pada titik ini, klaim kebenaran obyektif menjadi absurd.

Hukum tidak bisa diobyektifikasi karena kita (manusia) berada di dalamnya dan menjadi bagiannya -- mengandung implikasi teoritis -- bahwa Positivisme Hukum dengan ajaran obyektivisme-nya adalah suatu yang tidak mungkin diterapkan dalam hukum secara totalitas. Bagaimana mungkin seseorang hakim bisa menganalisis sebuah kasus hanya “murni” dengan mendasarkan diri pada norma hukum yang berlaku karena sebenarnya hakim itu sudah terpengaruh perspektif pendidikan, gendernya, psikologinya, orientasi seksualnya, agamanya, status sosialnya, kelas sosialnya, tradisi, atau bahkan ideologi keilmuannya.

Dengan demikian, “yuridis-normatif” adalah sebuah klaim yang sosiologis-psikologis pula (karena didasarkan pada perspektif pendidikan, gender, orientasi seks, kelas sosial, ideologi dari sang penafsir) tetapi yang “tidak diakui” oleh si penafsir itu sendiri.

Pengadilan yang kelihatan tenang dari luar, ternyata sarat dengan perselisihan paradigma dan kepentingan. Demikian pula, dalam ranah teks, secara diam-diam maupun terbuka, terjadi perselisihan paradigma (*the battle of paradigm*) antara kalangan yang masih bertahan dengan penafsiran murni atau skripturalistik atas teks hukum dengan pihak yang melakukan penafsiran hermeneutik-filosofis. Penafsiran murni dan skripturalistik (monotafsir) menerapkan apa yang tertulis secara mentah-mentah, maka teks-teks hukum yang hanya dibaca kata-katanya tidak menjamin kualitas putusan hakim yang adil. Rumusan hukum yang bersifat umum dan diterapkan secara kaku terhadap kejadian di masyarakat yang notabene bersifat unik beresiko menimbulkan penyeragaman yang ujungnya adalah menjauhkan hukum dari keadilan. Berhukum dengan teks baru merupakan awal yang masih harus dilanjutkan dengan upaya interpretasi. Sebagaimana karakternya yang normatif, hukum memang dimulai dari norma, tetapi norma peraturan itu tidak langsung diterapkan begitu saja.

Dalam kasus Minah, Manisih, Hamdani, Dea, Riba, Pohon Mangga, Pergantian Kelamin, dan Kawin Lari kita dapat menilai putusan mana yang berkualitas dan mendekati keadilan. Putusan yang berkualitas tentu bukan putusan yang penalarannya hanya menempatkan hakim sebagai corong undang-undang. Kita bisa menilai putusan yang berkualitas dan mendekati keadilan adalah putusan yang hakim-nya bukan hanya membaca teks, tetapi berusaha menafsirkan dan

merenungkan tentang apa dibalik apa adanya (makna) dalam teks, berusaha berdialog dengan konteks, serta melibatkan nuraninya. Terlebih lagi, dalam kasus Minah, Manisih, Hamdani, Dea, Riba, Pohon Mangga, Pergantian Kelamin, dan Kawin Lari berada dalam situasi yang dilematis; terlihat ketegangan antara tuntutan kepastian hukum dengan keadilan.

