

edisi revisi

PENGANTAR ILMU HUKUM



Prof. Dr. Peter Mahmud Marzuki, S.H., M.S., LL.M.
Guru Besar Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya

Edisi Revisi

Pengantar ILMU HUKUM

pustaka-indo.blogspot.com

Sanksi Pelanggaran Pasal 113 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, sebagaimana yang telah diatur dan diubah dari Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002, bahwa:

Kutipan Pasal 113

- (1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000,- (seratus juta rupiah).
- (2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,- (lima ratus juta rupiah).
- (3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,- (satu miliar rupiah).
- (4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,- (empat miliar rupiah).

Edisi Revisi

Pengantar ILMU HUKUM

PROF. DR. PETER MAHMUD MARZUKI, S.H., M.S., LL.M.

Guru Besar Ilmu Hukum

Fakultas Hukum Universitas Airlangga



PENGANTAR ILMU HUKUM

Edisi Revisi

Copyright © 2008

Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

ISBN 978-979-1486-53-8 340

15 x 23 cm

xii, 306 hlm

Cetakan ke-10, Januari 2017

Kencana. 2008.0216

Penulis

Prof. Dr. Peter Mahmud Marzuki, S.H., M.S., LL.M.

Desain Sampul

Suwito

Penata Letak

Y. Rendy

Percetakan

PT Kharisma Putra Utama

Penerbit

K E N C A N A

Jl. Tandra Raya No. 23 Rawamangun · Jakarta 13220

Telp: (021) 478-64657 Faks: (021) 475-4134

Divisi dari PRENADAMEDIA GROUP

e-mail: pmg@prenadamedia.com

www.prenadamedia.com

INDONESIA

Dilarang mengutip sebagian atau seluruh isi buku ini dengan cara apa pun,
termasuk dengan cara penggunaan mesin fotokopi, tanpa izin sah dari penerbit.

Pengantar Edisi Revisi

Buku ajar berjudul *Pengantar Ilmu Hukum* ini telah beredar sejak tahun 2008. Akan tetapi atas desakan, saran, dan kritik rekan-rekan akademisi, perlu kiranya untuk melakukan revisi agar para pembaca yang umumnya mahasiswa semester pertama fakultas hukum dapat lebih mudah memahaminya. Saya mengucapkan terima kasih kepada teman-teman sejawat, terutama rekan Winarno Yudho, S.H., M.A., dosen Fakultas Hukum Universitas Indonesia (FHUI) yang telah memberi kritik yang membangun. Juga saya ucapkan terima kasih kepada Dr. Drs. Abdul Shomad, S.H., M.H. dan Prof. Dr. I Gusti Ngurah Wai-racana, S.H., M.H. yang sempat saya ajak diskusi untuk penulisan ini.

Dalam edisi revisi yang dirombak total adalah Bab I sedangkan bab-bab lainnya tetap seperti semula karena menurut rekan-rekan sejawat tidak sulit bagi pemula. Saya berusaha untuk membuat para pemula studi hukum lebih mudah memahami buku ini. Mengenai substansi pada bab I memang banyak mengalami perubahan yang bertujuan untuk lebih menjelaskan mereka yang baru belajar ilmu hukum mengingat Bab I merupakan titik anjak dalam mempelajari buku ini. Sudah barang tentu cara dan gaya penulisan tetap saya pertahankan.

Akhirnya, saya sampaikan terima kasih kepada penerbit Prenada Media Group yang telah menerbitkan edisi revisi ini.

Agustus 2011

Peter Mahmud Marzuki

Pengantar Edisi Pertama

Pada saat ini telah banyak beredar buku ajar tentang *Pengantar Ilmu Hukum*. Saya memberikan apresiasi kepada para penulis tersebut terhadap usaha menyediakan buku yang dapat dipahami oleh mereka yang baru belajar ilmu hukum. Akan tetapi tanpa mengurangi rasa penghargaan tersebut, saat ini masih dirasakan perlunya tulisan yang benar-benar mendasar tentang ilmu hukum.

Buku ini memang disiapkan bagi mereka yang belajar di fakultas hukum bukan bagi fakultas lain yang belajar hukum. Sebagaimana buku pengantar, buku ini dimaksudkan untuk para pemula. Pendapat-pendapat para sarjana yang bersifat filosofis dicoba untuk disederhanakan dan bilamana mungkin disertai contoh sehingga memudahkan pembaca.

Di dalam buku ini dikutip ungkapan-ungkapan atau tulisan-tulisan dari bahasa aslinya. Hal itu dilakukan agar pembaca mengetahui teks asli penulis aslinya dan apabila pembaca memahami bahasanya dapat segera menangkap makna yang diinginkan oleh penulisnya. Di samping itu, merupakan pertanggungjawaban dari penulis dalam melakukan rujukan guna mempertahankan argumentasinya. Namun demikian, terhadap teks-teks dalam bahasa aslinya tersebut saya berikan terjemahan bebasnya agar pembaca memahami maksud teks-teks tersebut. Meskipun demikian, apabila pembaca yang mengerti bahasa itu dan ahli dalam bidang itu merasa bahwa terjemahan yang saya berikan kurang tepat, sudilah kiranya memberi koreksi terhadap terjemahan itu.

PENGANTAR ILMU HUKUM

Akhirnya, saya sampaikan terima kasih kepada penerbit Prenada Media Group yang telah menerbitkan tulisan ini.

Agustus, 2008

Peter Mahmud Marzuki

pustaka-indo.blogspot.com



Daftar Isi

KATA PENGANTAR EDISI REVISI	v
KATA PENGANTAR EDISI PERTAMA	vii
DAFTAR ISI	ix
BAB 1 KARAKTERISTIK ILMU HUKUM	1
Pengertian Ilmu	1
Pengelompokan Ilmu	5
Eksistensi Ilmu Hukum	8
Sejarah Timbulnya Ilmu Hukum	10
Ruang Lingkup Ilmu Hukum	20
Ilmu Hukum merupakan Disiplin bersifat Sui Generis	28
Upaya Mengempiriskan Ilmu Hukum	36
BAB 2 HUKUM SEBAGAI NORMA SOSIAL	41
Eksistensi Hukum dalam hidup Bermasyarakat	41
Hukum dan Kebiasaan	50
Arti Penting Hukum dalam Aspek Fisik dan Eksistensial Manusia	56
Eksistensi Sanksi	67
Hukum dan kekuasaan	73
Hukum dan Norma Sosial Lainnya	77
BAB 3 TUJUAN HUKUM	87
Relevansi Perbincangan Tujuan Hukum dalam Ilmu Hukum	87
Perkembangan Pandangan tentang Tujuan Hukum	95
Perkembangan Makna Hukum dalam Hidup Bermasyarakat	109

PENGANTAR ILMU HUKUM

Tujuan Hukum dari Perspektif Ilmu Sosial	114
Moral sebagai Landasan Tujuan Hukum	121
Damai Sejahtera Sebagai Tujuan Hukum	128
Kepastian Hukum	136
Antinomi Dalam Hukum	139
BAB 4 HAK	141
Hak dan Hukum	141
Pengertian Hak	148
Penyalahgunaan Hak (Misbruik van Recht)	158
Macam-macam Hak	159
BAB 5 PENGERTIAN-PENGERTIAN ELEMENTER DALAM HUKUM	181
Hukum Publik dan Hukum Privat	181
Hukum yang Memaksa dan Hukum yang Mengatur	200
Subjek Hukum	205
Peristiwa Hukum dan Tindakan Hukum	208
Hubungan Hukum	216
Pertanggungjawaban dan Kesalahan	218
Tanggung Gugat	220
BAB 6 SISTEM CIVIL LAW DAN COMMON LAW	223
Sejarah Terjadinya Sistem Civil Law dan Common Law	223
Perkembangan Common Law	236
Sistem Hukum Amerika Serikat	239
Karakteristik Sistem Civil Law	244
Karakteristik Sistem Common Law	250
BAB 7 SUMBER-SUMBER HUKUM	255
Pengertian Sumber Hukum	255
Sumber-sumber Hukum Menurut Sistem Civil Law	258



Penemuan Hukum.....	282
Sumber-sumber Hukum Menurut Sistem Common Law	296
DAFTAR PUSTAKA	299
INDEKS	303
TENTANG PENULIS	305

pustaka-indo.blogspot.com



BAB 1

Karakteristik Ilmu Hukum

PENGERTIAN ILMU

Kata “ilmu” sering disalahartikan dengan “ilmu pengetahuan,” yang bahasa Inggrisnya *science*. Di dalam *Webster Dictionary*, kata *science* berarti *knowledge or a system of knowledge covering general truths or the operation of general laws especially as obtained and tested through scientific method*. Apabila pengertian ini diikuti, kebenaran yang tidak diperoleh dan diuji melalui *scientific method* atau metode ilmiah bukanlah *science*. Lalu, apakah *scientific method* atau metode ilmiah itu? Mengenai metode ilmiah, *Webster Dictionary* memberi pengertian sebagai *principles and procedures for the systematic pursuit of knowledge involving the recognition and formulation of a problem, the collection of data through observation and experiment, and the formulation and testing of hypotheses*. Apabila kedua pengertian yang diberikan oleh *Webster Dictionary* itu digabungkan, dapat dikemukakan bahwa suatu pengetahuan yang diperoleh tanpa melalui prinsip-prinsip dan prosedur formulasi masalah dan hipotesis dan tidak diverifikasi oleh data hasil observasi dan eksperimen bukanlah ilmu pengetahuan. Dengan demikian, yang disebut ilmu pengetahuan hanya bertalian dengan dunia yang kasatmata atau dapat diindra yang bahasa akademisnya bersifat empiris. Oleh karena itu, tidaklah salah kalau *Webster Dictionary* dalam penjelasannya mengenai *science* menyebutkan bahwa *such knowledge or such a system of knowledge concerned with the physical world and its phenomena: NATURAL SCIENCE*.

Memang, ilmu pengetahuan yang pertama berkembang pesat dan

mencapai tingkat bergengsi adalah ilmu pengetahuan alamiah. Jika sebelum era Isaac Newton (1642-1727) seseorang dipandang bergengsi kalau ia dapat menulis puisi, menciptakan musik dengan cita rasa tinggi, berkarya dalam bidang seni rupa, seperti memahat atau melukis yang karyanya memang benar-benar merupakan *masterpiece*. Leonardo da Vinci (1452-1519) meskipun juga seorang arsitek, insinyur, dan ilmuwan, ia lebih dikenal sebagai pelukis yang menghasilkan mahakarya “Mona Lisa” dengan *mystic smile*-nya. Para seniman dan filsuf memang mempunyai posisi yang tinggi dalam strata sosial pada saat itu.

Masa kemudian berganti. Abad XVII merupakan awal kebangkitan studi-studi tentang dunia alamiah dengan cara yang baru yang tidak lagi menggunakan metode metafisika seperti diajarkan oleh para filsuf. Francis Bacon (1561-1626) adalah orang yang pertama kali secara terang-terangan dan terbuka mengkritisi pengaruh Aristoteles seraya ia sendiri mengemukakan pentingnya metode ilmiah eksperimental. Menurut Francis Bacon, Aristoteles hanya berteori tanpa melakukan pengumpulan data mentah dan mengolah data tersebut. Bagi Bacon, pengolahan data mentah itulah yang merupakan bagian dari ilmu pengetahuan. Oleh karena itulah, kemudian ia mulai menyusun metode untuk pengumpulan data mentah dan pengolahan data.

Data yang dikumpulkan itu diperoleh lewat observasi bukan melalui olah pikir. Metode demikian disebut sebagai metode induksi. Metode induksi inilah yang merupakan ciri khas ilmu pengetahuan.¹ Dengan perkataan lain, metode induksi merupakan garis demarkasi yang memisahkan antara ilmu pengetahuan dengan bukan ilmu pengetahuan artinya kalau tidak menggunakan metode induksi bukan termasuk ke dalam bilangan ilmu pengetahuan. Pernyataan-pernyataan ilmiah harus didasarkan atas bukti-bukti eksperimental atau yang dapat diamati atau singkatnya atas dasar fakta bukan atas dasar mereka yang memiliki otoritas, atau atas dasar emosi, spekulasi, tradisi, kebiasaan atau apa saja yang tidak berdasar atas fakta.

¹ Bryan Magee, *Popper*, Glasgow: Collin, 1977, hlm. 19.



Ilmu pengetahuan secara umum dapat dibedakan menjadi dua kelompok, yaitu kelompok ilmu alamiah yang mempelajari fenomena alam termasuk kehidupan biologis, yang boleh dikatakan sebagai ilmu kehayatan (*life sciences*), dan kelompok ilmu sosial yang mempelajari perilaku manusia dan masyarakat. Kedua kelompok ilmu pengetahuan ini termasuk ke dalam bilangan ilmu empiris yang artinya bahwa pengetahuan yang diperoleh didasarkan atas fenomena yang dapat diamati dan kesahiannya dapat diuji oleh peneliti lainnya yang bekerja pada kondisi yang sama.

Dan, yang pertama kali menggunakan metode yang dipakai oleh ilmu alamiah untuk menerangkan evolusi sosial adalah seorang ahli matematika dan filsuf Perancis bernama Auguste Comte (1798-1857) dalam bukunya *Cours de Philosophie Positive* (1830-1832). Auguste Comte dipandang sebagai pendiri positivisme. Ia membedakan tiga tahap besar evolusi pemikiran manusia. Tahap pertama adalah tahap teologis. Pada tahap ini semua gejala diterangkan dengan merujuk kepada kausa yang bersifat supranatural dan campur tangan sesuatu yang ilahi.² Tahap kedua adalah tahap metafisika. Di dalam tahap ini segala sesuatu dilakukan dengan cara mengandalkan kekuatan nalar.³ Tahap ketiga, yaitu tahap terakhir adalah tahap positif. Tahap ini menolak semua pemikiran yang ada dalam filsafat dan membatasi diri kepada observasi empiris dan hubungan di antara fakta melalui metode yang digunakan dalam ilmu alamiah.⁴

Sejak paruh kedua abad XIX, positivisme yang dikemukakan oleh Auguste Comte menjadi suatu pola ilmu sosial. Sebagai seorang pengagum ilmu alamiah, John Stuart Mill percaya bahwa ada hukum kausalitas yang mengatur manusia dalam hidup bermasyarakat sama halnya dengan dunia fisika.⁵ Dalam bukunya *A System of Logic* (1843),

² Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1962, hlm. 89.

³ Tahap ini sebenarnya dimulai ketika Thales yang hidup sekitar 580 SM mulai mematahkan segala mitos dan mengandalkan akal pikiran untuk menelaah segala sesuatu. Robert C. Solomon, *Introducing Philosophy*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1981, hlm. 37.

⁴ Edgar Bodenheimer, *Loc. cit.*

⁵ Lord Lloyd of Hampstead and M.D.A. Freeman, *An Introduction to Jurisprudence*, Lon-



ia menerapkan metode ilmiah kepada studi sosial. Hal ini merupakan sesuatu yang pertama kali terjadi diterapkannya metode untuk ilmu alamiah kepada ilmu sosial. Oleh karena itu, tepatlah kalau dikatakan bahwa apa yang dilakukan oleh Mill tersebut disebut “*naturalistic*” *social science*.⁶

Alhasil, kata *science* dalam bahasa Inggris tidak lagi sama artinya dengan bahasa asalnya, yaitu bahasa Latin *scientia* yang artinya “pengetahuan” (*knowledge*) yang dalam bahasa Yunani disebut *επιστημη* (*epistēmē*). Untuk lebih jelas perlu dikemukakan oleh Geoffrey Samuel: “*The Latin word scientia did not have the same meaning as the modern term science. It meant knowledge, ... The term scientia contained within it the idea of a certain rationality.*”⁷ Sebenarnya, dari Abad Pertengahan sampai Abad Pencerahan kata *scientia* masih tetap digunakan dalam arti pengetahuan bukan ilmu pengetahuan. Pada bahasa-bahasa yang dipengaruhi oleh bahasa Latin, misalnya bahasa Perancis, Spanyol, Portugis, dan Italia, tetap mempertahankan kata *science* seperti arti semula, yaitu pengetahuan, bukan ilmu pengetahuan. Lalu, apakah dalam bahasa Indonesia kata “ilmu” diterjemahkan menjadi *science* dalam bahasa Inggris atau *scientia* dalam bahasa Latin yang artinya “pengetahuan” bukan “ilmu pengetahuan?”

Sebenarnya, sebelum berkenalan dengan kata *science* dalam bahasa Inggris, kosakata “ilmu” dalam bahasa Indonesia yang berasal dari bahasa Arab merujuk kepada suatu “kepandaian” tertentu yang dimiliki oleh seseorang, seperti ilmu sihir, ilmu bela diri, dan ilmu membuat keris. Selanjutnya, begitu pendidikan mulai berkembang pada masa kemerdekaan, kata “ilmu” menjadi bidang studi tertentu yang artinya kurang lebih “pengetahuan.” Lalu, muncullah istilah-istilah ilmu hewan, ilmu tumbuh-tumbuhan, ilmu hayat, ilmu alam, ilmu bumi, ilmu ukur, ilmu ukur sudut, ilmu ekonomi, dan ilmu budaya.⁸ Seyogia-

don: English Language Book Society, 1985, hlm. 8.

⁶ *Ibid.*, hlm. 7.

⁷ Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law*, Hampshire: Ashgate 2003, hlm. 54.

⁸ Saat ini telah banyak digunakan istilah-istilah yang diadaptasi dari istilah-istilah asing, yaitu *zoologi* untuk ilmu hewan, *botani* untuk ilmu tumbuh-tumbuhan, *biologi* untuk ilmu



nya, kalau istilah ilmu dalam bahasa Indonesia dikembalikan kepada makna yang asli dalam bahasa Latin, yaitu *scientia* atau pengetahuan. Dengan mempertahankan makna aslinya tersebut, akan mudah diterima penggunaan atribut ilmu dalam studi non-empiris, seperti ilmu bahasa, ilmu budaya, dan ilmu sejarah.

PENGELOMPOKAN ILMU

Dengan berpegang kepada pengertian ilmu dalam bahasa Latin *scientia* yaitu pengetahuan, ilmu tidaklah bebas nilai. Ada memang yang menyatakan bahwa ilmu itu bebas nilai. Barangkali yang dimaksud adalah “ilmu pengetahuan” yang dalam bahasa Inggrisnya *science* memang bebas nilai. Akan tetapi, tidak demikian halnya dengan *scientia*. Ilmu dalam arti *scientia* ada yang bebas nilai dan ada yang membawa atau sarat nilai. Ilmu yang bebas nilai bersifat deskriptif sedang ilmu yang membawa atau sarat nilai bersifat preskriptif.

Ilmu yang bersifat deskriptif mempunyai bidang kajian yang bersifat kasatmata atau empiris. Hasil kajian diperoleh lewat observasi atau eksperimen. Ilmu ini tidak memberikan anjuran atau mengharuskan dilakukannya hal-hal yang sesuai dengan nilai-nilai atau norma-norma tertentu. Kebenaran dalam kerangka ilmu yang bersifat deskriptif adalah kebenaran korespondensi.

Kebenaran korespondensi merupakan kebenaran yang telah dianut sejak zaman Aristoteles. Menurut kebenaran korespondensi, suatu pernyataan adalah benar bila dan hanya bila apa yang dinyatakan sesuai dengan realita. Suatu pernyataan bahwa “di dalam kulkas ada bir” adalah benar apabila di dalam kulkas memang ada bir.⁹ Begitu

hayat, *fisika* untuk ilmu alam, *geografi* untuk ilmu bumi, *geometri* untuk ilmu ukur, dan *trigonometri* untuk ilmu ukur sudut. Bahkan beberapa universitas atau institut yang semula mempunyai Fakultas Ilmu Pasti dan Ilmu Alam (FIPIA) atau Fakultas Ilmu Pasti Alam (FIPA) kemudian mengganti dengan Fakultas Matematika dan Ilmu Pengetahuan Alam (FMIPA). Perubahan penamaan itu mengindikasikan bahwa kata “ilmu” memang mengacu kepada “ilmu pengetahuan” yang dalam bahasa Inggris *science*.

⁹ Robert C. Solomon, *Philosophy: Problems and Perspectives*, New York, 1981: Harcourt Brace Jovanovich, hlm. 178.



pula pernyataan bahwa nama saya Peter adalah benar, karena memang nama saya Peter. Pandangan ini kemudian dipertegas oleh pernyataan filsuf yang sekaligus juga teolog abad XIII Thomas Aquinas: “*Veritas est adaequatio rei et intellectus*,” yang kalau diterjemahkan secara bebas: “Kebenaran merupakan kesesuaian antara sesuatu yang dibicarakan dan yang ada dalam pikiran.” Ia juga menyatakan bahwa: “Suatu putusan dikatakan benar apabila putusan itu sesuai dengan realitas yang bersifat lahiriah.” Namun, para pemikir modern yang menganut pandangan empirisme berpendapat bahwa kebenaran adalah suatu yang diperoleh berdasarkan pengalaman. Oleh karena itulah, kemudian kebenaran korespondensi cocok untuk ilmu empiris.¹⁰

Sebenarnya, empirisme sudah lama mendominasi *scientia*. Istilah “empiris” berasal dari bahasa Yunani *émpeiria* (ἐμπειρία) atau dalam bahasa Latin *experientia*. Dari kata *experientia* itu lalu timbul istilah dalam bahasa Inggris *experience* dan juga kata *experiment* yang keduanya merujuk kepada sesuatu yang kasat kata, yang dapat diindra.

Berbeda halnya dengan ilmu yang bersifat preskriptif, ilmu yang bersifat perspektif ini bersifat menganjurkan bukan mengemukakan apa adanya. Oleh karena itu, dalam berbagai perbincangan ilmu yang bersifat preskriptif adakalanya disebut juga ilmu normatif. Hal itu memang tidak salah, karena ilmu ini sarat nilai sehingga ada juga yang menyebut ilmu yang bersifat preskriptif ini sebagai bagian dari kajian etika. Bahkan lebih jauh, sebenarnya ilmu ini berkaitan dengan pengambilan keputusan. Dalam hal ini pengambil keputusan, apakah ia seorang akademikus yang sedang membuat karya akademis, perancang aturan, hakim, *lawyers*, jaksa, petinggi agama, para tetua dalam hidup bermasyarakat, dan berpegang kepada standar atau norma tertentu, apakah putusan yang ia ambil telah memenuhi unsur-unsur yang ada dalam standar tertentu atau tidak. Jika telah memenuhi standar tertentu, putusan itu benar; sebaliknya apabila tidak memenuhi unsur-unsur yang terdapat dalam standar tersebut, putusan itu tidak benar. Putusan tersebut berupa anjuran atau sesuatu yang seyogianya dilakukan.

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 176-177.



Robert C. Solomon mengemukakan kebenaran koherensi sebagai: “a statement or a belief is true if and only if ‘it coheres’ or ties with other statement or belief.”¹¹ Di samping itu, mengenai kebenaran koherensi, perlu diperhatikan apa yang dikemukakan oleh Dale Dorsey:¹²

In 1978, Quine published the following cryptic remarks: Disagreements on moral matters can arise at home, and even within oneself. When they do, one regrets the methodological infirmity of ethics as compared with science. The empirical foothold of scientific theory is in the predicted observable event; that of a moral code is in the observable moral act. But whereas we can test a prediction against the independent course of observable nature, we can judge the morality of an act only by our moral standards themselves. Science, thanks to its links with observation, retains some title to a correspondence theory of truth; but a coherence theory is evidently the lot of ethics.

Apabila yang dikemukakan oleh Dorsey itu diikuti, kebenaran koherensi memang untuk masalah-masalah dalam ruang lingkup moral atau yang mengandung nilai-nilai, bukan yang bersifat empiris kasatmata dan dapat diindra. Sebagai contoh, Pasal 362 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) berbunyi: “Barangsiapa mengambil suatu barang, yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain, dengan maksud untuk dimilikinya secara melawan hukum, diancam karena pencurian dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau pidana denda paling banyak sembilan ratus rupiah.” Selanjutnya, perlu ditelaah Putusan Mahkamah Agung RI Register. No. 1590K/Pid/1997 tentang Pencurian. Kasusnya bermula dari seorang wanita yang menagih cicilan pembelian tas oleh saksi korban sebanyak 12 buah yang masing-masing berharga Rp 25.000,-, sehingga jumlah yang harus dibayar oleh saksi Rp 300.000,-. Seharusnya cicilan itu lunas pada bulan Januari 1997, tetapi sampai pada bulan Maret 1997 saksi korban masih belum dapat melunasinya. Ketika terdakwa menagih cicilan itu,

¹¹ *Ibid.*, hlm. 179.

¹² Dale Dorsey, “A Coherence Theory of Truth”, *Philosophical Studies*, Springer, 2006, hlm. 493.



saksi korban lagi-lagi tidak mempunyai uang untuk membayar dan bertanggung. Terdakwa mengusulkan kalau *radio tape* milik saksi korban dibawa dahulu oleh terdakwa sebagai jaminan dan kalau utangnya telah lunas baru dikembalikan. Oleh saksi korban tawaran tersebut tidak diterima, bahkan saksi tersebut mengatakan bahwa hal itu tidak pantas bagi suatu suku tertentu. Akan tetapi, terdakwa tetap saja membawa pergi *radio tape* tersebut ketika saksi korban pamit pergi ke belakang rumah. Menurut Mahkamah Agung, pengambilan *radio tape* oleh terdakwa tanpa kesepakatan dari saksi korban merupakan mengambil dengan maksud untuk memiliki secara melawan hak (*sic*) yang dengan demikian terpenuhi unsur-unsur pencurian sebagaimana tertuang dalam Pasal 362 KUHP.

Berkaitan dengan kasus tersebut, Mahkamah Agung berpangkal pada ketentuan Pasal 362 KUHP. Ketentuan ini mengandung beberapa unsur. Apa yang dilakukan oleh terdakwa memenuhi unsur-unsur yang tersebut dalam ketentuan itu. Mahkamah Agung berpendapat bahwa tindakan terdakwa koheren dengan ketentuan Pasal 362 KUHP, yaitu pencurian. Oleh karena itu, Mahkamah Agung lalu mengambil putusan yang menghukum terdakwa. Jika memang terdapat koherensi antara apa yang didakwakan kepada terdakwa dan ketentuan yang digunakan sebagai acuan, putusan yang menghukum terdakwa yang diambil oleh Mahkamah Agung secara keilmuan benar, yaitu seyogianya terdakwa dipidana.

EKSISTENSI ILMU HUKUM

Dengan berpegang kepada pengertian ilmu dalam bahasa Latin *scientia* bukan bahasa Inggris *science*, pengetahuan mengenai hukum tidak perlu ragu untuk menyebutnya sebagai ilmu hukum yang dalam bahasa Latin disebut sebagai *scientia iuris*. Kata *iuris* merupakan bentuk plural dari kata *ius* yang artinya dalam bahasa Indonesia hukum diartikan sebagai serangkaian pedoman untuk mencapai keadilan.¹³ Dari

¹³ *Ius* dalam bahasa Perancis *droit*, dalam bahasa Belanda *recht* dan dalam bahasa Jerman *Recht*.



kata *ius* itulah kemudian muncul istilah *iustitia* yang memang artinya keadilan. Di samping *ius*, dalam bahasa Latin terdapat kata *lex* yang artinya dalam bahasa Indonesia undang-undang, yaitu seperangkat aturan tingkah laku untuk mengatur ketertiban masyarakat.¹⁴ Lalu, mengapa Thomas Aquinas menyebut macam-macam hukum yang ia kemukakan dengan *Lex Aeterna*, *Lex Divina*, *Lex Naturalis*, dan *Lex Humana*, bukan *Ius Aeterna* dan lain-lain? Ternyata Thomas Aquinas dalam bukunya *Summa Theologica* memang mengartikannya sebagai seperangkat aturan sehingga lebih sesuai dengan istilah *lex* daripada *ius*.

Untuk menghindari kata *science* diterapkan untuk ilmu hukum, dalam bahasa Inggris ilmu hukum lazim disebut *jurisprudence* yang berasal dari bahasa Latin *iuris* dan *prudencia* yang kalau diterjemahkan secara harfiah kebijaksanaan tentang hukum. Akan tetapi, istilah *jurisprudence* sudah diterima oleh para sarjana sebagai bahasa Inggris untuk menyebut ilmu hukum. Bahkan Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, dua orang sarjana Belgia berbahasa Belanda, menghindari menerjemahkan kata bahasa Belanda *Rechtswetenschap* menjadi *legal science*.¹⁵ Ia secara tepat menganjurkan *Rechtswetenschap* menjadi *jurisprudence*.¹⁶

Sebagai suatu ilmu, ilmu hukum masuk ke dalam bilangan ilmu yang bersifat preskriptif, artinya ilmu yang membawa atau sarat nilai. Ilmu hukum bersifat menganjurkan bukan hanya mengemukakan apa adanya. Oleh karena itu, ilmu hukum bukan termasuk ke dalam bilangan ilmu empiris. Kebenaran yang hendak diperoleh adalah kebenaran koherensi bukan kebenaran korespondensi.

Dengan memahami karakteristik keilmuan hukum ini adalah tidak tepat kalau ilmu hukum dikategorikan sebagai bagian dari ilmu sosial. Ilmu sosial masuk ke dalam bilangan ilmu empiris yang bersifat deskriptif. Kebenaran yang diperoleh ilmu sosial sebagai ilmu empiris

¹⁴ *Lex* dalam bahasa Perancis *loi*, dalam bahasa Belanda *wet*, dan dalam bahasa Jerman *Gesetz*.

¹⁵ Terjemahan harfiah *Rechtswetenschap* ke dalam bahasa Inggris adalah *legal science*.

¹⁶ Jan Gijssels and Mark van Hoecke, *Wat is Rechtsteorie?*, Antwerpen: Kluwer, *Rechtswetenschappen*, 1982, hlm. 8.



adalah kebenaran korespondensi. Ilmu sosial bebas nilai. Di samping itu, ilmu sosial mempelajari perilaku (*behavior*). Ilmu hukum, sebaliknya, bukan mempelajari perilaku (*behavior*), melainkan mempelajari tindakan atau perbuatan (*act*) yang berkaitan dengan norma dan prinsip hukum.¹⁷ Oleh karena itu, perumpamaan yang membandingkan ilmu hukum dengan ilmu sosial seperti kerbau dengan sapi adalah tidak tepat. Baik kerbau maupun sapi adalah satu genus, yaitu mamalia, berlainan dengan ayam yang dari genus aves. Antara ilmu hukum dan ilmu sosial bukan seperti antara kerbau dan sapi, melainkan seperti kerbau atau sapi dengan ayam.

SEJARAH TIMBULNYA ILMU HUKUM

Timbulnya ilmu hukum tidak dapat dipisahkan dari tradisi peradaban Barat. Berbeda dengan peradaban Timur seperti Tiongkok, India, Jepang, dan Afrika yang tidak menempatkan hukum sebagai faktor sentral, dalam peradaban Barat hukum dipandang sebagai prinsip sentral kehidupan. Hal ini bisa dilacak dari sejarah peradaban tersebut.

Peradaban Barat bersumber kepada peradaban Yunani. Pada tahap-tahap yang menentukan dalam sejarah Yunani, negara teritorial merupakan suatu organisasi politik yang sangat penting. Negara dipandang lebih penting dari semua organisasi yang dibuat oleh manusia. Oleh orang Yunani, dunia dapat diterangkan melalui hukum alam.¹⁸

Dijadikannya hukum sebagai prinsip sentral dalam kehidupan tidak lama setelah tahun 1.200 SM, yaitu bermula sejak Dorian yang datang dari Utara menduduki pusat kekuasaan Mysia.¹⁹ Para penguasa yang terusir menyeberangi Aegea²⁰ untuk menetap di ujung Asia Kecil. Mereka tidak membawa serta pola pemerintahan mereka.

¹⁷ Di dalam ilmu hukum tidak ada istilah “perilaku pidana”; yang ada “perbuatan” atau “tindak” pidana. Pasal 1365 *Burgerlijk Wetboek* (BW) adalah *onrechtmatige daad* (perbuatan melanggar hukum) bukan *onrechtmatig gedrag* (perilaku melanggar hukum).

¹⁸ Surya Prakash Sinha, *Jurisprudence. Legal Philosophy in A Nutshell*, St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1993, hlm. 9.

¹⁹ Mysia adalah daerah di Asia Kecil.

²⁰ Aegea adalah suatu kota di Aeolis yang merupakan daerah di Asia Kecil.



Mereka menciptakan seperangkat hukum dan sistem pemerintahan yang kuat untuk menjamin kerja sama dalam pemukiman baru. Mereka lalu mendirikan negara kota yang dalam bahasa Yunani disebut *polis*.²¹

Polis-polis tersebut berukuran kecil dan penduduknya pun sedikit. Oleh karena itulah, setiap orang dapat berpartisipasi secara langsung dalam kehidupan politik. Tidak heran kalau orang Yunani berhasil mengatasi persoalan-persoalan lahiriah manusia. Akan tetapi, untuk masalah-masalah batiniah mereka perlu belajar lebih banyak lagi. Mereka lalu menengok ke Timur. Namun, ketika mereka gagal berunding dengan ahli yang memiliki kedudukan sebagai pemuka agama, mereka lalu mencari hal-hal batiniah itu dengan cara mereka sendiri. Mereka kemudian menemukannya dan mulai menjelaskan fenomena dengan menggunakan penalaran yang bersifat imajinatif. Dengan menggunakan penalaran, mereka menolak adanya pandangan yang menyatakan bahwa dewa-dewa merupakan penguasa alam semesta. Sebagai gantinya, mereka kemudian mengembangkan hukum alam untuk menjelaskan fenomena alam.

Menurut telaah Surya Prakash Sinha, ada empat tahap perkembangan pikiran Yunani, yaitu pikiran herois, pikiran visioner, pikiran teoretis, dan pikiran rasional. Pikiran herois mendasarkan pemikiran pada pengalaman-pengalaman konkret secara fisik dan memperkayanya dengan fantasi dan mitos-mitos seperti yang terdapat pada karya Homerus. Pikiran visioner terjadi seiring dengan pembentukan polis, yaitu dengan mencari sesuatu yang dapat membuat tertib melalui penggabungan antara dunia gagasan dan dunia indera. Hal itu terungkap melalui puisi dan drama seperti misalnya yang ditulis oleh Pindar, Aeschylus, dan Sophocles. Pikiran teoretis didorong oleh timbulnya Athena sebagai metropolis. Pikiran teoretis menggunakan kekuatan analitis untuk melihat sesuatu di bawah permukaan. Pikiran rasional merujuk kepada tertib akal sebagaimana yang dikemukakan oleh Plato (429-348 SM) dan Aristoteles (384-322 SM). Dalam pikiran rasional

²¹ Dari kata *polis* inilah timbul kata *policy*, *politics*, dan *police* yang semuanya berkaitan dengan *polis* (negara).



dikonsepsikan adanya *logos*, yaitu instrumen untuk mendapatkan ke-niscayaan dan keadilan dengan cara memikirkan dan mendiskusikan isu yang ada, *arete*, yaitu nilai manusia sebagai makhluk berpikir dan *metron*, yaitu konsep ukuran dan proporsi untuk menghindari *hubris* atau sesuatu yang melampaui batas.²²

Dengan ketiga hal tersebut, manusia memiliki kemampuan untuk berpikir, kebebasan memilih, dan kemampuan untuk membuat putusan. Ia hidup untuk dirinya sendiri dan bukan untuk orang lain atau kekuatan supranatural. Di sinilah mulai timbul individualisme. Konsekuensi politis dari individualisme ini adalah adanya independensi negara yang warganya memiliki hak-hak secara hukum dan politik yang tertuang di dalam *the rule of law*. Hukum, dengan demikian, menyediakan sarana bagi pelaksanaan hak-hak tersebut. Oleh karena itulah, hukum menjadi prinsip sentral dalam organisasi sosial.²³

Dominasi Athena ternyata kemudian dipatahkan oleh Sparta pada 404 SM. Selanjutnya, Makedonia menaklukkan Sparta tahun 338 SM. Penaklukan oleh Makedonia ini telah melenyapkan kedaulatan *polis* lokal. Raja-raja Makedonia menganut Hellenisme. Akan tetapi, pada tahun 146 Yunani dan Makedonia jatuh ke tangan Romawi. Pada masa pemerintahan Romawi ini Hellenisme tersebar ke Italia. Meskipun bahasa Latin merupakan bahasa yang berlaku, para intelektual, di antaranya Cicero (106-43 SM), masih menganut filsafat Yunani. Menurut Cicero, pemerintah berasal dari perjanjian sukarela di antara warga negara dan hukum harus merupakan prinsip pemerintahan tertinggi. Gagasan ini menghasilkan timbulnya hukum Romawi yang merupakan titik anjak yang signifikan dalam telaah ini.

Apa yang dikemukakan oleh Surya Prakash Sinha ini merupakan kebenaran sejarah yang dapat dilacak dan dibuktikan. Hal ini berbeda dengan teori perjanjian masyarakat yang bersifat spekulatif yang dikemukakan oleh Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), dan Jean Jacques Rousseau (1712-1778). Oleh karena itu, studi yang

²² Surya Prakash Sinha, *Op. cit.*, hlm. 11.

²³ *Ibid.*, hlm. 12.



dilakukan oleh Surya Prakash Sinha ini mempunyai arti penting dalam pembahasan epistemologi hukum.

Hukum Romawi, yang menjadi acuan hukum Barat, sebenarnya bersumber pada *Corpus Iuris Civilis* hasil kodifikasi Kaisar Iustinianus. Guarnerius yang menurut sejarah disebut Irnerius telah melakukan studi yang sistematis terhadap hukum Romawi sebagai suatu sarana untuk menghilangkan kebingungan dalam hukum lokal Eropa. Ia mulai mengajar di Universitas Bologna di Italia pada tahun 1087.²⁴ Saat itu dipandang sebagai saat timbulnya studi hukum secara sistematis sebagai suatu pengetahuan. Hal ini disebabkan pada saat itu hukum diajarkan sebagai sesuatu yang terpisah dari politik dan agama. Pada saat itu aturan-aturan dan putusan-putusan mengenai sengketa dipelajari dan diterangkan dalam kerangka prinsip-prinsip umum. Para lulusan universitas yang telah mengenyam pendidikan ini kemudian bekerja sebagai konsultan, hakim, advokat, administrator, dan perancang undang-undang. Mereka menerapkan apa yang mereka pelajari untuk membangun dan membuat koherensi norma-norma hukum yang terakumulasi secara massal. Dengan demikian, mereka mengukir sistem hukum baru yang lain dari hukum yang telah ada yang tidak dipisahkan dari kebiasaan, politik, dan agama.

Sebagaimana telah dikemukakan, bahwa sejak diajarkannya hukum secara sistematis di universitas-universitas di Eropa, hukum dipisahkan dari politik, kebiasaan masyarakat, dan agama. Hal ini tentu saja menimbulkan pertanyaan mengenai apa yang diajarkan oleh para pengajar tersebut. Apakah mungkin mereka mengajarkan hukum terpisah dari kebiasaan masyarakat, politik, dan agama sedangkan hukum yang berlaku saat itu masih tidak bisa dilepaskan dari kepercayaan dan praktik-praktik keagamaan, politik, ekonomi, dan kehidupan sosial pada umumnya?

Ternyata yang diajarkan secara sistematis untuk pertama kalinya di universitas-universitas itu bukan hukum yang sedang berlaku di Dunia Barat saat itu, tetapi yang diajarkan adalah hukum yang tertu-

²⁴ Harold J. Berman, *Law and Revolution*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983, hlm. 123.



ang dalam naskah kuno yang terdapat di perpustakaan Italia dan dapat digunakan untuk mengatur hubungan dalam hidup bermasyarakat dan menghadapi masalah-masalah yang terjadi pada akhir abad XI. Naskah itu merupakan salinan dari koleksi yang hebat bahan-bahan hukum yang dikompilasi oleh Kaisar Romawi Iustinianus sekitar tahun 529 Masehi.²⁵

Hukum Romawi yang dikompilasi oleh Kaisar Iustinianus di Konstantinopel merupakan suatu hukum yang sangat berkembang yang berbeda dengan hukum rakyat Germania. Perlu dikemukakan di sini bahwa pada 476 Masehi, Kaisar Romawi Barat terakhir terdepak. Akan tetapi, jauh sebelumnya peradaban Romawi di Barat telah ditaklukkan dan didominasi oleh peradaban suku-suku primitif seperti suku Franka, Vandal, Saksa, dan Goth. Di bagian Timur, Kekaisaran Romawi tetap berjaya dengan sebutan Byzantium. Kaisar Konstantin mendirikan ibu kota baru di Byzantium dan mengubah nama ibu kota itu menjadi Konstantinopel. Kaisar Konstantin inilah yang menetapkan agama Kristen sebagai agama negara. Selanjutnya, Kaisar Theodosius melarang agama lain selain Kristen.²⁶ Kekaisaran Romawi Timur ini meliputi juga Italia Selatan. Beberapa aturan dan konsep hukum yang dikembangkan di Romawi Timur kadang-kadang muncul dalam penetapan-penetapan penguasa di bagian Barat maupun tertuang di dalam kebiasaan-kebiasaan masyarakat yang menghuni daerah yang saat ini disebut Perancis dan Italia Utara. Begitu juga pada masa berkuasanya dinasti Carolingus²⁷ dan sesudahnya berkuasa di Perancis, prinsip-prinsip Hukum Romawi juga digalakkan. Koleksi yang agak longgar terhadap aturan-aturan dan prinsip-prinsip Hukum Romawi diundangkan oleh raja-raja Germania.