Pertanyaan-pertanyaan dituangkan oleh Filsafat Hukum dalam kanvas yang lebih besar dengan jawaban-jawaban yang tidak tunggal. Dalam kasus pencurian tiga kakao, pencurian sisa panen, dan pencurian sandal bolong, misalnya, paradigma Positivisme Hukum mengajukan pertanyaan tentang definisi pencurian dan sibuk berdebat apakah perbuatan itu telah memenuhi unsur-unsur pasal pencurian. Sementara Hukum Kodrat akan bertanya mengapa pencurian merupakan suatu terlarang dan dicantumkan sebagai materi hukum, sedangkan bentuk ketidakjujuran lainnya diletakkan semata-mata sebagai masalah moral. Sementara mazhab Sejarah akan memperlakukan hukum formal yang mereduksi perbuatan manusia yang unik ke dalam standar formal tertentu. Di suatu daerah, misalnya, secara budaya mempunyai pandangan yang berbeda-beda tentang makna dan jenis pencurian, misalnya dalam masyarakat Jawa 'gresek/ngasak' bukan dikategorikan pencurian, tetapi oleh hukum formal hanya disediakan satu pengertian tentang tindak pidana pencurian. Sedangkan, *Marxist Theory of Law* akan mempertanyakan mengapa pencurian "nilai-lebih" tidak pernah dikategorikan pencurian tetapi justru dilegalkan oleh hukum formal, sementara orang mengambil sisa panen, sandal bolong, dan tiga kakao bisa dijerat oleh hukum. Demikian pula, *Critical Legal Studies* sejak awal mencurigai dibalik kasus Manisih, Hamdani, dan Minah sudah bias kepentingan ekonomi-politik. *Critical Legal Studies* menunjukkan bahwa kepastian hukum bergandengan erat dengan keinginan mempertahankan *status quo* bagi kelas yang mapan. Para yuris memberikan penafsiran yang saling bersaing tentang hukum, berupaya mengajukan argumentasi yang menurut mereka paling tepat.

#### 4. Kebenaran dalam Perspektif Ilmu Hukum.

Penelitian ini menunjukkan kebenaran dalam hukum bukan total subyektif maupun total obyektif, melainkan intersubyektif. Menempatkan hukum pada kebenaran intersubyektif membawa pada pemahaman yang berbeda-beda karena intersubyektivitas menekankan perbincangan diskursus dan persetujuan yang cukup

sebagai sesuatu yang sangat penting dalam memutuskan sesuatu. Setiap yuris yang berupaya untuk menemukan suatu jawaban terhadap masalah yuridis akan mencari jawaban lewat penafsiran berdasarkan argumen-argumen yang tepat, relevan, dan paling dapat diterima.

Hukum bukan suatu yang "kedap air" (esoterik). Teks adalah produk pikiran (subyektif) yang diobyektifikasi. Ketika dihadapkan dengan teks, hakim harus memahami, menafsirkan, bercakap-cakap atau berdialog dengan teks hukum. Ketepatan dan relevansi argumentasi selalu berhubungan dengan konteks, atau bersifat kontekstual, sehingga ia selalu dinamis.

Cara pandang melihat hukum sebagai kebenaran intersubyektif juga mempunyai implikasi teoritis dalam memahami kepastian hukum dan keadilan. Hukum tidak identik dengan keadilan, meski mungkin saja keadilan bisa "didekati" dari apa yang legal. Jika hukum diasumsikan identik dengan keadilan, maka mengandung konsekuensi pencarian keadilan di luar hukum akan dihentikan karena pencarian keadilan hanya bersumber pada hukum, bahkan lebih sempit lagi: undang-undang. Untuk memperjelas duduk persoalan, perlu juga dibedakan antara peraturan, kaidah, dan keadilan.

Hukum dan keadilan tidak bisa diperbandingkan (apalagi diperselisihkan) karena hukum adalah alat, sarana, atau media untuk mendekati keadilan. Sarana dan tujuan adalah tidak sederajat, lalu bagaimana mungkin bisa memperselisihkan antara sarana dan tujuan? Hukum tidak mungkin melampaui keadilan, karena begitu diandaikan, maka alat telah mengkoloni tujuannya.