Akan tetapi, hukum Romawi sebagai suatu sistem hukum berlakunya sangat terbatas di Eropa Barat ketika karya Iustinianus itu diketemukan di Italia. Dan yang berlaku saat itu adalah hukum yang

²⁵ *Ibid.*, hlm. 122.

²⁶ Surya Prakash Shinta, *Op. cit.*, hlm. 13.

²⁷ Dinasti Carolingus adalah suatu dinasti di Perancis yang didirikan pada 751 Masehi oleh Pepin "si Pendek" yang merupakan anak Karel Martel.



dibuat oleh raja-raja Germania dan Franka. Hukum Romawi merupakan suatu sistem hukum yang merefleksikan suatu peradaban yang tinggi enam abad sebelumnya. Oleh karena itulah, dapat dipahami kalau Hukum Romawi itu kemudian menjadi objek studi hukum secara sistematis yang pertama kali.

Perlu untuk dikemukakan di sini bahwa para yuris yang mempelajari naskah kuno itu percaya bahwa peradaban mereka, yaitu peradaban Kekaisaran Romawi, tetap ada baik di Timur maupun di Barat. Peradaban itu tetap hidup dalam bentuk baru. Lebih dari itu mereka percaya bahwa prinsip-prinsip itu bersifat permanen dan universal.²⁸ Mereka memandang hukum Iustinianus bukan sebagai hukum yang berlaku di Byzantium, melainkan sebagai hukum yang berlaku sepanjang waktu dan di semua tempat. Sebagai contoh, apa yang tertulis di dalam kompilasi Iustinianus tentang kepemilikan tanah tidak ada sangkut pautnya dengan pengaturan hak milik feodal yang berlaku pada tahun 1100 di Tuscania dan Normandia, tidak berarti bahwa yang tertuang di dalam karya Iustinianus itu bukan hukum. Sebaliknya, ketentuan itu benar-benar hukum yang merupakan hasil dari penalaran. Lagi pula, Tuscania dan Normandia dipandang sebagai kelanjutan dari Roma sebagaimana gereja dan kekristenan dipandang sebagai kelanjutan dari Israel.²⁹

Di samping diketemukannya karya Iustinianus sekitar tahun 1080, terdapat dua unsur lagi yang perlu dalam studi hukum secara sistematis pertama kali. *Pertama*, adalah penggunaan metode analisis dan sintesis yang diterapkan kepada naskah-naskah hukum. Metode ini pada saat ini biasanya disebut sebagai metode skolastik. *Kedua*, adalah adanya pengajaran di universitas yang menggunakan metode itu. Kedua unsur itu merupakan akar dalam studi hukum. Tidak dapat disangkal bahwa hukum Romawi memberikan khazanah hukum kepada semua negara Eropa termasuk Inggris. Adapun metode skolastik sampai saat ini masih digunakan.

²⁸ Harold J. Berman, *Loc. cit.*

²⁹ *Ibid.*, hlm. 123.



Hal yang diajarkan pada masa yang mula-mula di Bologna adalah teks-teks hukum Romawi yang dikompilasi oleh Iustinianus abad VI. Sebenarnya, Fakultas Hukum Universitas Bologna didirikan terutama untuk mempelajari teks-teks Iustinianus tersebut.

Naskah Iustinianus terdiri dari empat bagian, yaitu *Caudex*, yaitu aturan-aturan dan putusan-putusan yang dibuat oleh para kaisar sebelum Iustinianus; *Novellæ*, yaitu aturan-aturan hukum yang diundangkan oleh Kaisar Iustinianus sendiri; *Instituti*, suatu buku ajar kecil yang dimaksudkan untuk pengantar bagi mereka yang baru belajar hukum; dan *Digesta*, yang merupakan sekumpulan besar pendapat para yuris Romawi mengenai ribuan proposisi hukum yang berkaitan dengan bukan saja hak milik, testamen, kontrak, perbuatan melanggar hukum, dan cabang-cabang hukum dalam ruang lingkup yang saat ini disebut sebagai hukum perdata, tetapi juga yang berkaitan dengan hukum pidana, hukum tata negara, dan cabang-cabang hukum yang mengatur warga negara Romawi. Oleh karena itulah, dapat dipahami kalau yang paling penting dari keempat naskah itu adalah *Digesta* yang juga sering disebut *Pandectæ*. *Digesta* bersama-sama dengan *Caudex*, *Novellæ*, *Instituti*, dan *Digesta* disebut sebagai *Corpus Iuris Civilis*.

Proposisi hukum yang sering kali tertuang di dalam *Digesta* berupa asas-asas hukum yang ditarik untuk suatu putusan dalam kasus-kasus yang sebenarnya. Di samping itu, juga berisi *edicti*³⁰ dari *prætoris*³¹ mengenai bagaimana mereka menyelesaikan kasus-kasus yang prospektif.

Corpus Iuris Civilis ternyata mencerminkan gagasan budaya Romawi. Hal itu disebabkan di satu pihak karya Iustinianus itu tidak dirasakan asing bagi masyarakat Eropa Barat mengingat karya itu merupakan kompilasi dari hukum Romawi klasik sehingga sesuai dengan *Volksgeist* masyarakat Eropa.³² Di lain pihak, tidak dapat diabaikan

³⁰ *Edicti* merupakan plural dari *edictum* yang artinya kurang lebih sama dengan dekret, yaitu perintah atau larangan yang dikeluarkan oleh *prætor*.

³¹ *Prætor* di dalam hukum Romawi adalah pejabat pemerintahan Kota Roma yang mempunyai kedudukan sebagai magistrat kepala dan memiliki kewenangan yang luas.

³² Peter Mahmud Marzuki, "The Judge's Task to Find Law under the Indonesian Law", Yu-



peranan para *glossator* dan *commentator* yang mengolah karya itu untuk disesuaikan dengan situasi yang ada pada saat itu. Tidak dapat disangkal bahwa penalaran memegang peranan utama dalam menerapkan hukum lama terhadap situasi baru.³³

Tugas *glossator* terutama adalah mempelajari makna *Corpus Iuris Civilis*.³⁴ Para *glossator* adalah para dosen di Fakultas Hukum Universitas Bologna. Kurikulum fakultas hukum abad XII terutama adalah mempelajari teks *Digesta*. Dosen membaca dan mengoreksi bahasa teks yang ditulis tangan dan para mahasiswa menyimak salinan naskah dengan sesekali membetulkan jika memang dosen membuat kesalahan. Oleh karena teks yang dibaca itu sangat sukar dipahami, teks itu perlu dijelaskan. Oleh karena itulah, setelah membaca teks itu dosen lalu melakukan *glossir*,³⁵ yaitu memberi keterangan kata demi kata dan baris demi baris. Mereka memberi ilustrasi mengenai makna dari suatu paragraf tertentu. Mengingat mereka menganggap karya Iustinianus sakral seperti Alkitab, mereka menghormati teks-teks yang ada. Oleh karena itulah, mereka tidak ingin memberi penilaian terhadap teks-teks itu. Mereka lalu menengok kepada paragraf-paragraf yang paralel dengan yang ia hadapi untuk memberikan pembatasan penafsiran tertentu.³⁶

Pada abad XIII, *glossator* digantikan oleh *commentator* yang bekerja atas dasar-dasar yang diletakkan oleh para *glossator*. Mereka selangkah lebih maju dengan melakukan *glossir* bukan terhadap setiap teks satu per satu dan mempersiapkan komentar yang sistematis terhadap masalah-masalah hukum. Mereka tidak mengabaikan hukum yang ada, tetapi membuat sintesis dengan hukum yang ada tersebut

ridika, Volume 19, No. 2, Maret 2004, hlm. 85.

³³ *Ibid.*

³⁴ R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators, and Professors*, London: Cambridge University Press, 1987, hlm. 55.

³⁵ Berasal dari bahasa Yunani *glossa* yang artinya “lidah” atau “bahasa” dan “kata yang tidak lazim.” Di Gereja beraliran Pentakosta dan Kharismatik dikenal adanya istilah “bahasa lidah” atau “bahasa roh” yang merupakan terjemahan dari bahasa Yunani *glossolalia* dan tidak dimengerti baik oleh orang lain maupun oleh yang mengucapkan.

³⁶ *Ibid.*



dan dengan demikian mereka memberikan sumbangan dalam mengantarkan mempraktikkan hukum yang tertuang di dalam *Corpus Iuris Civilis*. Mereka memperluas cakrawala mereka dengan memerhatikan sepenuhnya dunia pada masa mereka dan apa yang dibutuhkan oleh situasi pada saat itu. Karya mereka berkaitan dengan masalah-masalah mereka pada zaman mereka hidup dan berada di luar kata-kata *Corpus Iuris Civilis*, sehingga dapat dimengerti dan siap untuk digunakan di pengadilan.³⁷ Oleh karena itu, dapat dipahami kalau mereka sering memberikan nasihat kepada pihak-pihak yang berperkar dan juga kepada pengadilan untuk kasus-kasus yang spesifik.

Glossa, yaitu hasil kegiatan *glossir* oleh dosen, didiktekan dan disalin oleh mahasiswa. Oleh karena itulah, makin lama makin panjang sehingga *glossa* tersebut memiliki kekuatan hukum yang sama dengan naskah yang di-*glossir*. Pada tahun sekitar 1520, *Glossa Ordinaria* merupakan karya resmi pada *Digesta* secara keseluruhan.

Glossa terdiri dari beberapa jenis. Beberapa disebut *notabilia*, yaitu ringkasan isi naskah yang di-*glossir*. Lainnya disebut *brocardica* yang merupakan pernyataan mengenai prinsip hukum yang bersifat umum³⁸ didasarkan pada bagian teks yang di-*glossir*. Di samping itu, para dosen akan melakukan anotasi terhadap teks itu melalui klasifikasi yang disebut *distinctiones*. Caranya adalah mereka mulai dengan suatu terminologi atau konsep yang bersifat luas dan membaginya menjadi berbagai bagian yang selanjutnya dibagi lagi menjadi beberapa subbagian sampai ke hal-hal yang mendetail. Akhirnya, di samping membuat *distinctiones*, para dosen tersebut juga mengajukan *quaestiones* dengan menguji doktrin yang luas itu untuk diterapkan kepada masalah tertentu.

Di samping membaca teks-teks dan *glossa* dan menganalisis kedua hal itu melalui *distinctiones* dan *quaestiones*, kurikulum di Universitas Bologna meliputi juga *disputatio*,³⁹ yaitu suatu diskusi mengenai isu

³⁷ *Ibid.*, hlm. 56.

³⁸ Prinsip hukum yang bersifat umum ini di negara-negara penganut *common law system* disebut *maxim*.

³⁹ Dari kata *disputio* itulah timbul kata bahasa Inggris *dispute* yang artinya sengketa.



hukum dalam bentuk sengketa antara dua mahasiswa di bawah bimbingan seorang dosen atau antara dosen dan mahasiswa. Kira-kira pada masa kini *disputio* itu sama dengan *moot court*.⁴⁰

Dengan berjalannya waktu, kurikulum di Universitas Bologna, Paris, Oxford, dan universitas-universitas lain di Eropa diperluas bukan hanya yang terdapat pada *Corpus Iuris Civilis* saja, melainkan juga meliputi hukum Kanonik yang ditetapkan oleh Paus dan Dewan Gereja Katholik dan sistem hukum sekuler yang dikembangkan oleh kerajaan-kerajaan di Eropa yang biasanya dibuat atas bimbingan para yuris lulusan Universitas Bologna. Dalam menganalisis teks-teks Iustinianus, para dosen mengintroduksi masalah-masalah hukum yang aktual dan signifikan saat itu dan menganalisisnya dalam kerangka hukum Romawi dan hukum Kanonik. Metode pengajaran di Fakultas Hukum Universitas Bologna dan universitas-universitas lain di Dunia Barat pada abad XII dan XIII merupakan suatu metode baru tentang analisis dan sintesis. Metode inilah yang kemudian dikenal sebagai metode “skolastik.”⁴¹ Metode ini yang pertama kali dikembangkan pada awal 1100-an berpangkal pada pra-anggapan mengenai otoritas absolut buku-buku tertentu yang dipandang berisi doktrin-doktrin yang lengkap dan terintegrasi.⁴² Namun demikian, mereka juga menduga adanya lubang-lubang maupun kontradiksi. Oleh karena itu, mereka lalu membuat argumen-argumen yang dapat menutupi lubang-lubang itu dan menyelesaikan kontradiksi-kontradiksi itu. Metode ini disebut *dialectica*, yaitu mencari titik temu dari dua hal yang bertentangan.⁴³ Metode demikian sebenarnya pertama kali dikembangkan pada zaman Yunani kuno. Istilah *dialectica* dalam bahasa Latin merupakan adaptasi dari istilah Yunani *dialektikê* yang artinya suatu diskusi dan penalaran melalui dialog sebagai suatu metode investigasi intelektual yang dikembangkan pada masa Socrates, Plato, dan Aristoteles.

Dari sejarah perkembangan ilmu hukum tersebut dapat dikemu-

⁴⁰ Harold J. Berman, *Loc. cit.*

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 131.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*



kakan tiga hal. *Pertama*, ilmu hukum lahir sebagai suatu ilmu terapan. Berkaitan dengan hal itu, Kode Iustinianus diajarkan secara sistematis pada abad XI. Pada saat itu di Italia dan Perancis Selatan terdapat dua pola kehidupan bermasyarakat, yaitu agraris dan perdagangan. Hal ini menimbulkan masalah-masalah baru. Oleh karena itulah, diperlukan pemecahan baru. Dalam hal inilah kemudian ditengok karya Iustinianus yang tidak asing bagi budaya Eropa meskipun karya itu dibuat enam abad sebelumnya. *Kedua*, ilmu hukum mempelajari aturan-aturan yang ditetapkan oleh penguasa, putusan-putusan yang diambil dari sengketa yang timbul, dan doktrin-doktrin yang dikembangkan oleh ahli hukum. Hal itu terlihat dari kurikulum yang dibuat di Universitas Bologna tempat diajarkannya hukum secara sistematis untuk pertama kalinya. Kurikulum itu tak ayal lagi bersumber dari empat karya Iustinianus, yaitu *Caudex*, *Novelle*, *Instituti*, dan *Digesta*, yang kesemuanya disebut sebagai *Corpus Iuris Civilis*. *Ketiga*, metode yang digunakan di dalam ilmu hukum adalah penalaran. Dengan penalaran dilakukan analisis dan sintesis. Cara menggunakan metode demikian juga dengan cara *dialectica*. Dari metode ini dapat dihasilkan prinsip-prinsip hukum yang bersifat umum. Kiranya berdasarkan telaah sejarah keilmuan hukum ini dapat diperoleh karakteristik keilmuan hukum yang berbeda dari ilmu empiris. Oleh karena itulah metode yang digunakan dalam keilmuan hukum juga bukan *scientific method* seperti yang digunakan di dalam ilmu alamiah dan ilmu sosial. Akan tetapi, metode ini tidak kalah kuatnya dengan *scientific method* karena memang metode ini sesuai dengan objek kajian, yaitu bukan gejala yang bersifat kasatmata atau empiris.

RUANG LINGKUP ILMU HUKUM

Menurut Jan Gijssels dan Mark van Hoecke terdapat tiga tingkatan ilmu hukum, yaitu dogmatika hukum, teori hukum, dan filsafat hukum.⁴⁴ Apa yang dikemukakan oleh kedua sarjana Belgia itu seiring dengan yang dikemukakan oleh Richard A. Posner yang menyatakan

⁴⁴ Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Op. cit.*, hlm. 8.



bahwa dalam studi hukum sebenarnya terdapat tiga wilayah, yaitu studi hukum doktrinal, teori hukum, dan filsafat hukum. Akan tetapi jika ditelaah sejarah timbulnya ilmu hukum sebagaimana telah dikemukakan, dogmatika hukum tidak dapat dipisahkan dari filsafat hukum. Hal itu terlihat dari digunakannya doktrin-doktrin dan kompilasi yang dilakukan oleh Kaisar Iustinianus dalam penyelesaian masalah. Adapun metode yang digunakan adalah dialektika.

Menurut pandangan yang tradisional, dogmatika hukum merupakan bagian yang terutama dalam ilmu hukum.⁴⁵ Bidang kajian dogmatika hukum adalah hukum yang sedang berlaku dalam suatu sistem hukum tertentu. Perlu dikemukakan dalam tulisan ini bahwa hukum yang sedang berlaku dalam sistem hukum tertentu bukanlah hukum positif. Hukum positif adalah *general rule of conduct laid down by a political superior to a political inferior*. Atau secara singkat dapat dikatakan bahwa hukum positif adalah perintah penguasa.⁴⁶ Hukum yang berlaku dalam suatu sistem hukum tertentu (*the prevailing law*) bukan hanya hukum positif atau yang dibuat oleh penguasa saja, melainkan juga hukum kebiasaan dan praktik-praktik yang sudah diterima sebagai hukum oleh masyarakat. Mengenai praktik-praktik yang sudah diterima sebagai hukum dapat dikemukakan sebagai contoh, bahwa di beberapa kota besar di Indonesia terdapat lembaga *property brokerage* yang tidak diatur dalam ketentuan undang-undang, tetapi kegiatan yang dilakukan oleh lembaga ini sebenarnya merupakan kegiatan makelar.⁴⁷ Hanya saja para *brokers* tidak sebagaimana *makelaar*, me-

⁴⁵ P. van Dijk et al., *Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1985, hlm. 447.

⁴⁶ George Whitecross Paton, *A Textbook of Jurisprudence*, English Language Book Society, London: Oxford University Press, 1972, hlm. 6.

⁴⁷ Pasal 62 *Wetboek van Koophandel* (Kitab Undang-Undang Hukum Dagang yang biasa disingkat KUHD) berbunyi: "Makelar adalah pedagang perantara yang diangkat oleh gubernur jenderal (dalam hal ini presiden) atau oleh penguasa yang oleh presiden dinyatakan berwenang untuk itu. Mereka menyelenggarakan perusahaan mereka dengan melakukan pekerjaan seperti yang dimaksud dalam pasal 64 dengan mendapat upah atau provisi tertentu, atas amanat dan atas nama orang-orang lain yang dengan mereka tidak terdapat hubungan kerja tetap. Sebelum diperbolehkan melakukan pekerjaan, mereka harus bersumpah di depan *raad van justitie* di mana ia termasuk dalam daerah hukumnya, bahwa mereka akan menunaikan



reka tidak diangkat oleh pejabat publik dan juga tidak disumpah di pengadilan tinggi seperti halnya *makelaar*. Selama ini praktik *property brokerage* telah diterima sebagai hukum oleh masyarakat.

Dilihat dari sudut bidang kajiannya, dogmatika hukum adalah ilmu hukum yang bertalian dengan praktik hukum. Akan tetapi, tidak berarti dogmatika hukum tidak menghasilkan perkembangan hukum. Bahkan dari praktik-praktik yang telah diterima oleh masyarakat bukan tidak mungkin lahir teori atau prinsip hukum yang baru. Sebagai contoh dapat dikemukakan bahwa di negara yang belum memiliki Undang-Undang Transfer Dana bukan tidak mungkin suatu bank melakukan kekeliruan memasukkan dana ke rekening orang lain bahkan mungkin dalam jumlah yang besar. Si penerima dana yang bukan haknya itu mungkin saja jarang memeriksa rekeningnya, tetapi tiba-tiba ia mendapat telepon dari bank tersebut yang menyatakan terjadi kekeliruan memasukkan dana sehingga dana masuk ke rekeningnya, dan oleh karena itulah bank dengan minta maaf akan menarik kembali rekening itu namun harus dengan persetujuannya. Akan tetapi, si penerima dana nyasar bersikukuh bahwa dana yang masuk tidak dapat kembali. Sudah barang tentu dalam hal demikian terjadi sengketa. Si penerima dana nyasar memang tidak dapat dikatakan melakukan pelanggaran terhadap undang-undang karena belum ada ketentuan undang-undang yang mengaturnya di daerah itu. Begitu juga hukum kebiasaan juga tidak mengaturnya. Namun dogmatika hukum tidak berhenti sampai di situ saja; hakim yang mengadili perkara itu seharusnya mengacu kepada prinsip hukum *unjust enrichment* yang telah dilakukan oleh penerima dana nyasar itu. Dalam hal inilah dogmatika hukum yang bertalian dengan praktik hukum dapat mengembangkan keilmuan hukum secara teoretis.

Menurut Meuwissen, dogmatika hukum pertama kali bersifat deskriptif-analitis. Dalam hal ini yang harus dilakukan adalah memberikan deskripsi dan analisis terhadap isi dan struktur hukum yang berlaku. Selanjutnya diserap makna dari berbagai pengertian yang ada

kewajiban yang dibebankan dengan jujur.”



dalam struktur hukum yang berlaku tersebut yang saling berhubungan antara pengertian yang satu dan pengertian lainnya. Pengertian-pengertian itu lalu dianalisis dan ditelaah apakah pengertian-pengertian itu telah sesuai dengan prinsip-prinsip yang mendasari pengertian-pengertian itu.⁴⁸

Karakter dogmatika hukum berikutnya adalah sistematis. Dalam hal ini dilakukan sistematisasi gejala-gejala hukum yang telah dideskripsikan dan telah dianalisis. Caranya adalah mencari asas-asas yang melandasi gejala-gejala hukum itu. Bukan tidak mungkin beberapa gejala hukum beranjak dari asas yang sama. Bahkan bukan tidak mungkin juga terdapat gejala hukum baru yang timbul dari praktik yang sebelumnya tidak dikenal tetapi beranjak dari asas yang sama dengan yang melandasi ketentuan hukum yang berlaku; terhadap hal ini dapat diajukan contoh yang telah dikemukakan, yaitu *property brokerage* di Indonesia yang esensinya adalah pedagang perantara yang merupakan gejala hukum yang ada di mana-mana dan sudah barang tentu beranjak dari asas yang sama dengan yang melandasi ketentuan mengenai makelar. Oleh karena itulah, tidak salah kalau Meuwissen mengemukakan bahwa pada dasarnya, asas-asas itu merupakan rujukan untuk melakukan sistematisasi terhadap gejala-gejala yang ada.⁴⁹

Selanjutnya, dogmatika hukum bersifat hermeneutis. Mengenai masalah ini, Meuwissen mengemukakan perlunya interpretasi terhadap hukum yang berlaku.⁵⁰ Dengan memberikan deskripsi, melakukan analisis, dan sistematisasi terhadap hukum yang berlaku timbulah asumsi bahwa sebenarnya pengertian hukum tersebut sejak semula telah ditetapkan. Kegiatan interpretasi ini dilakukan dalam rangka mendapatkan pengertian yang lebih jelas atau lebih dalam.⁵¹

⁴⁸ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 448.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Bahasa Belandanya: *interpreteert het geldende recht* bukan *interpreteert het geldende wet*. Memang dalam ajaran interpretasi, yang ditafsirkan adalah ketentuan hukum (*rechtsinterpretatie* bukan *wetsinterpretatie*) sehingga hukum tidak tertulis pun juga dapat ditafsirkan. Tidak jelas dengan mengemukakan *interpreteert het geldende recht* apakah Meuwissen bermaksud juga mencakup hukum tidak tertulis? Lihat *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 449.



Karakter keempat dogmatika hukum adalah normatif. Dalam hal ini dilakukan penilaian terhadap hukum yang berlaku. Oleh karena itulah, Meuwissen secara tegas menyatakan bahwa dogmatika hukum tidak bebas nilai.⁵² Dogmatika hukum mempunyai kaitan dengan cita hukum (*rechtsidee*), yang merupakan alasan sesungguhnya tujuan hukum. Dogmatika hukum atau menurut Meuwissen ilmu hukum dogmatis (*dogmatische rechtswetenschap*) membantu memberikan pertimbangan dan putusan dalam merealisasi tujuan hukum, yaitu keadilan (*rechtsvaardigheid*) dan kebebasan (*vrijheid*).⁵³ Pandangan yang bersifat memberikan penilaian tersebut merupakan dasar dari kegiatan dogmatika hukum. Penilaian-penilaian atas hukum yang berlaku dapat dijumpai pada buku pegangan. Begitu pula anotasi terhadap putusan hakim akan membuat hukum lebih jelas. Apabila ditelaah lebih lanjut, tidak boleh tidak akan dilacak apakah hukum yang berlaku atau putusan-putusan hakim itu sesuai dengan cita hukum yang merupakan dasar dari semua hukum.⁵⁴

Dan, yang terakhir adalah dogmatika hukum bersifat praktis. Ciri khas tersebut tidak dapat dilepaskan dari karakter normatif dogmatika hukum. Antara teori dan praktik harus dijembatani oleh dogmatika hukum. Pada akhirnya dogmatika memang harus berhadapan dengan praktik. Dalam hal inilah hukum dideskripsikan, dianalisis, disistemat-

⁵² *Ibid.*

⁵³ Menurut pandangan Meuwissen, tujuan hukum adalah keadilan (*rechtsvaardigheid* dan kebebasan (*vrijheid*). Mengenai pendapat saya tentang tujuan hukum dapat dilihat pada Bab III yang memang membahas tentang Tujuan Hukum. Akan tetapi, dari pernyataan Meuwissen tersebut, sudah jelas bahwa tujuan hukum bukan seperti yang selama ini dipahami oleh para ahli hukum, yaitu keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan. Tidak jelas, tulisan siapa yang mulai mengemukakan kemanfaatan sebagai tujuan hukum sebab dari referensi-referensi yang berbahasa Belanda, Inggris, Perancis, dan Jerman tidak pernah kemanfaatan disebut sebagai tujuan hukum. Dalam literatur-literatur berbahasa Eropa Kontinental (Belanda, Jerman, dan Perancis) yang paling banyak disebut sebagai tujuan hukum adalah keadilan dan kepastian hukum (bukan ketertiban). Pada naskah asli buku Van Apeldoorn yang telah diterjemahkan dan sudah berulang cetak kesekian kali digunakan kata bahasa Belanda *vrede* yang dalam bahasa Inggris disebut *peace* atau bahasa Indonesia “damai sejahtera.” Lihat *Ibid.*, hlm. 10. Entah bagaimana kata *vrede* kemudian diterjemahkan menjadi “tertib” sehingga menjadi kata benda “ketertiban.” Adapun kemanfaatan merupakan suatu aliran dalam filsafat yang bukan merupakan perbincangan dalam kerangka dogmatika hukum.

⁵⁴ *Ibid.*



tisasi, dan ditafsirkan untuk diterapkan.⁵⁵

Mengenai ruang lingkup teori hukum, perlu dikemukakan kembali pandangan Jan Gijssels dan Mark van Hoecke. Di dalam *Wat is Rechtsteorie*, kedua sarjana dari Antwerpen Belgia itu menyatakan bahwa perkembangan teori hukum tidak dapat dilepaskan dari perkembangan ilmu hukum pada umumnya, terutama sejak abad XIX.⁵⁶ Pada saat itu terdapat kebutuhan akan suatu disiplin hukum yang ilmiah yang berada di antara filsafat hukum yang abstrak dan dogmatik hukum yang terlalu teknis.⁵⁷ Apa yang dikemukakan oleh Jan Gijssels bersama-sama Van Hoecke tersebut memang benar. Lebih-lebih identifikasi Gijssels dan Van Hoecke bahwa teori hukum berada di antara dogmatika hukum dan filsafat hukum. Baik dogmatika hukum maupun filsafat hukum merupakan bagian ilmu hukum (*jurisprudence*). Kedua bagian ilmu hukum itu dikembangkan sejak awal dipelajarinya hukum secara sistematis.

Sampai abad XIX perkembangan ilmu hukum berupa perkembangan dogmatika dan filsafat hukum. Kedua bagian ilmu hukum itu digunakan untuk keperluan praktik baik untuk penyusunan aturan hukum maupun untuk peradilan. Dengan dikembangkannya *legal positivism* oleh John Austin (1790-1859), timbul pemikiran untuk mencari pemikiran teoretis tentang hukum. Setiap praktikus hukum selalu mencari jalan keluar dalam menangani kasus yang dihadapinya. Jalan keluar itu harus bersifat lebih abstrak dari ketentuan-ketentuan yang dihadapinya, tetapi lebih konkret dari suatu yang bersifat filosofis. Harapan semacam itu ditumpahkan ke universitas yang dalam hal ini fakultas hukum. Dunia akademis diminta untuk dapat memenuhi kebutuhan ini. Jan Gijssels dan Mark van Hoecke menginginkan jawaban-jawaban sistematis dan akademis untuk menerangkan masalah-masalah konkret.⁵⁸

Selanjutnya, kedua penulis itu menyatakan bahwa titik anjak dalam

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Op. cit.*, hlm. 52.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Op. cit.*, hlm. 7.



meneliti hukum pada kegiatan teori hukum adalah dari dalam, bukan kepentingan masyarakat. Dengan demikian, teori hukum mempelajari hukum dengan tujuan untuk mendapatkan pemahaman yang lebih dalam dan lebih baik mengenai hukum (*omwille van het recht*), bukan pemahaman yang lebih baik dalam hubungan kemasyarakatan.⁵⁹

Sebenarnya, dengan mengacu kepada kebutuhan akan teori hukum, teori hukum dibutuhkan dalam menjembatani antara dogmatika hukum dan filsafat hukum. Mengingat bahwa ilmu hukum merupakan ilmu terapan, teori hukum pun juga dibutuhkan dalam rangka praktik hukum dan dalam rangka kegiatan akademis, yaitu menghasilkan teori baru dan bahkan prinsip hukum yang baru yang sangat bermanfaat bagi perkembangan ilmu hukum. Oleh karena itulah, tugas teori hukum adalah: *pertama*, memberikan landasan teoretis baik dalam pembuatan hukum maupun dalam penerapan hukum; dan *kedua*, mengemukakan metode yang tepat dalam penerapan hukum. Adapun pengembangan teori bukan hanya teori belaka, melainkan teori yang dapat diterapkan.

Adapun dalam filsafat hukum dipelajari gagasan dasar dan prinsip-prinsip hukum yang merupakan pancaran dari moral. Kedua hal tersebut diperlukan dalam: (1) membangun argumentasi oleh para pihak yang mengadakan hubungan hukum atau bersengketa; (2) dasar pemikiran pengambilan keputusan oleh penyelenggara negara, yaitu legislatif, eksekutif, dan yudisial; (3) landasan membangun konsep hukum. Yang pertama dan kedua bersifat praktis dan merupakan kebutuhan sehari-hari. Adapun yang ketiga dan keempat lebih mengarah kepada pembangunan hukum. Namun demikian, tidak berarti bahwa untuk yang ketiga dan keempat itu tidak bertalian dengan aktivitas sehari-hari; sebaliknya, para pihak yang sedang beradu argumentasi bukan tidak mungkin membangun konsep baru dengan merujuk kepada pemikiran filosofis. Begitu juga penyusun naskah akademis atau hakim, dengan merujuk kepada pemikiran filosofis, bukan tidak mungkin menemukan prinsip hukum yang baru.

⁵⁹ *Ibid.*



Sebagai contoh konkret adalah kasus Vivian Rubianti, yaitu permohonan perubahan status akibat perubahan kelamin dari pria ke wanita setelah mengalami operasi. Pada pertengahan November 1973, Pengadilan Negeri Jakarta Barat dan Selatan membuat suatu putusan yang merupakan *landmark decision* berkaitan dengan perubahan status gender. Iwan Rubianto Iskandar, seorang penata rambut yang memang banci dari lahirnya, mengalami operasi perubahan kelamin di Kandang Kerbau Maternity Hospital, Singapura pada 29 Juni 1973. Setelah berhasil mengubah kelaminnya menjadi seorang wanita, Iwan berencana untuk mengawini seorang pria Singapura.

Rencana itu tidak mungkin dapat terlaksana karena status kelaminnya masih pria. Meskipun secara fisik ia seorang wanita, secara hukum ia masih berstatus sebagai pria. Perkawinan adalah suatu perbuatan hukum. Perkawinan sejenis kelamin atau perkawinan homoseksual dilarang di Indonesia maupun Singapura. Oleh karena itu, ia menyewa advokat Mr. Tjiam Djoe Kiam sebagai pengacaranya untuk mengajukan permohonan penetapan pergantian status kelamin dari pria ke wanita ke Pengadilan Negeri Jakarta Barat-Selatan.

Setelah menerima permohonan itu, pengadilan membentuk majelis yang diketuai oleh Ny. Fatimah, S.H. yang didampingi oleh Ny. Sujatmi, S.H., dan Sitinjak, S.H. sebagai para anggota majelis. Dalam persidangan, Hakim Ketua menyatakan: “Setiap orang berhak untuk mengajukan permohonan ke pengadilan mengenai apa yang diatur atau tidak diatur oleh undang-undang. Dan, berdasarkan prinsip hukum umum, seseorang mempunyai hak untuk mendapatkan nasihat hukum mengenai masalah yang timbul dari kehidupan sehari-hari.”

Tidak dapat disangkal bahwa pokok perkara yang dimohonkan oleh Iwan Rubianto tidak diatur oleh undang-undang maupun hukum adat. Perkara itu memang benar-benar kasus baru. Apakah permohonan itu harus ditolak? Pengadilan bagaimanapun harus mencari jalan keluar dalam memutuskan kasus itu secepatnya. Dalam memutuskan perkara itu, Hakim Ketua memberikan komentar lebih lanjut: “Hakim harus mengambil suatu putusan sesuai dengan hukum adat dan kenyataan hidup masyarakat.” Bertalian dengan Vivian, hakim



tersebut menyatakan: “Adalah suatu kenyataan dalam realitas sosial bahwa ada seseorang yang hidup dalam situasi antara. Perlukah permohonan dikabulkan?” Selanjutnya majelis hakim membuat putusan dengan menyatakan: “Menyatakan bahwa pemohon Iwan Rubianto Iskandar, lahir di Jakarta pada tanggal 1 January 1944, anak laki-laki dari Tuan dan hanya KL Iskandar secara sah menjadi seorang wanita sejak putusan ini diucapkan.”

Kasus itu telah menginspirasi Dedi Yuliardi. Pada tanggal 3 Mei 1988, ia mengalami operasi perubahan kelamin di Rumah Sakit Dr. Soetomo Surabaya. Sebagaimana Iwan Rubianto Iskandar yang mengajukan permohonan ke Pengadilan Negeri Jakarta Barat-Selatan untuk memperoleh putusan pergantian status kelamin, Dedi mengajukan permohonan serupa ke Pengadilan Negeri Surabaya. Dengan merujuk kepada kasus Vivian, pada 24 Oktober 1988 Pengadilan Negeri Surabaya menyatakan Dedi Yuliardi sebagai seorang wanita. Ia lalu mengubah namanya menjadi Dorce Ashadi. Sebagai seorang selebriti, ia juga disebut Dorce Gamalama karena konon kabarnya ayahnya memang berasal dari Ternate tempat Gunung Gamalama terletak.

ILMU HUKUM MERUPAKAN DISIPLIN BERSIFAT SUI GENERIS

Meuwissen dan penulis-penulis Belanda lainnya membedakan ilmu hukum dogmatis dengan ilmu hukum empiris. Studi hukum yang masuk ke dalam bilangan ilmu hukum empiris menurut Meuwissen adalah sosiologi hukum, sejarah hukum, perbandingan hukum, dan psikologi hukum.⁶⁰ Sama halnya, Bruggink membedakan antara ilmu hukum normatif dan ilmu hukum empiris. Menurut pendapat saya, istilah ilmu hukum empiris merupakan sesuatu yang bersifat *contradictio in terminis* karena apabila dilihat secara etimologis, ilmu hukum yang merupakan terjemahan dari bahasa Inggris *jurisprudence* berasal dari bahasa Latin *iuris* dan *prudentia* sebagaimana telah dikemukakan bukan merupakan suatu pengetahuan tentang sesuatu yang bersifat

⁶⁰ P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 446.



empiris. Adapun sosiologi hukum dan psikologi hukum termasuk ke dalam studi sosial tentang hukum dan kedua cabang ilmu itu bukan termasuk ilmu hukum. Sosiologi hukum dan psikologi hukum merupakan kajian-kajian yang bersifat empiris. Sejarah hukum memang masuk ke dalam kajian budaya, tetapi bukan bagian dari ilmu hukum.

Selanjutnya, yang perlu dikemukakan di sini adalah perbedaan antara sosiologi hukum dan mazhab sosiologis dalam ilmu hukum. Untuk membedakan mazhab sosiologis yang diajarkan oleh Roscoe Pound dengan sosiologi hukum, ada baiknya dikemukakan pertelaan dari satu buku klasik yang ditulis oleh George Whitecross Paton berjudul *A Textbook of Jurisprudence*. Dalam buku itu Paton mengemukakan bahwa: “*Pound’s sociological jurisprudence should be distinguished from what is now called the sociology of law.*”⁶¹ Oleh karena itulah Paton dalam buku tersebut lebih suka menyebut mazhab yang dikembangkan oleh Roscoe Pound itu sebagai *functional school* atau mazhab fungsional.⁶² Lebih jauh, ia menyatakan:⁶³

Sociology of law is defined in many ways, but its main difference from functional jurisprudence is that it attempts to create a science of social life as a whole and to cover a great part of general sociology and political science. The emphasis of the study is on society and law as mere manifestation, whereas Pound rather concentrates on law and considers society in relation to it.

Agar lebih jelas lagi, perlu dikemukakan mazhab fungsional dalam tulisan Paton. Dalam tulisan itu ia mengemukakan bahwa: “*Dean Pound is usually credited as being the American leader in the school of sociological jurisprudence, but it is unfortunate that the term ‘sociological’ was never used in this connection—to speak of the functional method would have been more accurate and less confusing.*”⁶⁴ Alasan Paton menggunakan istilah *functional school* adalah: “*The tenet of this*

⁶¹ G.W. Paton, *Op. cit.* hlm. 29.

⁶² *Ibid.*, hlm. 22-28.

⁶³ *Ibid.*, hlm. 29.

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 22.



*school is that we cannot understand what a thing is unless we study what it does.*⁶⁵ Lebih jauh Paton mengemukakan bahwa: “*To Pound, law is more than a set of abstract norms or a legal order—it is also a process of balancing conflicting interests and securing the satisfaction of the maximum of wants with the minimum of friction.*”⁶⁶ Dari apa yang ditulis oleh Paton tersebut, dapat dikemukakan bahwa titik anjak pandangan Roscoe Pound adalah hukum itu sendiri, yaitu apakah hukum itu mampu memberikan perlindungan yang seimbang dalam hidup bermasyarakat. Perlu dikemukakan di sini bahwa yang disebut hukum dalam alam pikiran Anglo-American bukan hanya undang-undang, melainkan juga putusan pengadilan. Bahkan dari kuliah-kuliah yang diberikannya sejak 1920-an, ia lebih banyak mengartikan *law* bukan sebagai aturan melainkan putusan pengadilan.⁶⁷

Untuk lebih jelas lagi membedakan mazhab sosiologis yang dikemukakan oleh Roscoe Pound perlu diberi contoh, misalnya apakah dalam memberikan putusan, pengadilan telah mempertimbangkan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dan pandangan-pandangan mengenai kelayakan atau kepantasan yang berkembang dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan prinsip-prinsip hukum. Atau, dalam pembuatan aturan hukum juga mengingat prinsip-prinsip moral yang dianut oleh masyarakat tertentu. Hasil akhir yang hendak dicapai adalah apakah aturan hukum atau putusan pengadilan sesuai prinsip-prinsip hukum yang merefleksikan nilai-nilai keadilan dalam hidup bermasyarakat. Sebaliknya, sosiologi hukum akan mulai dari masyarakat dan perilaku individu dalam masyarakat terhadap hukum. Isu yang dikembangkan biasanya adalah efektivitas hukum terhadap perilaku tertentu, pengaruh aturan hukum terhadap suatu keadaan tertentu, implementasi aturan hukum terhadap sesuatu atau kepatuhan individu terhadap aturan hukum. Hasil akhir yang hendak

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Baca Roscoe Pound, *Law Finding Through Experience and Reason: Three Lectures*, Athens: University of Georgia Press, 1960. Begitu juga Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale University Press, 1953.



dicapai dengan studi ini adalah faktor-faktor yang menghambat atau mendorong efektivitas aturan hukum, berpengaruh tidaknya adanya aturan hukum terhadap keadaan tertentu, apakah implementasi telah dilakukan secara benar atau faktor-faktor yang menghambat atau mendorong individu taat akan hukum. Sosiologi hukum merupakan cabang sosiologi, sedangkan mazhab sosiologis merupakan salah satu mazhab dalam ilmu hukum. Akan tetapi, tidak demikian halnya dengan ilmu perbandingan hukum. Studi perbandingan hukum bukan merupakan ilmu empiris. Studi perbandingan hukum merupakan bagian dari ilmu hukum yang bersifat normatif dan preskriptif.