Keadilan selalu di depan hukum, dan memprovokasi hukum untuk selalu mendekatinya. Kepastian hukum bukan merupakan 'tujuan akhir', melainkan hanya 'tujuan antara' untuk mendekati keadilan. Keadilan tidak dapat "dipastikan" secara obyektif dan setiap orang mempunyai pandangan sendiri-sendiri tentang keadilan. Kita tidak bisa menarik batas yang jelas dan pasti antara hukum dan keadilan, tetapi kita bisa menggambarkan bahwa keadilan adalah suatu konsep yang jauh melampaui hukum sehingga keadilan tidak bisa sepenuhnya dipastikan dalam rumusan hukum. Keadilan itu tidak terbatas, dalam arti ia tidak bisa dibatasi dalam definisi tertentu, atau direduksi pada hukum tertentu, atau diderivasi pada sesuatu yang dianggap pasti. Namun demikian, bukan berarti pencarian tentang keadilan selalu menemui jalan buntu, keadilan bisa didekati melalui upaya pencapaian kebenaran intersubyektif. Menempatkan hukum pada kebenaran intersubyektif, menekankan perbincangan

diskursus dan konsensus dalam memutuskan sesuatu. Setiap yuris yang berupaya untuk menemukan suatu jawaban terhadap masalah yuridis akan mencari jawaban lewat penafsiran berdasarkan argumen-argumen yang tepat, kontekstual, dan paling dapat diterima para pihak.

Betapapun kuatnya kritik-kritik ini terhadap ajaran kaum legis, ide ini tidaklah dimaksudkan untuk menghilangkan secara radikal apa yang disebut *jurisprudence*. Klaim atas kebenaran dan sangkalan atas kebenaran dalam ranah ilmu pengetahuan adalah masalah biasa, karena disadari ilmu pengetahuan sendiri tidak pernah mampu meraih kebenaran absolut. Hanya dengan begitu tuntutan manusia terhadap 'kebenaran' dan 'kebenaran' akan selalu terbuka untuk didiskusikan. Keprihatinan dan kritik-kritik yang dilancarkan tidaklah dimaksudkan untuk mengingkari pentingnya Ilmu Hukum, akan tetapi untuk "memperadabkan" Legisme-Positivistik yang telah mereduksi keadilan menjadi sekedar hukum positif. Kritik ini tetap bergerak dalam ranah *jurisprudence* untuk mempertahankan peran kaidah-kaidah hukum, khususnya dalam proses-proses adjudikasi untuk menyelesaikan perkara hukum. Kritik terhadap Positivisme Hukum sebenarnya bermaksud menekankan perlunya "regresif", yakni ketika Ilmu Hukum "tersesat" dan Praktik Hukum semakin menjauh dari tujuannya: keadilan, maka ia harus kembali ke pangkalannya.

## **B. Saran**

1. Paradigma bukan bangunan yang statis melainkan sarat dengan pertikaian paradigma (the battle of paradigm) yang tidak pernah usai. Kalau hukum sepakat didudukkan sebagai ilmu, maka ia harus diandaikan tidak akan pernah mengalami stagnasi. Permasalahannya, fakultas-fakultas hukum di Indonesia memperlakukan ilmu dan metodologi layaknya ideologi atau bahkan seperti "agama". Karena membeku menjadi 'keyakinan', perkembangan Ilmu Hukum stagnan, karena cenderung esoterik dan tidak membuka diri untuk saling bekerja sama. Mengkaji hukum hanya dari sisi normatifnya tentu tidak bisa melihat hukum senyatanya. Terlebih lagi, kesenjangan *das sollen* dan *das sein* di Indonesia begitu tajam, hukum tidak selalu linear dari apa yang ada dalam kitab undang-undang, melainkan seringkali melenceng yang berlaku dalam praktik. Demikian pula sebaliknya, melihat hukum dari sisi empiris semata,

tidak bisa menjelaskan hukum sebagai sistem normatif atau tata norma yang positif, sebab ia hanya berhenti kepada deskripsi gejala-gejala saja. Artinya, aliran-aliran hukum hanyalah potongan-potongan yang tidak utuh, seharusnya saling menyapa, bekerja sama, dan saling melengkapi. Dikotomi dan memisahkan sama sekali Hukum Normatif dan Hukum Empiris hanya memiskinkan kajian Ilmu Hukum, dan mengandaikan tidak ada lagi kemungkinan teori dan metodologi di luar yang Normatif dan yang Empiris tersebut. Ke depan, disamping melihat Hukum Normatif dan Hukum Empiris sebagai kesaling-hubungan, juga perlu membuka ruang lahirnya teori dan metodologi baru (di luar yang Normatif dan Empiris) sehingga memperkaya dan mempertajam Ilmu Hukum dalam merespon perkembangan masyarakatnya.

2. Bagi para akademisi hukum, kritik terhadap Positivisme Hukum sebagai paradigma dominan dapat mendorong dilakukannya reorientasi pengajaran hukum di Indonesia dan lahirnya “school” baru. Pendidikan hukum ke depan tidak sekedar berfungsi sebagai *'legal craftsmanship'* dan *'legal mechanic'*, tetapi lebih dari itu, mempunyai empati dan perspektif kritis untuk mengubah keadaan yang lebih berkeadilan.
3. Demikian pula di ranah praktek hukum, jika keadilan adalah perjuangan maka hakim seharusnya mengidentifikasi dirinya sebagai pejuang hukum. Sebagai pejuang, hakim tidak hanya menjalankan hukum secara rutin tetapi selalu berusaha mendekati hukum kepada keadilan. Berhenti pada pembacaan undang-undang sebagai peraturan bisa menimbulkan kekeliruan besar karena makna dan nilai yang mendasari peraturan itu menjadi terlupakan. Kaidah itu sarat dengan makna dan nilai, sedangkan peraturan adalah penerjemahannya ke dalam kata-kata dan kalimat. Hakim pejuang bukanlah tipe orang-orang yang mengangkat kedua tangannya seraya mengatakan, “apa boleh buat, hukumnya memang begitu”. Kearifan hakim apabila ia membaca kaidah dengan berusaha menyelam ke dalam spirit, asas, tujuan hukum dan mendialogkannya dengan konteks. Untuk mendorong putusan yang berkualitas, perlu ada lembaga-lembaga seperti Komisi Yudisial, Perguruan Tinggi, LSM, dan masyarakat luas yang secara berkala merekam, menganalisis dan mengeksaminasi putusan-putusan hakim. Putusan-putusan yang dikaji itu dikomunikasikan dan menjadi perbincangan publik sehingga

bukan hanya menjadi pengetahuan eksklusif para ahli hukum atau yuris. Penghargaan diberikan kepada hakim-hakim yang melahirkan putusan "landmark decision" dan menjadi salah satu indikator bagi pihak-pihak yang berwenang untuk mempromosikan hakim-hakim tersebut ke jenjang jabatan yang lebih tinggi, misalnya pemilihan hakim agung melalui jalur karir. Sebaliknya, bagi hakim yang putusannya kurang mampu menunjukkan argumentasi yang berkualitas, harus pula mendapat kritik.

4. Pembelajaran Ilmu Hukum tidak hanya berhenti pada pendidikan formal-akademis. Terutama bagi hakim, perlu pembelajaran secara terus menerus (*life-long learning*), misalnya penalaran hukum dengan mendialogkan ranah teoritik-filosofis dan kasus-kasus hukum yang dihadapi. Pembelajaran terus-menerus diharapkan dapat mendorong "fresh judgement" yang bernilai *landmark decision*, sehingga tidak sekedar berfungsi sebagai 'legal craftsmanship' dan 'legal mechanic' tetapi mempunyai perspektif kritis untuk mengubah keadaan menjadi lebih adil.
5. Dalam kebenaran intersubyektif, pengetahuan adalah hasil konsensus dengan subyek-subyek lain. Hal ini berarti manusia sadar akan keterbatasan pengetahuannya sehingga kebenaran tidak dapat dicapai semata-mata oleh seorang subyek tunggal, melainkan dicapai secara komunikatif-intersubyektif, yaitu pemahaman timbal-balik dengan subyek-subyek lainnya. Ke depan, dalam konteks pencarian kebenaran intersubyektif, seharusnya "wewenang" tidak hanya diberikan kepada seseorang dan beberapa orang yuris yang secara rutin karena tugasnya memeriksa dan memutus perkara, melainkan juga perlu memperluas partisipasi masyarakat. Adanya partisipasi masyarakat dalam pengadilan lebih memungkinkan untuk menemukan kebenaran intersubyektif dibandingkan cara klasik yang selama ini dijalankan.