Sebagaimana telah dikemukakan bahwa ilmu empiris bersifat bebas nilai. Akan tetapi, sesungguhnya pada saat ini telah diketahui bahwa ilmu empiris bukan satu-satunya ilmu pengetahuan modern. Dengan mengacu kepada pengertian *scientia* yang artinya pengetahuan, pada masa sekarang secara sederhana berdasarkan objek kajiannya, ilmu dapat dibedakan menjadi ilmu alamiah (seperti biologi, fisika), ilmu formal (matematika), ilmu sosial (seperti sosiologi, ekonomi), dan humaniora (seperti sejarah, sastra).⁶⁸ Objek kajian humaniora, tidak dapat dibantah, bersifat sarat nilai. Oleh karena itulah, metode untuk ilmu empiris tidak dapat diterapkan bagi studi humaniora. Sebagai contoh dapat dikemukakan bahwa fakta sejarah, dilihat dari sudut pandang studi sosial, tidak lebih daripada pencapaian tujuan oleh suatu masyarakat tertentu. Demikian pula apabila melihat seorang wanita menangis meneteskan air mata, seorang ahli ilmu kimia akan menyatakan bahwa air mata tidak lain merupakan kombinasi tertentu antara oksigen dan hidrogen.⁶⁹ Akan tetapi dilihat dari sudut pandang humaniora, ada sesuatu di belakang fakta yang tidak dapat diverifikasi secara empiris. Fakta sejarah yang telah disebutkan tadi, misalnya, bukan sekadar pencapaian tujuan oleh suatu masyarakat tertentu, melainkan ada nilai intrinsik yang dimiliki kelompok itu dan memberi inspirasi kepada masyarakat untuk berjuang menggapai tu-

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 444.

⁶⁹ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, Kuala Lumpur: International Law Bookstore, 1994, hlm. 1.



juan dan memungkinkan mereka menanggung derita bersama dalam mencapai tujuan itu. Romantisme dalam perjuangan mencapai tujuan itu mempunyai makna dalam kehidupan sosial masyarakat itu, dan yang demikian ini tidak dapat diamati secara empiris. Romantisme itulah yang merupakan nilai yang berada di luar studi empiris. Begitu pula air mata si wanita yang sedang menangis itu bagi penyair bukan sekadar senyawa kimia, melainkan mengandung makna yang dalam dan mempunyai nilai seni.

Dengan mengacu kepada klasifikasi tersebut, Meuwissen berpendapat bahwa gejala perasaan dan pernyataan-pernyataan yang berkaitan dengan emosi tidak bisa dijadikan objek penelitian empiris, karena hal itu akan menggusur unsur yang spesifik dari manusia.⁷⁰ Menurutnya, apabila suatu gejala harus diteliti secara empiris, gejala itu harus dibuat sedemikian rupa supaya dapat diteliti. Beberapa unsur yang tidak dapat diteliti karena tidak dapat diamati dan tidak dapat diukur, harus disingkirkan. Apabila yang diteliti adalah manusia, dapat dikatakan bahwa masalah-masalah yang bersifat batin tidak dapat diamati dan tidak dapat diukur. Oleh karena itu, unsur-unsur batin tersebut harus disingkirkan. Tidak dapat disangkal bahwa batin dan pikiran manusia merupakan bagian yang esensial dan spesifik bagi umat manusia. Apabila hal-hal itu dihilangkan karena tidak dapat diamati dan tidak dapat diukur, unsur yang spesifik dan esensial manusia diabaikan. Akibatnya, studi semacam itu gagal untuk memberikan deskripsi mengenai manusia secara utuh. Studi seperti itu hanya mengenai aspek-aspek lahiriah manusia. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa ilmu empiris yang dalam bahasa Inggris *science* tidak layak untuk digunakan dalam menjelaskan gejala yang tidak dapat diamati dan tidak dapat diukur. Akibatnya, ilmu empiris tidak akan dapat menjawab pertanyaan-pertanyaan dalam kajian-kajian pada ruang lingkup humaniora.

Tidak dapat disangkal bahwa perbincangan mengenai ilmu empiris dalam kaitannya dengan hukum menghasilkan dua implikasi dalam ilmu hukum. Pertama, ada suatu pertanyaan: Apakah ilmu hu-

⁷⁰ P. van Dijk *et al.*, *Loc. cit.*



kum harus diperlakukan sebagai ilmu empiris? Apabila jawabannya “ya,” hukum harus didekati dari kacamata instrumental. Dalam hal ini hukum dipandang sebagai suatu sarana untuk mencapai tujuan lain. Apa tujuan lain itu ilmu empiris tidak akan memberikan jawabannya, sebab tujuan berada dalam ruang lingkup nilai sehingga bukan merupakan bidang kajiannya.

Argumen kedua dalam menolak ilmu hukum diklasifikasi sebagai studi yang bersifat empiris adalah studi hukum tidak dapat menjelaskan isi hukum. Merupakan suatu kenyataan bahwa di mana pun hukum diadakan, hukum itu dimaksudkan untuk mempertahankan adanya *vrede*, yaitu damai sejahtera yang di dalamnya terdapat ketertiban dan keadilan bagi anggota-anggota masyarakat.⁷¹ Ilmu empiris tidak bertalian dengan kedua hal itu, karena kedua hal itu tidak dapat diamati dan tidak dapat diukur. Agar dapat diamati dan diukur, konsep-konsep itu, yaitu ketertiban dan keadilan, harus diubah ke dalam pengertian-pengertian yang bersifat operasional. Bahkan pengertian hukum pun harus dibuat operasional untuk dapat diteliti secara empiris. Akan tetapi apabila hal ini dilakukan, akan terjadi reduksi terhadap makna damai sejahtera, keadilan, dan hukum karena ada unsur-unsur yang esensial yang ada dalam konsep-konsep itu yang tidak dapat diamati dan tidak dapat diukur harus dihilangkan.

Di samping itu, tidak dapat diingkari bahwa ilmu empiris tidak dapat menjelaskan makna di belakang fakta yang dapat diamati. Adapun makna di belakang fakta yang dapat diamati itulah yang esensial bagi studi non-empiris. Berbeda dengan studi empiris yang memisahkan secara tegas antara subjek yang melakukan studi dan objek yang dipelajari, dalam mempelajari makna, subjek yang melakukan studi dan objek studi sulit untuk dipisahkan.

Untuk mengetahui karakteristik ilmu hukum, perlu kiranya diacu pernyataan Paul Scholten. Paul Scholten menyatakan bahwa: “*rechtswetenschap kent niet alleen een beschrijvende maar ook vóórschri-*

⁷¹ Meuwissen sendiri berpendapat bahwa tujuan hukum adalah keadilan (*rechtsvaardigheid*) dan kebebasan (*vrijheid*).



jvende dimensie.”⁷² Menurut Scholten, ilmu hukum berbeda dengan ilmu deskriptif. Ia mengemukakan bahwa ilmu hukum bukan untuk mencari fakta historis dan hubungan sosial seperti yang terdapat pada penelitian sosial.⁷³ Menurutnya, ilmu hukum berurusan dengan preskripsi hukum, putusan yang bersifat hukum, dan materi yang diolah dari kebiasaan-kebiasaan.⁷⁴ Ia lebih jauh menyatakan bahwa bagi legislator, ilmu hukum berkaitan dengan hukum *in abstracto*.⁷⁵ Akan tetapi, tidak berarti bahwa bagi hakim ilmu hukum berkaitan dengan hukum *in concreto*. Bagi hakim, ilmu hukum memberikan pedoman dalam menangani perkara dan menetapkan fakta-fakta yang kabur.⁷⁶ Argumentasi yang dikemukakan oleh Paul Scholten menunjukkan secara jelas bahwa ilmu hukum mempunyai karakter preskriptif dan sekaligus sebagai ilmu terapan.

John Austin, pendiri mazhab analitis, memberikan batasan yang sangat sempit terhadap ilmu hukum. Dalam pandangan Austin, ilmu hukum tidak lain daripada hukum positif.⁷⁷ Hukum positif menurut Austin adalah aturan umum yang dibuat oleh mereka yang mempunyai kedudukan politis lebih tinggi untuk mereka yang mempunyai kedudukan politis lebih rendah.⁷⁸ Hukum positif, dengan demikian, merupakan suatu perintah penguasa.⁷⁹ Dengan mendefinisikan hukum semacam itu, Austin bermaksud untuk memisahkan hukum dari moral, kebiasaan, dan unsur-unsur lain yang tidak dapat ditentukan. Demikian pula halnya dengan Hans Kelsen (1881-1973) yang mendirikan *Die reine Rechtlehre* atau Ajaran Hukum Murni. Ia berusaha membebaskan hukum dari kabut metafisika yang telah menyelimuti-

⁷² Paul Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1974., hlm. 94.

⁷³ *Ibid.*, hlm. 94.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Arti yang mendekati dalam bahasa Inggris adalah *law in book*.

⁷⁶ Paul Scholten, *Loc .cit.*

⁷⁷ G.W. Paton, *Op. cit.*, hlm. 6.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*



nya sekian lama dengan melakukan spekulasi tentang adanya keadilan atau dengan mengemukakan doktrin *ius naturae* atau hukum alam. Hans Kelsen lebih jauh berpendapat bahwa hukum tetaplah hukum meskipun tidak adil. Oleh karena itu apabila pandangan Kelsen ini diikuti, ilmu hukum tidak lebih dari studi formal tentang hukum.⁸⁰

Sebenarnya, sebelum Kelsen, seorang ahli hukum Amerika Serikat yang bernama Roscoe Pound (1870-1964) mendirikan suatu mazhab yang dikenal dengan mazhab sosiologis. Ia memandang ilmu hukum dalam arti yang luas. Ia mengemukakan bahwa hukum yang harus dibedakan dengan undang-undang adalah *the system of authoritative materials for grounding or guiding judicial and administrative actions recognized or established in a politically organized society*.⁸¹ Dari pernyataan itu dapat dikemukakan bahwa Roscoe Pound mendefinisikan hukum dalam pengertian peradilan dalam melaksanakan keadilan. Meskipun memberikan ruang lingkup yang luas terhadap studi hukum, tidak dapat disangkal bahwa Roscoe Pound memandang ilmu hukum sebagai *science of law* yang berkaitan dengan penafsiran dan penerapan hukum sebagaimana dikemukakan pada awal tulisan ini.

Oleh karena ilmu hukum 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 sosial hanya berkaitan dengan implementasi konsep hukum dan acap kali hanya memberi perhatian terhadap kepatuhan individu terhadap aturan hukum.

Tidak berbeda 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. Tidak dapat disangkal bahwa keadilan merupakan isu dalam ruang lingkup filsafat. Keadilan itu sendiri me-

⁸⁰ Sebenarnya ketika Hans Kelsen wafat pada 1973 di usia 91 tahun, ia masih menyimpan naskah tentang bentuk akhir dari *Die Reine Rechtslehre* yang berjudul *Allgemeine Theorie der Normen*.

⁸¹ Roscoe Pound, *Jurisprudence*, St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1959 (Roscoe Pound II), hlm. 106.



rupakan unsur yang esensial dalam hukum. Akan tetapi, filsafat tidak berkaitan dengan pelaksanaan keadilan saja.

Merupakan tugas ilmu hukum untuk membahas hukum dari semua aspek. Baik ilmu sosial maupun humaniora memandang hukum dari sudut pandang keilmuannya sendiri. Oleh karena itu, tidaklah tepat mengklasifikasi ilmu hukum ke dalam ilmu sosial maupun humaniora. Dalam hal demikian, sangat berguna untuk menengok kepada pandangan Meuwissen tentang ilmu hukum. Meskipun ia membuat klasifikasi ilmu hukum dogmatik dan ilmu hukum empiris, Meuwissen menempatkan ilmu hukum dogmatik sebagai sesuatu yang bersifat *sui generis*, artinya tidak ada bentuk ilmu lain yang dapat dibandingkan dengan ilmu hukum.⁸² Selanjutnya, Meuwissen menyatakan bahwa ilmu hukum dogmatik yang mempunyai posisi sentral dalam pendidikan di universitas.⁸³ *Sui generis* merupakan bahasa Latin yang artinya hanya satu untuk jenisnya sendiri. Apa yang dikemukakan oleh Meuwissen memang tidak dapat disangkal, bahwa ilmu hukum bukan bagian dari ilmu sosial maupun humaniora melainkan ilmu tersendiri. Sebagaimana telah dikemukakan bahwa menurut Jan Gijssels dan Mark van Hoecke terdapat tiga tingkatan ilmu hukum, yaitu dogmatik hukum, teori hukum, dan filsafat hukum.⁸⁴ Ini berarti bahwa kedudukan *sui generis* tersebut berlaku untuk ketiga tingkatan itu.

UPAYA MENGEMPIRISKAN ILMU HUKUM

Tulisan mengenai keinginan untuk membuat ilmu hukum sebagai ilmu empiris ini dapat dijumpai pada tulisan D.H.M. Meuwissen dalam P van Dijk, *et al. Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, halaman 450 hingga 453. Untuk menunjukkan hal itu perlu dikemukakan tulisan itu dalam bahasa Indonesia yang telah diparafrasa.

Menurut Meuwissen, para pengikut ilmu hukum empiris sangat

⁸² P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 448.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Op. cit.*, hlm. 8.



meragukan apa yang dikemukakan oleh penganut ilmu hukum “dogmatik.” Hal ini disebabkan para penganut ajaran ini mempunyai sudut pandang yang lain. Mereka berpendapat bahwa ilmu hukum “dogmatik” sebagai suatu “seni” atau *rechtgeleerheid*. Ilmu hukum “dogmatik” menurut mereka bukan ilmu.

Ilmu hukum empiris memisahkan secara tajam antara fakta dan norma, antara pernyataan yang bersifat deskriptif dan normatif. Gejala hukum dipandang sebagai gejala empiris yang murni faktual. Hal itu merupakan suatu fakta sosial yang dapat diamati. Gejala-gejala ini harus dipelajari dan diteliti dengan menggunakan metode empiris dengan meminjam pola yang standar. Melalui cara tersebut hukum dideskripsikan, dianalisis, dan diterangkan. Ilmu hukum empiris dengan demikian melakukan telaah yang bersifat deskriptif terhadap gejala-gejala hukum, yang sebagian sebenarnya merupakan pernyataan preskriptif. Penelitian yang bersifat empiris faktual tentang isi hukum dan perilaku masyarakat yang berkaitan dengan hukum menduduki posisi yang utama. Dengan demikian, ilmu hukum empiris bersifat bebas nilai dan netral. Dan, yang mempelajari ilmu hukum empiris tidak memberikan penilaian atau bersikap kritis terhadap gejala-gejala hukum yang dipelajari atau diterangkan. Akibatnya bukan saja hukum dan etika (moral), melainkan juga hukum dan politik dipisahkan. Pertimbangan etis dan politis terhadap sifat dan isi hukum positif bukan merupakan bidang kajian mereka yang mempelajari ilmu hukum empiris. Pertimbangan semacam itu bersifat subjektif-individual. Hal itu harus diarahkan kepada mereka yang memang mempunyai tugas untuk memberikan pertimbangan-pertimbangan seperti itu, seperti advokat, hakim, penasihat hukum, politisi, dan mereka yang mempelajari praktik hukum. Hal ini berarti ilmu hukum empiris tidak berurusan dengan penerapan hukum. Di sinilah letak kelemahan ilmu hukum empiris.

Dengan berpegang kepada apa yang telah dikemukakan tersebut, Meuwissen dapat menarik suatu konklusi bahwa mereka yang mempelajari ilmu hukum empiris harus dipandang sebagai kaum positivis. Hal ini disebabkan bahwa mereka selalau memandang hukum sebagai



suatu fakta yang dapat ditentukan dan apabila mempelajarinya secara mendalam harus melepaskan penilaian, penormaan, atau kritik.

Apabila pandangan pengikut ilmu hukum empirik diikuti, penilaian dan penerapan secara praktis tidak mempunyai peranan. Menurut pengikut ilmu hukum empiris, pertimbangan-pertimbangan mengenai isi hukum dan praksis hukum dalam arti luas bersifat pribadi dan oleh karenanya untuk hal-hal itu tidak dapat dikembangkan kriteria yang berlaku bersifat inter-subjektif. Dengan demikian, ilmu hukum empiris hanya sampai memberikan suatu deskripsi dari gejala hukum. Setelah itu selesai sudah. Bahkan ilmu itu tidak memberikan suatu penjelasan yang bersifat ilmiah dari kegiatan deskripsi tersebut. Dengan demikian, timbul pertanyaan mengenai relevansi praktis atau makna kegiatan semacam itu. Di sini terlihat bahwa untuk kepentingan praktik hukum, ilmu hukum empiris hampir tidak mempunyai relevansi.

Pada tahun 1980 di Belanda terbit tulisan A de Wild yang berjudul *De Rationaliteit van het Rechterlijk Oordeel* yang sebenarnya berkaitan dengan pandangan Karl Popper, *Kritisch Rationalisme*. Di dalam buku tersebut De Wild menempatkan hukum positif sebagai fakta sosial berdampingan dengan fakta sosial lainnya. Hukum menurut De Wild merupakan bentuk perilaku seseorang yang dapat diamati. Saat ini menjadi tugas ilmu hukum empiris bukan hanya mendeskripsikan, tetapi dengan bantuan hipotesis juga menjelaskan hal-hal yang berkaitan dengan undang-undang. Penjelasan ini dapat dipahami dari dua segi. Pada satu pihak, fakta sosial (dalam arti luas) dapat diterangkan dengan bantuan hukum. Sebagai contoh, setiap orang berkendara di sebelah kanan⁸⁵ karena aturan hukum memberlakukannya demikian; setiap orang membayar pajak karena ketentuan undang-undang menentukan demikian. Di lain pihak, norma-norma hukum, yang oleh De Wild disebut gejala-gejala hukum, diterangkan dengan bantuan fakta sosial lain. Misalnya, diberlakukan kecepatan maksimum karena keamanan lalu lintas menuntutnya demikian.

⁸⁵ Di Belanda dan Eropa daratan pada umumnya berkendara di sebelah kanan.



Terhadap hal itu dilibatkan pula pola standar ilmu empiris untuk menjelaskan serangkaian fakta sosial yang terdapat dalam hidup bermasyarakat yang saling terpisah. Dengan cara demikian, dapat juga diterangkan latar belakang sosial aturan undang-undang dan putusan-putusan pengadilan. Dalam hal semacam itu, sudut pandang sosiologi hukum dan berbagai penelitian ilmiah dapat mempunyai arti. Sosiologi hukum bahkan dapat memenuhi suatu fungsi tertentu dalam praktik hukum. Ilmu hukum dapat menawarkan kepada pembentuk undang-undang dan hakim model-model tertentu yang sudah pasti. Sebagai contoh, pembentuk undang-undang dihadapkan kepada tujuan yang mana yang hendak dicapai dan untuk hal itu perlu dibuat aturan undang-undangnya. Hal semacam itu juga dapat dikemukakan kepada hakim sehubungan dengan interpretasi undang-undang. Dengan demikian, ilmu hukum benar-benar dalam kerangka rasionalitas instrumental, yaitu sebagai alat untuk mencapai tujuan. Meskipun demikian, sedapat mungkin ilmu hukum bisa digunakan dalam praktik hukum. Dari penjelasan tersebut, penganut ilmu hukum empiris berpendapat runtuhlah keberatan terhadap ilmu hukum empiris.