## DAFTAR PUSTAKA

Andrei Marmor, *Exclusive Legal Positivism*, dalam The Oxford Hand Book of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford Press 2002.

'Entreves, A.P. d, *Natural Law an Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson & Co, 1970.

Algra, N.E, dan K. Van Duyvendijk, *Rechtanvaang* (Diterjemahkan oleh Simorangkir), Mula Hukum, Binacipta, 1983.

Ardhiwisastra, Yudha Bhakti, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Penerbit Alumni, Bandung, 2004.

Austin, J , *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995.

Bakker, Anton, *Metode-Metode Filsafat*, Ghalia Indonesia, 1986.

Balkin, J.M., *Deconstruction*, dalam Dennis Patterson (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publisher, 2001

Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006.

Bernard, James Murphy, *The Philosophy Positive Law, (Foundations of Jurisprudence)*, Yale University Press, 2005.

Blomley, Nicholas K., *Law, Space, and the Geographies of Power*, New York, the Guildford Press, 1994.

Bruggink, John, *Refleksi Tentang Hukum*, terjemahan B. Arief Shidarta, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 1992.

Brught, Gr. Van der & J.D.C Winkelman, *Penyelesaian Kasus*, terjemahan B. Arief Shidarta, Jurnal Pro Justitia, Tahun XII, No. 1, Januari 1994.

Cardozo, Benyamin, *The Nature of The Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1949.

Coser, Lewis, *Master of Sociological Thought*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1997.

Danardono, Donny, *Rasio Yang Argumentatif –Komunikatif dan Intuisi yang Instruktif*, 2007.

Derrida, Jacques, *“Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”*, dalam *Deconstruction and The Possibility of Justice* (diedit oleh Drucilla Cornell et.all) Routledge, 2002.

Dimiyati, Khudzaifah, *Teorisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945 – 1990*, Muhammadiyah University Press, 2004, hal 66.

Douzinas, Costas, *Postmodern Jurisprudence The Law of Text in Texts of Law*, Routledge, 1993.

Dworkin, Ronald *Law’s Empire*, Hart Publising, 1998.

Dworkin, Ronald, *Taking Right Seriously*, Reprinted by kind permission of the author and Gerald Duckworth & Co.), 1978.

Erickson, Rosemary J. dan Rita J. Simon, *The Use of Social Science Data in Supreme Court Decisions*, University of Illinois Press, 1998.

Francis Lieber, *Manual of Political Ethics*, 2 vols., 2d ed. Philadelphia: Lippincott, 1911.

Frank Freidel, *Francis Lieber: Nineteenth Century Liberal*, Lousiana State University Press, 1947.

Freeman, M.D.A., *Llyod’s Introduction to Jurisprudence* (London: Sweet & Maxwell LTD), 2001.

Friedmann, W., *Legal Theory*, Steven & Son Limited, 1953.

Gadamer, Hans-Georg. *Truth and Method*, Second, Revised Edition diterjemahkan Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall, London-New York: Sheed & Ward Ltd and the Continuum Publishing Group, Reprinted 2006

Waldron, *Kant’s Legal Positivism*, Harvard Law Review, 1996.

Gandhi, Leela, *Postcolonial Theory A Critical Introduction* (Terjemahan: Teori Poskolonial Upaya Meruntuhkan Hegemoni Barat), Penerbit Qalam, 2001.

Gijssels, Jan dan Mark van Hoecke, *What is Rechtsteorie ?*, (Diterjemahkan oleh Arief Sidharta, *Apakah Teori Hukum Itu ?*), Penerbitan tidak Berkala No. 3, Bandung: Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2001,

Gordon Scott, *The History and Philosophy of Social Science*, London: Routledge, 1991

Greenwalt, Kent, *Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism*, dalam *The Autonomy of Law, Essay on Legal Positivism*, Editor: Robert P. George, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Hamlyn, DW, *History of Epistemology*, dalam Paul Edwards, *The Encyclopedia of Philosophy*, 1967.

Hampshire, Stuart, *Justice is Conflict : The Soul and The City*, Princeton University Press, 2000.

Hardiman, F. Budi, *Melampaui Positivisme dan Modernitas Diskursus Filosofis tentang Metode Ilmiah dan Problem Modernitas*, Kanisius, 2003.

Hardiman, F. Budi, *Filsafat Fragmentaris*, Pustaka Filsafat, 2007.

Hardiman, F. Budi, *Filsafat Modern, Dari Machiavelli sampai Nietzsche*, Jakarta: Penerbit Gramedia Pustaka Utama, 2004.

Hardiman, F. Budi, *Kritik Ideologi Menyingkap Kepentingan Pengetahuan Bersama Jurgen Habermas*, Buku Baik, 2004.

Hardiman, F. Budi, *Kritik Ideologi, Menyingkap Kepentingan Pengetahuan Bersama Jurgen Habermas*, Yogyakarta: Penerbit Buku Baik, 2004.

Harris, J.W., *Kelsen Pallid Normativity*, Ratio Juris, 1996, Vol. 9.

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

Hart, HLA., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford, 1972.

Heylighen, F., *Epistemology, Introduction*, Principia Cybernetica Web, 1993.

Himma, Kennet Einar, *Inclusive Legal Positivism*, dalam *The Oxford hand Book Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002

Hooft, Visser't, *Filosofie van de Rechtswetenschap*, Terjemahan B. Arief Sidharta, *Filsafat Ilmu Hukum*, Universitas Parahyangan, 2009.

Huijbers, Theo, 1990, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta: Kanisius.

Ibrahim, Johnny, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayu Media, 2005.

Jones, Russel A., *Research Methods in the Social and Behavioral Sciences*, Sunderland, Mass: Sinauer Associations, 1985.

Kantorowicz, H., *Savigny and The Historical School of Law*, 1937. Lihat juga, M.D.A Freeman, Op.cit., hal. 905.

- Kasim, Ihdhal, *Membebaskan Hukum* (Pengantar: Gerakan Studi Hukum Kritis), Jurnal Wacana Insist, VI/2000.
- Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge: Harvard University Press), 1987.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Diterjemahkan oleh Anders Wedberg, Renewed, Russel & Russel New York, 1973.
- Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, Diterjemahkan oleh Max Knight, University of California Press, 1976.
- Kennedy, Duncan, *Legal Education as Training for Hierarchy*, dalam David Kairys, ed., *Politics of Law* (New York: Pantheon), 1982.
- Kelley, Patrick J., Holmes, *Langdell and Formalism*, Ratio Jurist, Vol. 15 No. 1, 2002.
- Khun, Thomas, *The Structures of Scientific Revolution*, Chicago : The University of Chicago Press, 1970.
- Kusumohamidjojo, Budiono, *Filsafat Hukum Problematik Ketertiban yang Adil*, Grasindo, 2004.
- Lawson, F.H., *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, 1953. Lihat, John Bell et.al., *Principles of French Law*, Oxford University Press, New York.
- Llewellyn, Karl, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (Chicago: University of Chicago Press, 1962.
- Llyod, Dennys, *The Idea of Law*, Harmondsworth, Penguin Books, 1973.
- MarcCormick, Neil, *Rhetoric and Rule of Law Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press
- Loth, M.A., *Recht en Taal, Bahasa dan Hukum*, diterjemahkan Linus Doludjawa, Jakarta:Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-Undangan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia, 2007
- Machado, Roberto, *Kritik Arkeologi Foucault dalam Majalah Basis* (No 01-02, tahun ke-52), 2003.
- Marx, Karl, *Capital*, Foreign Languages Publishing House, Moscow, 1962 Vol. I & II.
- Marx, Karl, *Theories of Surplus Value*, Part. I, Moscow; Progress Publisher, 1963.
- Marx, Karl, *Theories of Surplus Value*, Part. II, Moscow; Progress Publisher, 1968.
- Marzuki, Peter Mahmud *Penelitian Hukum*, Penerbit Kencana, 2005.