Apakah benar pandangan penganut ilmu hukum empiris bahwa keberatan terhadap ilmu hukum empiris telah runtuh, perlu diperhatikan hal-hal berikut ini. *Pertama*, apabila ilmu hukum dimasukkan ke dalam ilmu empiris, pengertian hukum harus dapat dioperasionalkan. Hal ini sesuai dengan sifat ilmu hukum empiris yang memandang hukum sebagai fakta sosial yang dapat diamati. Ini berarti telah terjadi suatu reduksi terhadap pengertian hukum karena hal-hal yang esensial yang tidak bisa dioperasionalkan dieliminasi. *Kedua*, adanya model-model yang ditawarkan dalam kerangka rasionalitas instrumental sama sekali tidak memberikan refleksi mengenai tujuan. Nilai-nilai, norma-norma, dan sikap kritis berada di luar bidang kerja ilmu hukum empiris. Oleh karena itu, harus dikatakan bahwa ilmu hukum empiris, sebagaimana ilmu empiris lainnya, dapat menyajikan suatu penjelasan yang masuk akal mengenai gejala-gejala hukum yang *ex post facto* tetapi refleksi terhadap hal itu untuk masa depan semata-



mata terletak pada pengertian hukum. Di sinilah letak gagalnya ilmu hukum empiris. Hakikat kerja yuridis adalah *ex ante*. Oleh karena itulah, karakter ilmu hukum bersifat preskriptif dan terapan.

pustaka-indo.blogspot.com



BAB 2

Hukum sebagai Norma Sosial

EKSISTENSI HUKUM DALAM HIDUP BERMASYARAKAT

Kapan tepatnya hukum mulai ada tidak dapat diketahui. Apabila ungkapan klasik “*ubi societas ibi ius*”¹ diikuti, berarti hukum ada sejak masyarakat ada. Dengan demikian pertanyaannya dapat digeser menjadi sejak kapan adanya masyarakat. Terhadap pertanyaan ini pun juga tidak akan ada jawaban yang pasti. Namun, dilihat dari segi historis tidak pernah dijumpai adanya kehidupan manusia secara soliter di luar bentuk hidup bermasyarakat.

Hidup bermasyarakat merupakan modus *survival* bagi makhluk manusia, artinya hanya dengan hidup bermasyarakat manusia dapat melaksanakan hidupnya. Hal ini berarti manusia tidak mungkin hidup secara atomistik dan soliter. Tidak dapat disangkal bahwa secara kodrati manusia memang makhluk bermasyarakat. Di samping itu, tidak ada catatan sejarah sejak kapan manusia mulai dapat berbicara yang dapat dipahami oleh sesamanya. Teori evolusi Darwin sekalipun tidak dapat menerangkan sejak fase evolusi yang manakah manusia mulai dapat mengembangkan bentuk komunikasi lewat simbol-simbol arbitrer yang disebut bahasa. Jenis mamalia yang paling mendekati manusia pun juga tidak dapat berbicara. Hal ini berarti antara manusia dan mamalia yang lain memang tidak pernah satu moyang. Masing-masing memang diciptakan secara spontan oleh Sang Pencipta.

Kemampuan manusia untuk berbicara ini telah menjadi alat pere-

¹ Terjemahannya kurang lebih: “Di mana ada masyarakat di situ ada hukum”.

kat bagi kehidupan bermasyarakat. Dengan kemampuan berbicara bisa dibangun komunikasi antara sesama manusia dalam lingkungannya. Melalui komunikasi semacam inilah manusia dapat mengekspresikan perasaannya kepada sesamanya dan hal ini juga makin mempererat pola hidup bersama. Oleh karena itu, kebutuhan manusia bukan sekadar kebutuhan fisik semata-mata, melainkan juga kebutuhan pengakuan akan keberadaannya. Kebutuhan akan pengakuan terhadap keberadaannya disebut sebagai aspek eksistensial.

Dengan demikian, dalam hidup bermasyarakat manusia terdapat dua aspek, yaitu aspek fisik dan aspek eksistensial. Aspek fisik merujuk kepada hakikat manusia sebagai makhluk yang secara ragawi benar-benar hidup. Adapun aspek eksistensial berkaitan dengan keberadaannya yang berbeda dengan makhluk hidup lainnya. Sebagai makhluk hidup secara fisik, untuk mempertahankan kehidupannya manusia butuh makan, minum, melindungi diri dari kejahanya alam dengan membuat senjata, dan prokreasi, yaitu kawin-mawin. Akan tetapi untuk mempertahankan eksistensinya, manusia bukan hanya membutuhkan sarana-sarana fisik semacam itu. Jika untuk melangsungkan keturunan, manusia membutuhkan aktivitas seksual, untuk mempertahankan eksistensinya, manusia membutuhkan cinta kasih. Mengasihi adalah bereksistensi dalam suatu kerangka yang lain daripada sekadar bertahan hidup secara fisik. Gabriel Marcel menyatakan bahwa: *“As long as death plays no further role than that of providing man with an incentive to evade it, man behaves as mere living being, not as an existing being.”*²

Keamanan secara fisik dan keamanan secara eksistensial merupakan dua hal yang berbeda.³ Pada keamanan secara fisik ada gangguan yang berupa kelaparan, penyakit, pembunuhan, dan kekerasan. Pada keamanan eksistensial, terdapat gangguan yang berupa rasa takut, diasingkan, dan dicemooh. Oleh karena itulah, dalam mengatasi gangguan itu pun berbeda. Dalam mengatasi gangguan terhadap ke-

² Wayne Morrison, *Jurisprudence: From the Greeks to post-modernism*, London: Cavendish, 1998, hlm. 16.

³ *Ibid.*



amanan secara fisik, dibutuhkan makan, obat-obatan, dan tubuh yang kuat untuk dapat bertahan menghadapi lawan. Jika semua ini dapat diatasi oleh setiap individu, secara fisik individu tersebut akan dapat melangsungkan hidupnya. Akan tetapi, mungkinkah manusia secara atomistik dapat melangsungkan hidupnya sebagai manusia? Tidak mungkin. Mengingat kodratnya sebagai makhluk sosial, untuk dapat melangsungkan hidupnya dan eksistensinya sebagai manusia, manusia mengembangkan sarana yang bersifat imateriel yang dapat menjadi perekat dalam hidup bermasyarakat. Sarana itu terpancar dari dalam diri manusia itu sendiri, yaitu cinta kasih, sikap kebersamaan atau apa pun namanya yang menunjuk kepada adanya agregasi yang bersifat asosiatif-kooperatif, dan keinginan untuk tetap dapat melangsungkan kehidupan bermasyarakat. Bahkan cinta kasih dan sikap kebersamaan itulah yang merupakan landasan kehidupan masyarakat manusia. Hal ini berarti aspek eksistensial mengatasi aspek fisik. Rasa cinta kasih dan sikap kebersamaan yang ada di dalam diri setiap manusia inilah yang menggerakkan akal pikiran manusia untuk menciptakan pranata-pranata dalam kehidupan bermasyarakat. Rasa cinta kasih dan sikap kebersamaan itulah yang dalam tulisan ini disebut moral. Dengan demikian, pranata-pranata itu timbul karena adanya moral pada makhluk yang bernama manusia.

Oleh karena adanya pranata-pranata timbul karena adanya moral, di dalam masyarakat yang sangat primitif pun juga terdapat pranata-pranata. Arnold Toynbee, sejarawan yang mencoba untuk membedakan keadaan masyarakat pada masa pra-peradaban dan masyarakat berperadaban menyatakan bahwa perbedaan antara masyarakat pada masa pra-peradaban dan masyarakat berperadaban tidak terletak pada ada dan tidaknya pranata. Baik pada masyarakat pada masa pra-peradaban maupun masyarakat berperadaban memerlukan pranata-pranata sebagai sarana hubungan yang bersifat impersonal tempat masyarakat tersebut bereksistensi berupa, misalnya tabu, eksogami, inisiasi (adaptasi dari *initiation* yang artinya adanya suatu upacara tertentu apabila seseorang dianggap menginjak usia dewasa), pemisah-



an berdasarkan jenis kelamin, dan lain-lain.⁴ Apa yang dikemukakan oleh Toynbee tersebut menunjukkan bahwa pranata-pranata memang merupakan bagian yang esensial dalam kehidupan bermasyarakat manusia.

Dilihat dari segi tujuannya, pranata itu dapat berbentuk ritual dan norma. Ritual merupakan pranata yang berkaitan dengan hubungan antara masyarakat dengan sesuatu di luar dirinya. Adapun norma merupakan pranata yang berkaitan dengan hubungan antara individu dalam hidup bermasyarakat. Norma berisi perintah dan larangan. Perintah dan larangan yang masih bersifat luas itu perlu dituangkan ke dalam aturan-aturan hukum yang bersifat konkret. Sebagai contoh, untuk mempertahankan kehidupan bermasyarakat, dikembangkan suatu norma bahwa setiap individu tidak boleh merugikan individu lainnya atau masyarakat. Apakah bentuk perbuatan yang dianggap merugikan individu lain atau masyarakat perlu dituangkan secara konkret baik secara tertulis atau melalui kebiasaan-kebiasaan yang dilakukan dalam hidup bermasyarakat. Aturan-aturan tersebut membatasi individu dalam berpola tingkah pekerti dalam hidup bermasyarakat. Aturan-aturan semacam itu tentu saja telah disepakati oleh masyarakat yang bersangkutan.

Aturan-aturan itulah yang disebut hukum. Terhadap hal ini acap kali terjadi kesalahan berpikir. Kesalahan yang sering terjadi adalah pandangan yang menyatakan bahwa hukum baru ada, karena adanya masyarakat yang terorganisasikan. Pandangan seperti ini menafikan keberadaan hukum pada masyarakat primitif. Tidak dapat dimungkiri bahwa pandangan semacam ini sangat dipengaruhi oleh kerangka berpikir Barat pada masyarakat modern. Akibatnya, yang disebut hukum menurut pandangan semacam ini adalah suatu aturan yang dibuat oleh mereka yang memang ditugasi untuk membuatnya meskipun dalam bentuknya yang masih sederhana. Konsekuensinya, apabila aturan itu tumbuh dan berkembang tetapi tidak diimplementasikan oleh suatu kekuasaan yang bersifat “formal,” aturan itu tidak dapat disebut

⁴ Arnold Toynbee, *A Study of History*, London: Thames and Hudson, 1976, hlm. 85.



hukum. Dengan demikian, dalam masyarakat yang tidak mengenal kekuasaan “formal” untuk melaksanakan aturan-aturan itu, pada masyarakat tersebut dikatakan tidak ada hukum, melainkan hanya aturan tingkah laku.

Untuk menunjukkan kesalahan berpikir tersebut, perlu kiranya dikemukakan studi yang dibuat oleh Richard D. Schwartz yang dikutip oleh Lawrence Friedman. Schwartz membandingkan dua pola pemukiman orang Israel. Pertama disebut *moshav* (artinya kooperatif) dan yang lainnya disebut *kvutza* (artinya masyarakat yang bersifat kolektif).⁵ *Kvutza* dibangun di atas prinsip-prinsip sosialis yang ketat. Masyarakat itu tidak mengenal adanya hak milik pribadi. Anak-anak dibesarkan secara komunal di dalam *kvutza*. Anggota-anggota masyarakat makan makanan mereka secara bersama-sama di ruang makan yang bersifat umum. Tidak demikian halnya dengan *moshav*. Pada masyarakat ini setiap keluarga mempunyai rumah sendiri-sendiri dan setiap keluarga hidup sehari-hari dengan keluarga mereka masing-masing.⁶

Pada masyarakat *moshav* terdapat struktur formal dan hal itu tidak terdapat pada masyarakat *kvutza*. Pada *moshav* diadakan suatu lembaga peradilan khusus untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi di antara para anggota masyarakat. Pada *kvutza*, tekanan-tekanan yang bersifat informal, yaitu ungkapan kata-kata, isyarat, ataupun ekspresi, menjadi standar dalam tingkah laku anggota masyarakat. Hal semacam ini tidak lagi terdapat di dalam masyarakat *moshav*. Sarana kontrol semacam itu dianggap bekerja terlalu lemah sehingga tidak memadai. Oleh karena itulah, lalu diperlukan sistem kontrol yang formal dalam mengatur tingkah laku masyarakat.⁷

Dengan meminjam studi yang dilakukan oleh Richard D. Schwartz ini Lawrence Friedman lalu menanyakan, mengapa hal ini dapat terjadi. Ia selanjutnya menanyakan kapankah suatu masyarakat akan puas dengan kontrol yang bersifat informal? Ia mengemukakan bahwa kon-

⁵ Lawrence Friedman, *Law and Society*, New Jersey: Prentice-Hall, 1977, (Lawrence Friedman I), hlm. 26.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*



trol-kontrol semacam itu cukup kuat apabila anggota-anggota kelompok secara umum menyetujui aturan-aturan (apa pun aturan itu) dan sepakat tentang kewajiban yang harus diikuti. Suatu masyarakat dapat mengandalkan kontrol informal apabila anggota-anggota masyarakat mempunyai pandangan yang sama tentang garis kewenangan. Syarat kedua ini, kadang-kadang menjadi yang pertama dan juga sebaliknya. Artinya, suatu kelompok tidak perlu sepakat terhadap aturan kalau para anggota kelompok itu sudah setuju dengan penguasa. Jika terdapat suatu perjanjian yang kuat mengenai aturan-aturan, sikap setuju terhadap penguasa bukan merupakan hal yang penting.⁸

Selanjutnya Friedman mengemukakan, seorang ayah, seorang guru, seorang kepala suku memerintah keluarga, kelas, atau klan. Dalam hal itu, tidak ada masalah yang timbul sehingga tidak diperlukan adanya hukum yang bersifat “formal”. Akibatnya, sepanjang tidak ada orang yang menanyakan hak penguasa untuk memerintah tidak perlu ada aturan “formal”. Begitu pula, aturan yang bersifat “formal” tidak diperlukan selama anggota-anggota kelompok menyepakati aturan-aturan tingkah laku yang benar. Dalam hal demikian, apabila seseorang melakukan tingkah laku yang menyimpang dari apa yang ditetapkan, orang tersebut akan mendapat nestapa yang bersifat “informal” berupa tertawaan, cemoohan, atau mungkin pukulan.⁹

Friedman juga mengemukakan paparan E. A. Hoebel mengenai bagaimana orang Eskimo menghadapi pembunuhan.¹⁰ Dalam paparan itu dikemukakan bahwa pada masyarakat Eskimo tidak ada pemerintahan, tetapi sesuatu yang bersifat konsensus terbentuk pada masyarakat itu, yaitu pembunuhan harus mati. Seseorang yang dianggap tidak berpihak pada suatu kelompok tertentu ditugasi untuk melakukan eksekusi. Dengan demikian, masalah selesai sampai di situ dan tidak terjadi bentrokan antarkelompok yang sampai mengakibatkan pertumpahan darah. Sistem tersebut ternyata bekerja dan tanpa struktur formal ka-

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*



rena adanya kesepakatan umum tentang norma.¹¹

Berdasarkan studi yang dibuat oleh E. A. Hoebel ini, Friedman mengemukakan bahwa kesepakatan menjamin, *pertama*, masyarakat dapat mengetahui suatu tingkah laku yang menyimpang, dan *kedua*, seseorang yang memegang peranan sebagai penerap aturan mendapatkan persetujuan dan dukungan publik.¹² Dua hal ini berimplikasi terhadap hal *ketiga*, yaitu adanya kekuasaan secara informal untuk menjatuhkan sanksi.¹³ Oleh karena itulah, kemudian Friedman sampai pada kesimpulan bahwa sanksi informal hanya dapat bekerja pada masyarakat yang kecil yang anggota-anggotanya sehari-hari saling berhadapan muka. Pada masyarakat semacam ini sanksi “membuat malu” cukup efektif untuk mencegah tingkah laku menyimpang.¹⁴

Studi antropologis yang dilakukan oleh Richard D. Schwartz dan E. A. Hoebel menunjukkan bahwa manusia selalu hidup berkelompok atau hidup bermasyarakat. Hal ini berarti bahwa manusia tidak pernah hidup secara soliter atau atomistik seperti yang diduga oleh teori-teori spekulatif.¹⁵ Lebih lanjut studi itu juga menunjukkan bahwa di dalam hidup berkelompok diperlukan aturan tingkah laku. Mengenai aturan tingkah laku inilah yang menjadi *issue of dispute*. Bagi kaum positivis, aturan tingkah laku yang tidak dibuat oleh penguasa “formal” bukan hukum. Dengan berpegang kepada pandangan demikian lalu dikemukakan bahwa pada masyarakat yang kecil yang anggota-anggota masyarakatnya berhadapan muka sehari-hari tidak perlu aturan hukum karena tidak ada organisasi pemerintahan yang bersifat “formal”. Dengan demikian, menurut Friedman, pada masyarakat yang tidak mengenal organisasi formal tidak dikenal adanya hukum. Pandangan ini jelas dipengaruhi oleh pandangan positivisme John Austin

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, hlm. 37.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Teori-teori spekulatif adalah teori-teori yang dikemukakan oleh Thomas Hobbes, John Locke, dan Rousseau yang mengandaikan adanya keadaan pranegara dengan individu-individu yang hidup secara atomistik dan perlu mengadakan perjanjian masyarakat atau kontrak sosial untuk hidup bermasyarakat.



yang mengajarkan bahwa apa yang disebut hukum adalah aturan yang dibuat oleh penguasa.

Apabila pandangan Friedman ini diikuti, pada masyarakat primitif yang tidak mempunyai organisasi kenegaraan “formal” seperti pada masyarakat modern tidak dikenal adanya hukum. Di sinilah pandangan Friedman tidak bisa diterima. Hukum tidak harus dikaitkan dengan adanya organisasi “formal.” Apakah aturan itu dibuat oleh penguasa “formal” ataukah oleh masyarakat yang terbentuk karena praktik-praktik yang cukup panjang, secara esensial tidak berbeda. Keduanya merupakan aturan yang ditaati masyarakat.

Sebagai suatu rujukan untuk mematahkan pandangan Friedman mengenai pengertian hukum, pada tulisan ini dikemukakan juga studi antropologis yang dilakukan oleh B. Malinowski seperti dikutip oleh Paton.¹⁶ Dari studi yang dilakukannya, Malinowski menyatakan:¹⁷

There must be in all societies a class of rules too practical to be backed up by religious sanctions, too burdensome to be left to mere good-will, too personally vital to individuals to be enforced by any abstract agency. This is the domain of legal rules and I venture to foretell that reciprocity, systematic incidence, publicity and ambition will be found to be the main factors in the binding machinery of primitive law.

Apa yang dikemukakan oleh Malinowski tersebut telah menggugurkan pandangan yang menyatakan bahwa pada masyarakat primitif tidak dijumpai adanya hukum.

Memang, ada suatu anggapan bahwa pada masyarakat primitif tidak dibutuhkan hukum sebab masyarakat primitif sudah dengan sendirinya dan secara otomatis taat kepada aturan yang ada, yang disebut *mores*. Menurut anggapan tersebut, *mores* dipandang sebagai gabungan antara kebiasaan, adat istiadat, dan agama. Dalam situasi demikian tidak ada hukum, tidak ada hak milik pribadi, tidak ada pelaksanaan hak yang dimiliki oleh individu. Lalu, apakah yang menjadi

¹⁶ G. W. Paton, *Op. cit.*, hlm. 49.