- Mertokusumo, Sudikno & Pitlo, *Bab-Bab Penemuan Hukum*, Yogyakarta: Citra Aditya Bakti, 1993.
- Montesquieu, *The Spirit of The Law*, (diterjemahkan oleh Thomas Nugent), NY: Hafner Press, 1949.
- Murphy, James Bernard, *The Philosophy Positive Law (Foundations of Jurisprudence)*, Yale University Press, 2005.
- Pangaribuan, Luhut M.P, *Lay Judges & Hakim Ad Hoc Suatu Studi Teoritis Mengenai Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Indonesia, 2009.
- Paulson, Stanley L., *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*, Oxford Journal of Legal Studies, 1992, Vol. 12.
- Pompe, S. Van Hoeij Schilthouwer, *The Indonesian Supreme Court: Fifty Years of Judicial Development* (Disertasi), 1996.
- Pontier, J.A., *Rechtsvinding*, Ars Aeuqui Libri, Nijmegen, 1995 (diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta)
- Posner, R.A., *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001.
- Popper, Karl, *Objective Knowledge*, Oxford University Press, 1979.
- Popper, Karl, *The Logic of Scientific Discovery* (2nd English ed.). New York, NY: Routledge Classics, 2002.
- Pranarka dan A. Braker, *Epsitemolog Kebudayaan dan Pendidikan*, Yogyakarta: Yayasan Studi Filsafat, 1979.
- Radbruch, Gustav, *Five Minutes of Legal Philosophy (1945)*, diterjemahkan oleh Paulson dan Stanley L. Paulson, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 1, 2006.
- Rahardjo, Satjipto, *Biarkan Hukum Mengalir Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Penerbit Buku Kompas, 2007.
- Rahardjo, Satjipto, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Penerbit Buku Kompas.
- Rahardjo, Satjipto, *Pembangunan Hukum di Indonesia Dalam Konteks Situasi Global, Makalah Seminar Nasional tentang Pendayagunaan Sosiologi Hukum dalam Masa Pembangunan dan Restrukturisasi Global dan Pembentukan Asosiasi Pengajar dan Peminat Sosiologi Hukum se-Indonesia*, Pusat Studi Hukum dan Masyarakat Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 1996.

Rasjidi, Lili, dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004.

Ricoeur, Paul, *The Conflict of Interpretations*, Northwestern University Press, 1974.

Ritzer, George, *Modern Sociological Theory (Fourth Edition)*, McGraw Hill International Edition, 1996,

Riyanto, Armada, *Positivisme Hukum Mahkamah Konstitusi: Kritik atas Pembatalan UU Antiterorisme Bom Bali*, Kompas 30 Juli 2004..

*Theory*, The Free Press, New York, 1976, hal 205.

Rommen, Heinrich A., *Natural Law A Study in Legal and Social History and Philosophy*, (Diterjemahkan oleh Thomas Hanley), Liberty Fund, 1998.

Sandra F. Joireman, *Colonization and The Rule of Law: Comparing the Effectiveness of Common Law and Civil Law Countries*, Kluwer Academic Publisher, Netherland, 2005.

Santos, de Sousa, Boaventura, *Toward a New Common Sense: Law, Science, and Politics in The Paradigmatic Transition*, Routledge, London, 1995.

Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997.

Schauer, Frederic, *Formalism*, Yale Law Journal no. 97, 1988

Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan*, Bandung : CV Utomo, 2006.

Shidarta, *Misnomer Dalam Nomenklatur Positivisme Hukum*, [www.dartahukum.com/wp-content/misnomerdalamnomenklatur](http://www.dartahukum.com/wp-content/misnomerdalamnomenklatur).

Shidarta, *Positivisme Hukum*, UPT Penerbitan Universitas Tarumanegara, 2007.

Shidarta, *Posmodernisme dan Ilmu Hukum*, (Makalah disampaikan pada Seminar tentang Posmodernisme dan Dampaknya terhadap Ilmu Pengetahuan), 17 Februari 2005.

Sidharta, B. Arief, *Teori Murni Tentang Hukum*, dalam Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya (Peny. Lili Rasjidi dan Arief Sidharta), Bandung: Remaja Karya, 1989.

Sidharta, B. Arief, *Struktur Ilmu Hukum Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2008.

Sidharta, B. Arief, *Paradigma Ilmu Hukum Indonesia dalam Perspektif Positivis*, Makalah dipresentasikan dalam Simposium Nasional Ilmu Hukum tentang “Paradigma

dalam Ilmu Hukum Indonesia”, di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, tanggal 10 Februari 1998.

Sidharta, B. Arief, *Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal*, Makalah Lepas, Tanpa Tahun.

Sidharta, B. Arief, Ilmu Hukum Indonesia, Bandung:Fakultas Hukum Universitas Parahyangan, 2010.

Sinha, Surya Prakash, *Jurisprudence Legal Philosophy In a Nutshell*, West Publishing, 1993.

Siswomihardjo, Wibisono, Koento, *Arti Perkembangan Menurut Filsafat Positivisme Auguste Comte*, cet. 2, Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1996.

Smart, Carol, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, 1989.

Soetandyo Wigjoesobroto, *Fenomena Cq Realitas Sosial sebagai Objek Kajiab (Sains) Sosial*, Makalah Seminar dan Pelatihan Metodologi Penelitian, 2001.

Soetandyo Wigjoesobroto, *Konsep Hukum, Tipe dan Metode Penelitiannya*, Makalah disampaikan pada Penataran Metodologi Penelitian Hukum di Fakultas Hukum Universitas Hasanudin, Makasar, 4- 5 februari 1994.

Soetandyo Wignjoesobroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika Sosial dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, RajaGrafindo Persada, Jakarta.

Spoonley, *Constructing Ourselves: The Post-Colonial Politik of Pakeha* dalam M. Wilson dan A Yeatman (ed) *Justice and Identity: Atipodean Practices*, NSW: Allen & Unwin, 1995.

Tamanaha, Brian Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, 2001

Tamanaha, Brian Z., *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, 2006

Tamanaha, Brian Z., *Understanding Legal Realism*, Legal Studies Research Paper Series, ST John’s University School of Law, 2008.

Tamanaha, Brian Z., *Beyond The Formalist – Realist Divide*, Princeton University Press, 2010.

Tebbit, Mark, *Philosophy of Law*, Routledge : London and New York, 2000

Tojeng, M. Affan R. dan Emerson Yuntho, *Pengadilan Tanpa Akal Sehat Dibalik Skandal Korupsi Bulog II dan Proses Peradilan Akbar Tanjung*, ICW, 2004.

- Tubbs, Margot, “*Feminism and Legal Positivism*” dalam D. Kelly Eisberg (ed.), *Feminist Legal Theory : Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993.
- Unger, Roberto, *Law in Modern Society* (New York: Free Press), 1976.
- Unger, Roberto M., *The Critical Legal Studies Movement*, (Cambridge: Harvard University Press), 1986.
- Vanderbilt, Arthur T, *The Reconciliation of The Civil Law and Common Law, The Code Napoleon and The Common-Law World*, New York University Press, 1956.
- Vandevelde Kenneth J., *Thinking Like A Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning*, Colorado: Westview Press, 1996..
- Watloly, Aholiab, *Tanggung Jawab Pengetahuan Mempertimbangkan Epsitemologi Secara Kultural*, Penerbit Kanisius, 2001.
- West, Robin, *Natural Law Ambiguities*, Connecticut Law Review, Vol 25.
- Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico Philosophicus*, London: Routledge & Kegan Paul LTD, 1961
- Yu-Lan, Fung, *A Short History of Chinese Philosophy*, New York, The Free Press, 1966
- William E. Conklin, *The Invisible Origins of Legal Positivism*, Kluwer Academic Publisher, 2001.