¹⁷ *Ibid.*



sarana pengikat masyarakat primitif? Menurut mereka yang menegaskan eksistensi hukum dalam masyarakat primitif, sarana pengikat kebersamaan masyarakat primitif adalah adanya rasa ketakutan terhadap sesuatu yang tidak diketahui atau ketakutan akan kekuatan gaib yang mungkin dapat menghukum umat manusia. Apa yang dilakukan orang tanpa menimbulkan akibat buruk, dilakukan lagi secara berulang-ulang. Oleh karena itu, mereka tidak ingin mengubahnya jika tidak ingin mendapat celaka yang merupakan sanksi bersifat supernatural. Masyarakat primitif lalu tidak memiliki keinginan untuk mengubah kebiasaan-kebiasaan yang telah dilakukan. Dengan demikian, menurut penganut pandangan ini, hukum yang mula-mula bersumber dari sanksi yang bersifat religius, ketakutan akan sesuatu yang tidak diketahui, dan adanya kekuatan gaib yang hadir di mana-mana.¹⁸

Suatu hal yang perlu dikemukakan di sini adalah perlunya sikap hati-hati melakukan interpretasi terhadap praktik-praktik ataupun kebiasaan-kebiasaan yang dilakukan oleh masyarakat primitif. Tidak dapat disangkal bahwa dalam menginterpretasi aturan-aturan yang berkembang di masyarakat primitif, para pengamat tersebut yang berpendidikan Barat dan modern telah bersikap bias secara kultural. Sebagai contoh adalah Lawrence Friedman yang telah dikemukakan. Penulis yang mantan hakim itu secara tidak sadar dipengaruhi oleh kultur dan pendidikannya, sehingga bias dalam mengambil kesimpulan dari studi antropologis yang dilakukan oleh Schwartz dan Hoebel. Apabila seorang penulis bersikap bias secara kultural, ia akan cenderung menggunakan konsep-konsep yang ada pada saat ini untuk menerangkan apa yang ada pada masyarakat primitif. Tentu saja hal ini menimbulkan kesalahpahaman.

Melalui studi antropologis yang dibuatnya, Malinowski justru menjelaskan bahwa tidak semua kebiasaan mempunyai tingkatan yang sama. Beberapa aturan tingkah laku diikuti karena memang dipilih untuk diikuti baik karena memang menyenangkan atau karena anggota-anggota masyarakat memang tidak pernah berpikir untuk

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 48.



melakukan sesuatu yang bertentangan dengan aturan itu. Akan tetapi, ada juga aturan-aturan untuk hal-hal yang tidak boleh dilakukan. Aturan semacam inilah yang memerlukan mekanisme penerapan yang efektif.¹⁹ Selanjutnya, Malinowski memberikan ilustrasi bahwa seorang anggota suatu ras tertentu yang berdiam di suatu gubuk yang berbentuk lingkaran mungkin tidak berkeinginan untuk membangun gubuk yang berbentuk persegi. Apabila ia membangunnya juga dengan bentuk persegi, keanehan itu tidak akan membahayakan kehidupan masyarakat secara keseluruhan. Oleh karena tidak diperlukan aturan yang melarang hal semacam itu. Namun apabila terjadi perzinahan atau perkosaan, aturan yang tegas akan diterapkan.²⁰ Berdasarkan apa yang dikemukakan oleh Malinowski ini tidak dapat disangkal bahwa di dalam masyarakat primitif pun telah ada suatu norma yang bukan sekadar norma kebiasaan ataupun *mores* semata-mata, melainkan suatu norma yang disebut sebagai norma hukum.

Ada yang berpendapat bahwa apa yang dilakukan secara berulang-ulang oleh anggota masyarakat adalah kebiasaan, di antaranya Hari Chand. Hari Chand menyatakan:²¹

“What really seems to have happened is that a pattern of behaviour which developed in a community was repeated over years and became custom. It arose because of the life conditions which prevailed. In other words, law grew organically with the society; there was no conscious effort to make law and there was no law giver in the modern sense or in any sense, for that matter.”

Akan tetapi, dari pernyataan tersebut Hari Chand menyamakan antara hukum dan kebiasaan. Sebenarnya antara hukum dan kebiasaan merupakan dua hal yang berbeda.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*



HUKUM DAN KEBIASAAN

Memang, acap kali pada masyarakat primitif kebiasaan diidentikkan dengan hukum. Hal itu disebabkan sebelum lahirnya antropologi modern, awal kehidupan bermasyarakat dipelajari berdasarkan spekulasi yang abstrak dan bukan pada penelitian lapangan atas masyarakat primitif. Sebagai suatu norma sosial, hukum, merupakan suatu produk budaya. Oleh karena merupakan suatu produk budaya, hukum hadir dalam masyarakat dengan bentuk budaya apa pun. Pada masyarakat primitif pun sudah dijumpai hukum. Malinowski menegaskan, bahwa pada suatu masyarakat primitif, hukum timbul dari kebutuhan masyarakat.²² Gagasan itu terungkap bahwa ketika masyarakat tertentu hidup bersama, masyarakat tersebut menghasilkan pola tingkah laku tertentu. Anggota-anggota masyarakat harus memenuhi kebutuhan fisik, biologis, dan sosial sehingga mereka harus berusaha untuk bekerja sama dengan sesamanya dalam suatu kehidupan bermasyarakat. Seorang anggota masyarakat tidak bebas bertindak melainkan harus mengingat apa yang dibolehkan oleh kelompoknya. Kebutuhan yang bermacam-macam dari setiap anggota masyarakat harus diselaraskan dengan kebutuhan kelompok. Di samping itu, manusia harus berjuang menghadapi kedahsyatan iklim dan lingkungan untuk dapat melangsungkan hidupnya. Hal itu tidak mungkin dikerjakan sendiri oleh setiap manusia. Mereka menghadapinya secara bersama-sama. Dari pengalaman ke pengalaman, mereka lalu menetapkan hal-hal apa saja yang boleh atau tidak boleh dilakukan oleh anggota masyarakat dalam rangka menjaga kelangsungan hidup bermasyarakat. Dengan demikian, hukum bereksistensi sebagai hasil kerja sama suatu masyarakat. Oleh karena hidup bermasyarakat merupakan *modus survival* bagi manusia, hukum merupakan suatu yang inheren dengan kehidupan masyarakat manusia.

Meskipun dalam beberapa hal masih bernilai, karya F. C. von Savigny (1776–1861) dan Sir Henry Maine (1822–1888) tentang evolusi hukum dilihat dari segi antropologis telah kehilangan makna. Menjelang

²² Hari Chand, *Op. cit.*, hlm. 23.



berakhirnya abad XIX antropologi menjadi suatu studi lapangan dan memungkinkan pemahaman yang lebih dalam terhadap masyarakat primitif. Sejak saat itulah dapat dilakukan secara cermat perbedaan antara hukum dan kebiasaan.

Kebiasaan merupakan tindakan yang selalu dilakukan dan dipelihara oleh sekelompok orang. Tindakan itu dapat berupa ritual dalam rangka peristiwa penting dalam kehidupan manusia, seperti kelahiran, perkawinan, dan kematian, dan dapat juga berupa sekadar norma pergaulan seperti cara berpakaian, perlunya memberi hadiah pada saat seorang teman melangsungkan perkawinan, dan lain-lain. Pelanggaran terhadap suatu peristiwa penting menimbulkan reaksi masyarakat terhadap si pelanggar. Pada masyarakat primitif, pelanggar tersebut dapat diasingkan dari masyarakatnya. Norma demikian merupakan norma kebiasaan. Norma kebiasaan dapat juga berupa aturan untuk harta perkawinan, mengasuh anak, dan mengalihkan hak milik karena kematian.

Suatu studi yang menarik adalah studi masyarakat Indian Cheyenne yang dilakukan oleh Llewellyn dan Hoebel.²³ Mereka mempunyai postulat bahwa dalam setiap masyarakat terdapat tiga unsur, yaitu kelompok, adanya keinginan yang berbeda di dalam kelompok itu, dan gugatan-gugatan yang dilakukan oleh anggota-anggota kelompok terhadap anggota-anggota kelompok lainnya dan terhadap kelompok itu sendiri. Apabila kelompok itu ingin tetap menjadi suatu masyarakat, masalah-masalah itu harus diselesaikan. Llewellyn dan Hoebel secara tepat menyatakan bahwa untuk menyelesaikan masalah-masalah itu tidak akurat digunakan kebiasaan dan *mores*. Hal itu disebabkan oleh tiga hal. *Pertama*, pada masyarakat primitif terdapat perbedaan mengenai apa yang dilakukan dan apa yang harus dilakukan. *Kedua*, kadang kala terdapat konflik di antara keluarga, kelompok kecil, kaum militer, dan suku. Masing-masing memiliki normanya sendiri yang harus dapat diperdamaikan dengan norma-norma kelompok. Dalam hal ini, konflik bukan semata-mata terjadi antara individu dan ke-

²³ G.W. Paton, *Op. cit.*, hlm. 191.



lompoknya. *Ketiga*, kata kebiasaan kadang-kadang merujuk kepada praktik-praktik yang sedang terbentuk. Llewellyn dan Hoebel melihat adanya dua faktor utama dalam dinamika hukum, yaitu perkembangan yang tidak disadari dan tuntutan individual yang dilakukan secara sadar. Menurut para penulis itu, tuntutan individual secara sadar itulah yang merupakan hukum.²⁴ Kesadaran akan perlunya aturan itulah yang biasanya disebut sebagai *opinio necessitatis*. Inilah yang membedakan antara kebiasaan dan hukum kebiasaan. Di dalam *opinio necessitatis* terdapat suatu pengakuan mengenai adanya kewenangan di belakang pranata itu.

Sehubungan dengan hal itu, Malinowski mengemukakan adanya karakter aturan hukum dalam masyarakat primitif. Melalui studinya yang lebih cermat, ia menemukan sistem pembagian fungsi yang pasti dan suatu sistem kewajiban timbal balik yang ketat.²⁵ Sistem tersebut memungkinkan perasaan memiliki kewajiban dan pengakuan akan kebutuhan bekerja sama, bekerja seiring sejalan dengan perwujudan kepentingan sendiri, hak-hak perorangan, dan kemaslahatan individu. Selanjutnya, Malinowski menyatakan bahwa bukanlah *sheriff* yang siap untuk melakukan eksekusi hak dan kewajiban dalam masyarakat primitif. Norma itu bersifat *selfenforcing* karena anggota masyarakat membutuhkan jasa dan kemampuan orang lain.²⁶ Seseorang, misalnya, membutuhkan perahu untuk menangkap ikan tetapi ia tidak mungkin memperoleh perahu tanpa ia berjanji memberikan bagian dari yang ditangkap kepada pemilik perahu.²⁷ Menurut Malinowski, seorang yang melalaikan kewajibannya, ia akan menderita karena kelalaian itu pada masa mendatang.²⁸ Jelaslah, apa yang dijumpai oleh Malinowski tersebut bukan sekadar kebiasaan, melainkan hukum karena sudah adanya pengakuan hak milik pribadi. Transaksi antara pemilik perahu dan penangkap ikan dalam contoh yang dikemukakan oleh Mali-

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Edgar Bodenheimer, *Op. cit.*, hlm. 252.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*



nowski tersebut merupakan transaksi dalam ranah hukum dan bukan dalam ranah kebiasaan, karena dalam transaksi itu tersangkut hak dan kewajiban timbal balik secara ekonomis antara sesama individu dalam masyarakat. Sudah barang tentu hukum dalam hal ini adalah hukum kebiasaan.

Dari dua studi tersebut dapat ditemukan dua hal, yaitu bahwa antara kebiasaan dan hukum kebiasaan memang berbeda, dan hukum kebiasaan itu timbul karena kebutuhan masyarakat. Menurut pandangan yang diterima banyak orang, hukum kebiasaan timbul begitu kebiasaan-kebiasaan tertentu yang dirasakan sebagai kewajiban hukum secara terus-menerus dilakukan dan dihormati oleh anggota-anggota keluarga, kelompok, dan suku. Hukum kebiasaan terjadi tanpa perlu adanya formalitas atau tanpa perlu ditetapkan oleh mereka yang mempunyai kedudukan politis lebih tinggi. Menurut pandangan ini, hukum pada masyarakat primitif timbul dari kebiasaan-kebiasaan yang tidak bersifat sengketa, melainkan merupakan praktik-praktik sehari-hari yang didasarkan atas pertimbangan rasional memberi dan menerima dalam suatu pergaulan sosial.²⁹ Pandangan demikian mengasumsikan bahwa pada masyarakat primitif, hukum tidak dipaksakan dari atas tetapi tumbuh dari bawah sebagai hasil dari hubungan kerja sama di antara anggota-anggota masyarakat.

Jelaslah bahwa pandangan tersebut berangkat dari suatu asumsi bahwa masyarakat primitif bersifat demokratis. Ternyata asumsi demikian tidak benar karena beberapa penelitian modern terhadap masyarakat primitif mengungkapkan bahwa masyarakat tersebut bersifat patriarkat dan tidak bersifat demokratis. Oleh karena itulah, sangat mungkin kalau masyarakat tersebut diperintah oleh penguasa yang bersifat otoriter yang kadang-kadang bahkan mempunyai kekuasaan mengenai hidup dan mati anggota-anggota masyarakat.³⁰ Berdasarkan temuan-temuan semacam itu dapat diasumsikan bahwa aturan tingkah laku dalam masyarakat primitif dalam banyak hal ditentukan

²⁹ *Ibid.*, hlm. 253.

³⁰ *Ibid.*



oleh kepala suku yang otoriter dan hanya kebiasaan-kebiasaan yang mendapat persetujuannya dapat menjadi hukum kebiasaan.³¹

Dalam beberapa studi diketemukan bahwa sistem monarki yang mula-mula secara perlahan-lahan memberi jalan ke arah pemerintahan suatu kelompok elite atau aristokrasi. Dalam pemerintahan semacam itu terbentuk dewan ketua-ketua suku atau majelis orang-orang tua atau juga dewan pemuka-pemuka agama. Aristokrasi ini sebegitu jauh bertindak sebagai penyelenggara hukum kebiasaan. Sekelompok elite aristokrat ini cenderung untuk memonopoli pengetahuan mengenai hukum. Oleh karena belum dikenal adanya tulisan, perlu kiranya diadakan sarana yang efektif untuk memelihara hukum kebiasaan itu. Dengan memercayakan tata cara bertingkah laku kepada ingatan sekelompok kecil orang yang meneruskan pengalamannya dari generasi ke generasi, dapat dijamin stabilitas dan kelangsungan perkembangan hukum kebiasaan.³²

Ternyata, kebiasaan-kebiasaan yang sesuai dengan cara hidup yang umum pada masyarakat primitif dan yang memenuhi kebutuhan sistem ekonomi mereka yang dapat diadopsi oleh para aristokrat menjadi hukum kebiasaan. Mereka yang mempunyai kewenangan tidak mungkin dapat membuat aturan-aturan yang bertentangan dengan kebutuhan sosial menurut tempat dan waktu. Hal itu disebabkan kalau dibuat aturan demikian, sangat mungkin aturan itu tidak dapat dilaksanakan kalau tidak mendapat dukungan dari masyarakat. Betapa pun otoriter suatu kekuasaan dalam suatu masyarakat primitif, penguasa tersebut tidak akan mampu melaksanakan aturan yang sama sekali tidak mendapat dukungan masyarakat dan sesama aristokrat. Hukum yang bertentangan dengan apa yang oleh masyarakat dipandang benar atau bertentangan dengan tujuan praktisnya akan mendapat penolakan warga masyarakat meskipun penolakan tersebut hanya bersifat pasif. Oleh karena itu, dengan menggunakan penalaran yang baik dapat diasumsikan adanya interaksi yang terus-menerus antara

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, hlm. 254.



perasaan masyarakat dan praktik di satu pihak dengan aktivitas para penafsir yang mempunyai kewenangan di lain pihak dalam melaksanakan hukum kebiasaan.

Studi antropologis mengungkapkan bahwa pada awal perkembangannya, masyarakat primitif telah membedakan suatu pembayaran yang bersifat kewajiban dan pembayaran yang merupakan hasil kebaikan hati.³³ Di samping itu, terdapat beberapa aturan mengenai hak milik dan warisan.³⁴ Ada juga aturan mengenai kesalahan yang dibuat oleh seseorang dilakukan pembalasan oleh korban, tetapi adakalanya cukup dengan pembayaran kompensasi. Hal-hal itu jelas menunjukkan bahwa hukum tidak sama dengan kebiasaan. Bahkan kebiasaan dapat menjadi hukum apabila kebiasaan itu dilakukan secara terus-menerus dan masyarakat menerimanya sebagai aturan (*opinio necessitatis*).

ARTI PENTING HUKUM DALAM ASPEK FISIK DAN EKSISTENSIAL MANUSIA

Dari studi antropologi tersebut, jelas bahwa pandangan yang menyatakan bahwa hukum baru ada pada masyarakat yang berbentuk organisasi modern tidak dapat diterima. Memang, tulisan ini dimaksudkan untuk menolak pandangan positivisme mulai dari yang dikemukakan oleh John Austin sampai H.L.A. Hart. Kaum positivis memandang hukum sebagai aturan yang dibuat oleh penguasa. Meskipun Hart juga mengemukakan masalah moral, ia tetap saja seorang positivis karena ia menangkap makna moral dari segi kebutuhan fisik manusia yang dapat diamati. Adapun sebagaimana dikemukakan bahwa hidup bermasyarakat manusia mempunyai dua aspek, yaitu aspek fisik dan aspek eksistensial. Hukum sebagai produk budaya timbul dan berkembang bukan sekadar memenuhi aspek fisik, melainkan juga untuk memenuhi aspek eksistensial manusia dalam hidup bermasyarakat.

Dalam mengemukakan perlunya aturan, Hart berpangkal dari pandangan bahwa manusia dalam hidup bermasyarakat melakukan

³³ G.W. Paton, *Loc. cit.*

³⁴ *Ibid.*



kelaziman-kelaziman tertentu. Kelaziman-kelaziman itu kemudian digeneralisasi. Berdasarkan generalisasi-generalisasi yang nyata mengenai hakikat manusia dan dunia tempat manusia itu hidup dapat ditunjukkan bahwa sepanjang dipandang baik, ada aturan-aturan tingkah laku tertentu yang harus diadopsi oleh organisasi sosial apabila organisasi sosial itu ingin dapat bertahan.³⁵ Aturan-aturan itu pada kenyataannya menjadi unsur bersama dalam hukum dan moralitas konvensional bagi semua masyarakat yang pada titik tertentu dapat dibedakan dengan sarana kontrol sosial lainnya.³⁶

Apa yang dikemukakan oleh Hart tersebut menunjukkan bahwa ia berpangkal dari sesuatu yang bersifat empiris. Prinsip-prinsip tingkah laku yang mempunyai dasar kebenaran elementer mengenai kemanusiaan, lingkungan alamnya, dan tujuannya oleh Hart disebut *minimum content of natural law*.³⁷ Selanjutnya Hart menyatakan bahwa *minimum content of natural law* inilah yang menjadi alasan manusia untuk menaati aturan yang dibuat oleh manusia guna melanjutkan hidup bermasyarakat.³⁸ Di samping itu, *minimum content of natural law* juga menjadi alasan bagi anggota-anggota masyarakat untuk bekerja sama dan membentuk aturan-aturan guna mempertahankan bentuk kehidupan bermasyarakat. Dengan mengemukakan hal tersebut, Hart, dengan demikian, menunjukkan arti penting nalar dalam kelangsungan hidup bermasyarakat. Berdasarkan pandangan demikian dapat dikatakan bahwa yang disebut *moral* dalam kerangka pikir Hart adalah *nalar* yang didasarkan pada *minimum content of natural law* sehingga seseorang tidak melanggar aturan yang dibuat oleh masyarakat dalam rangka mempertahankan kehidupan bermasyarakat tersebut.

Hal pertama dari *minimum content of natural law* adalah apa yang oleh Hart disebut *human vulnerability* atau manusia sebagai makhluk rentan. Mengenai hal ini Hart mengemukakan bahwa apa yang ditentukan baik pada moral maupun hukum sebagian besar tidak terdiri

³⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, hlm. 188.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, hlm. 189.

³⁸ *Ibid.*, hlm. 191.



dari tindakan-tindakan yang harus dilakukan melainkan terdiri atas larangan-larangan. Dari larangan-larangan tersebut, yang sangat penting dalam kehidupan sosial adalah larangan penggunaan kekerasan untuk membunuh dan membuat orang terluka. Larangan demikian disebabkan secara fisik, manusia merupakan makhluk yang rentan. Apabila manusia saling mengabaikan kerentanan ini, tidak ada artinya ajaran “jangan membunuh”³⁹ yang merupakan nalar yang paling menentukan bagi karakteristik hukum dan moral.⁴⁰

Hal kedua dari *minimum content of natural law* oleh Hart disebut *approximate equality*, yaitu adanya keadaan yang hampir sama antara satu manusia dan manusia lainnya. Menurut Hart, manusia berbeda satu sama lain dari segi kekuatan fisik, kecekatan, dan bahkan kapasitas intelektualnya. Akan tetapi, pada kenyataannya tidak ada seorang pun yang secara fisik jauh lebih kuat dari yang lain sehingga tanpa bantuan orang lain, orang tersebut mampu menundukkan dan menguasai orang lain dalam waktu yang lama. Bahkan orang yang paling kuat sekalipun perlu tidur dan pada saat tidur itulah ia kehilangan kekuatannya. Hal ini merupakan fakta bahwa dari segi kekuatan fisik manusia itu hampir sama. Oleh karena itulah, diperlukan adanya suatu sistem untuk saling mengekang diri di antara anggota-anggota masyarakat yang berupa larangan-larangan dan kompromi-kompromi yang menjadi landasan bagi kewajiban hukum dan moral. Kehidupan sosial dengan aturan-aturan yang berisi larangan-larangan tersebut kadang-kadang membosankan tetapi mengurangi adanya tindakan yang bersifat agresif atau ofensif. Akan tetapi, bukan tidak mungkin bahwa ketika sistem yang berisi larangan-larangan itu terbentuk, ada beberapa orang yang justru memanfaatkan larangan-larangan itu untuk kemudian menyimpanginya. Oleh karena adanya kemungkinan semacam ini, Hart kemudian menyatakan bahwa merupakan salah satu fakta alamiah kalau manusia perlu menciptakan kontrol secara hukum daripada sekadar kontrol secara moral.⁴¹

³⁹ Salah satu dari Sepuluh Firman Allah.

⁴⁰ H.L.A. Hart, *Op. cit.*, hlm. 190.

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 191.



Selanjutnya, hal ketiga dari *minimum content of natural law* ini adalah *limited altruism* atau altruisme terbatas. Dikatakan oleh Hart bahwa manusia bukan setan yang dikuasai oleh keinginan saling membinasakan dan bukan pula makhluk egois tanpa peduli akan kelangsungan hidup dan kesejahteraan sesamanya. Akan tetapi, manusia bukan juga malaikat. Hart menyatakan bahwa manusia adalah makhluk yang berada pada dua kutub ekstrem tersebut yang memungkinkan adanya sistem pengekangan. Bagi malaikat, sistem demikian tidak diperlukan karena malaikat tidak mempunyai nafsu untuk mencelakakan sesamanya. Sebaliknya, bagi setan, yang memang pekerjaannya membina-sakan, aturan apa pun akan dilanggarnya.⁴²

Hal keempat dari *minimum content of natural law* adalah *limited resources* atau terbatasnya sumber daya. Tidak dapat dimungkiri bahwa manusia butuh pangan, sandang, dan papan yang semua ini tidak tersedia secara melimpah melainkan harus diperoleh karena jumlahnya terbatas. Fakta itu sendiri oleh Hart dikatakan tidak boleh tidak telah menciptakan bentuk minimal suatu lembaga kepemilikan dan aturan tertentu yang khas yang menghormati lembaga kepemilikan itu. Bentuk-bentuk kepemilikan yang sederhana terlihat dari adanya aturan-aturan yang melarang orang lain selain pemegang hak milik untuk memasuki suatu persil atau menggunakan persil itu. Apabila tanaman tumbuh, tanah harus diamankan dari mereka yang tidak berhak memasuki dan makanan harus juga diamankan dari orang lain. Aturan-aturan demikian menurut Hart merupakan aturan yang bersifat statis, dalam arti aturan-aturan itu mengandung kewajiban-kewajiban yang tidak boleh diubah oleh perorangan. Berbeda halnya dengan aturan-aturan yang berkaitan dengan pembagian kerja. Aturan-aturan yang berkaitan dengan pembagian kerja bersifat dinamis karena setiap individu dapat menetapkan sendiri hak dan kewajibannya dalam bentuk transaksi. Dalam transaksi ini para pihak dapat melakukan perubahan terhadap hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang telah menjadi landasan bentuk kepemilikan paling sederhana seperti telah dikemukakan. Pembagian kerja dan kerja sama di antara individu memang

⁴² *Ibid.*, hlm. 191-192.



merupakan sesuatu yang tidak dapat dielakkan dalam kehidupan bermasyarakat. Kedua hal itu merupakan faktor-faktor yang menciptakan bentuk-bentuk lain aturan yang dinamis atau aturan yang menciptakan kewajiban yang diperlukan dalam hidup bermasyarakat.⁴³ Di samping itu, kedua hal tersebut juga menyebabkan pengakuan terhadap janji menjadi sumber kewajiban.⁴⁴ Dengan jalan demikian, melalui kata-kata, baik lisan maupun tertulis, orang dapat membuat dirinya sendiri bertanggung jawab untuk dipersalahkan atau dihukum karena tidak melakukan tindakan yang telah dituangkan di dalam perjanjian. Oleh karena altruisme bersifat tidak terbatas, diperlukanlah suatu prosedur pelaksanaan yang mengikat diri sendiri untuk menciptakan suatu bentuk minimum guna memercayai tingkah laku pihak lain di masa mendatang dan untuk menjamin prediktibilitas yang dibutuhkan bagi kerja sama. Hal ini benar-benar dibutuhkan manakala yang ditransaksikan atau direncanakan adalah jasa timbal balik atau barang-barang yang dipertukarkan atau dijual tidak tersedia pada saat yang sama.⁴⁵

Hal terakhir dari *minimum content of natural law* menurut Hart adalah *limited understanding and strength of will* atau terbatasnya pemahaman dan daya kemauan. Dalam memperbincangkan hal ini, Hart beranjak dari suatu kenyataan bahwa membuat aturan-aturan yang isinya menghormati pribadi orang, harta kekayaan, dan janji-janji yang diperlukan dalam kehidupan sosial merupakan suatu hal yang sederhana dan jelas-jelas mendatangkan keuntungan bersama. Sebagian besar orang sanggup menaati aturan-aturan semacam itu dan untuk menaati aturan-aturan tersebut bersedia mengorbankan kepentingan sesaat. Ketaatan anggota masyarakat terhadap aturan-aturan itu disebabkan oleh beberapa motivasi. Sebagian orang taat kepada aturan-aturan itu karena perhitungan yang cermat, yaitu dengan melakukan pengorbanan mereka akan mendapat keuntungan. Sementara sebagian orang memang tidak mempunyai orientasi terhadap diri sendiri; mereka taat kepada aturan-aturan yang dibuat karena dengan berbuat de-

⁴³ *Ibid.*, hlm. 192.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 193.



mikian mendatangkan kesejahteraan orang lain. Ada juga yang mempunyai alasan sederhana, yaitu aturan memang harus ditaati. Akan tetapi, pemahaman mengenai kepentingan jangka panjang dan daya kemauan yang baik untuk menaati aturan dengan berbagai motivasinya tersebut tidak sama pada setiap anggota masyarakat. Semua orang pada saat-saat tertentu tergoda untuk mendahulukan kepentingannya sendiri yang bersifat sesaat dan tiadanya organisasi khusus untuk menyelidiki dan menghukum membuat beberapa orang benar-benar jatuh terjerembab ke dalam godaan-godaan demikian. Memang tidak dapat disangsikan bahwa secara kasatmata jumlah mereka yang secara sukarela menaati aturan dalam keadaan normal lebih banyak daripada yang tidak taat. Kecuali pada masyarakat kecil yang hubungan di antara anggota-anggotanya terjalin dengan erat, mengandalkan sistem larangan merupakan suatu hal yang tidak masuk akal apabila tidak ada organisasi untuk memaksa mereka taat kepada larangan-larangan itu. Sanksi, dengan demikian, bukan merupakan motivasi yang sebenarnya untuk taat kepada aturan melainkan sebagai “jaminan” bahwa mereka yang secara sukarela taat kepada aturan tidak dikorbankan oleh mereka yang tidak menaatinya. Tanpa sanksi, untuk taat kepada aturan sama halnya dengan risiko membenturkan kepala ke dinding. Dengan adanya bahaya semacam itu, apa yang dituntut oleh nalar adalah kerja sama sukarela dalam suatu sistem yang memaksa. Namun, Hart menyatakan bahwa sanksi merupakan suatu yang harus ada dalam kata “hukum” merupakan hal yang tidak tepat. Begitu juga menurut Hart tidak tepat ungkapan yang menyatakan bahwa pada kenyataannya hukum selalu mengandung sanksi. Hart memberi contoh bahwa hukum internasional tidak mempunyai sanksi yang terorganisasi. Namun demikian, Hart menekankan bahwa kenyataan dan tujuan alamiah memungkinkan dan memerlukan adanya sanksi bagi hukum nasional. Ia katakan bahwa sanksi merupakan *natural necessity*, atau kalau diterjemahkan secara bebas merupakan sesuatu yang secara alamiah dibutuhkan. Hal itu diperlukan untuk melayani tujuan minimum manusia dan memberikan bentuk-bentuk minimum perlindungan bagi pribadi orang, harta benda, dan janji-janji.



Dengan demikian, Hart tetap berpegang kepada pandangan bahwa hukum merupakan perintah penguasa. Dari apa yang dikemukakan-nya, tampak jelas bahwa Hart meskipun menyerang positivisme Austin, ia tidak dapat keluar dari belenggu positivisme karena ia tetap berpegang pada pendirian bahwa hukum merupakan aturan-aturan yang dibuat secara formal dan dilengkapi dengan sanksi. Hart mengemukakan adanya dua macam aturan, yaitu *primary rules* dan *secondary rules*. *Primary rules* adalah aturan-aturan yang memberikan hak dan membebankan kewajiban kepada anggota-anggota masyarakat. Sebagai contoh *primary rules* adalah aturan-aturan hukum yang terdapat pada hukum pidana yang melarang orang melakukan pembunuhan, pencurian, dan sebagainya. Adapun *secondary rules* adalah aturan-aturan yang menetapkan bagaimana dan oleh siapa *primary rules* dibuat, dinyatakan berlaku, diubah, dan dinyatakan tidak berlaku. Di samping itu, aturan-aturan tentang pembentukan kontrak dan aturan-aturan lain dalam bidang hukum perdata yang mengatur prosedur terjadinya kewajiban hukum dan perubahan kewajiban itu menurut Hart juga merupakan *secondary rules*.

Apabila pandangan Hart diikuti, bisa dikatakan bahwa pada masyarakat primitif tidak terdapat hukum. Masyarakat primitif hanya memiliki *primary rules* yang mengikat karena adanya penerimaan masyarakat. Pada masyarakat semacam itu tidak terdapat *secondary rules* yang menetapkan cara dan organ yang membuat, memberlakukan, mengubah, dan tidak memberlakukan *primary rules*. Oleh karena itu, *primary rules* tersebut tidak dapat dibedakan dengan aturan-aturan lainnya seperti etiket dan kebiasaan. Adapun kaum positivis dengan bangga menyatakan bahwa aturan hukum dapat dibedakan dari aturan-aturan sosial lainnya karena aturan hukum dibuat oleh penguasa sehingga memiliki validitas. Terhadap hal ini Hart mengemukakan, bahwa manakala suatu masyarakat tertentu telah mengembangkan suatu aturan fundamental yang menetapkan bagaimana aturan-aturan hukum itu diidentifikasi, lahirlah gagasan mengenai serangkaian aturan hukum yang dengan demikian lahirlah hukum. Hart menyebut aturan yang fundamental tersebut sebagai *rule of recognition*. Menurut Hart,



untuk menyatakan bahwa suatu aturan tertentu itu valid, aturan itu perlu dilacak sampai ke aturan fundamental, yaitu *rule of recognition*.

Apa yang dikemukakan oleh Hart mengingatkan kepada *Grundnorm* seperti yang dikemukakan oleh Hans Kelsen. Hans Kelsen yang membangun mazhab Wina juga seorang positivis. Dalam karyanya antara tahun 1930-an dan 1940-an, Kelsen berusaha untuk menerapkan metode ilmu sosial Eropa dalam menganalisis hukum.⁴⁶ Ia menyatakan: “*Coercive laws (norms backed by sanctions) come not simply from a sovereign, from whoever has a monopoly of power and exact obedience, but from a basic norm (Grundnorm) that defines the legitimate or authorized source of law*”.⁴⁷ Akan tetapi, apa yang oleh Kelsen disebut sebagai *Grundnorm* ini sama sekali tidak jelas. Menurut beberapa interpretasi, eksistensi *Grundnorm* merupakan masalah sikap mereka yang diperintah.⁴⁸ Untuk menghindari adanya kesan perseorangan yang memerintah, Hans Kelsen menyatakan bahwa: “*The notion of the Grundnorm is one whereby legitimacy (lawmaking power) may be lodged not in a person but in an institution (Parliament and the Queen), in a document that creates an institution (the Constitution of the United States), or elsewhere*.”⁴⁹

Dengan penjelasan semacam itu, Kelsen beranggapan bahwa parlemen selalu dipilih secara jujur dan bersih oleh rakyat. Bahkan apabila suatu parlemen dipilih secara jujur dan bersih dan dimenangi oleh suatu partai yang bersifat otoriter bukan tidak mungkin parlemen itu membuat undang-undang yang bersifat menindas rakyat. Oleh karena itu, apa yang disebut oleh Kelsen sebagai *Grundnorm* tetap merupakan sesuatu yang lahir dari kekuasaan yang formal.

Hart berusaha untuk memperbaiki kekurangan pandangan Kelsen dan kaum positivis pada umumnya. Ia menyatakan bahwa: “*Law is not only a system of primary and secondary rules but also a system of social rules toward which those who are subject to the rules have a spe-*

⁴⁶ Thomas Morawetz, *The Philosophy of Law*, Macmillan Publishing Co., 1980, hlm. 21.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 22.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 23.



cial kind of attitude”.⁵⁰ Akan tetapi, terhadap pernyataan tersebut dapat ditanyakan apakah yang disebut sebagai *special kind of attitude*? Ia mengidentifikasi *special kind of attitude* sebagai aspek internal hukum. Menurut Hart, aspek internal hukum adalah *a significant number of citizens regard the laws as duly authorized and do not regard the governing power as usurped*.⁵¹ Dengan pernyataan semacam itu, dengan jelas dapat ditangkap bahwa Hart masih berpegang kepada tingkah laku masyarakat dalam menentukan esensi hukum. Hal ini berarti bahwa Hart secara jelas berpegang kepada sesuatu yang dapat diamati dalam membangun teori hukumnya. Itulah sebabnya Hart tetap tergolong ke dalam kaum positivis.

Lebih jauh Hart mengemukakan adanya tiga karakteristik hukum dan sistem hukum, yaitu *validity*, *efficacy*, dan *acceptance*. *Validity* merujuk kepada *primary rules* dilawankan dengan *secondary rules*; suatu *primary rules* valid apabila dilacak secara formal sesuai dengan prosedur sistem pembuatan dan perubahan aturan hukum. Suatu aturan mungkin valid tetapi tidak mempunyai *efficacy*. Suatu sistem hukum dikatakan mempunyai *efficacy* jika aturan hukum itu ditaati secara umum. Hal ini juga dikatakan oleh Austin. Akan tetapi, untuk menghindari adanya ketaatan terhadap mereka yang memperolehnya dengan cara yang tidak benar, Hart menambahkan adanya karakter ketiga, *acceptance*, yaitu masyarakat menerima aturan itu sebagai aturan yang valid. Dalam hal ini, masih dapat dipertanyakan bagaimana dengan hukum yang valid dan diterima masyarakat tetapi isinya secara moral tidak dapat diterima?

Dari apa yang dikemukakan oleh Hart, dapat ditangkap bahwa konsep hukum Hart tidak menjawab mengapa masyarakat taat hukum, tetapi menjawab pertanyaan bagaimana masyarakat taat hukum. Tidak dapat disangkal, bahwa pandangan Hart tentang hukum hanya berkaitan dengan struktur hukum bukan berkaitan dengan isi hukum. Bahkan Joseph Raz mengatakan bahwa: “*The rule of recognition is bet-*

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 24.

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 25.



*ter seen as a fact than as a rule.*⁵² Jika demikian, tak ubahnya dengan kaum positivis lainnya, Hart memandang hukum sebagai fakta kewenangan atau kekuasaan sosial. Di sinilah letak kesalahan pandangan kaum positivis, yaitu mengabaikan adanya standar untuk menentukan mana yang merupakan aturan hukum dan mana yang bukan aturan hukum. Bahkan, apabila pandangan yang menyatakan bahwa hukum merupakan fakta kewenangan atau kekuasaan sosial berbicara mengenai keadilan atau ketidakadilan dalam perundang-undangan tertentu, tetap saja tidak dapat dinalar dengan apa keadilan atau ketidakadilan itu diukur. Bukankah kaum positivis tidak bicara masalah nilai-nilai bahkan memisahkan hukum dari teori legislasi yang sarat akan nilai? Oleh karena itu, meskipun positivisme Hart merupakan positivisme yang canggih, pandangan itu tetap saja tidak memadai dalam menjawab esensi hukum.

Esensi hukum bukan sekadar terletak pada segi prosedural meski prosedur itu dilakukan secara demokratis sekalipun. Suatu pengalaman adalah Indonesia. Pada masa Orde Baru, aturan hukum jelas dibuat untuk mengamankan rezim Soeharto sehingga jangankan isinya, formalitasnya pun juga diabaikan. Pada masa pasca-Orde Baru, secara prosedural aturan hukum dibuat secara demokratis oleh wakil-wakil rakyat yang dipilih secara langsung bebas dan rahasia. Dengan demikian, secara formal, aturan hukum Indonesia memang demokratis. Akan tetapi secara substansial, yaitu dilihat dari segi isinya, tidak dapat dikatakan sebagai aturan hukum apabila tidak mencerminkan aspek eksistensial manusia.

Menurut Lon L. Fuller (1902–1978), hukum merupakan suatu metode etis untuk menciptakan dan menjamin hubungan sosial.⁵³ Aturan-aturan hukum bersifat ekspresif, yaitu setiap aturan berisi tujuan untuk merealisasi nilai-nilai hukum.⁵⁴ Sistem hukum menurut Fuller adalah suatu aturan yang kompleks yang dirancang untuk menyelamatkan manusia dari situasi yang tidak menentu dan membawa manusia

⁵² *Ibid.*, hlm. 28.

⁵³ Wayne Morrison, *Op. cit.*, hlm. 387.

⁵⁴ *Ibid.*



masuk dengan selamat ke jalan menuju aktivitas yang penuh maksud dan kreatif.⁵⁵ Namun demikian, ia menegaskan bahwa kita tidak dapat memaksa manusia untuk menjalani kehidupan berdasarkan nalar dan nilai.⁵⁶ Ia menyatakan: “*We can only seek to exclude from his life the grosser and more obvious manifestations of chance and irrationality. We can create the condition essential for a rational human existence. There are necessary, but not the sufficient conditions for the achievement of that end.*”⁵⁷

Fuller adalah seorang liberal yang tak mungkin menengok ke belakang ke pandangan hukum alam yang mengedepankan *telos* (τέλος) seperti dikemukakan oleh Aristoteles. Lalu, standar apakah yang dapat ditawarkan olehnya sebagai pedoman dalam menciptakan kehidupan sosial? Ia menawarkan adanya dua hal, yaitu moralitas yang timbul dari aspirasi manusia (*morality of aspiration*) dan moralitas yang timbul karena kewajiban (*morality of duty*).⁵⁸ Moralitas yang timbul dari aspirasi manusia berkaitan dengan hidup yang baik dan berbudi luhur. Adapun moralitas yang timbul karena kewajiban justru mengasumsikan manusia berangkat dari keadaan moral manusia yang paling rendah. Oleh karena itulah, moralitas yang timbul dari kewajiban berupa larangan-larangan. Apabila seseorang gagal memenuhi kewajibannya, ia melanggar larangan yang ada sehingga ia dinyatakan bersalah. Dalam kaitannya dengan judi, misalnya, moralitas yang timbul dari kewajiban memandang bahwa judi membawa kerugian dalam berbagai hal. Oleh karena itu judi harus dilarang. Di sini terlihat adanya rasionalitas dalam pelarangan judi. Dalam hal ini jelas bahwa Fuller menghendaki bahwa hukum harus didasarkan moralitas yang timbul dari kewajiban dan moralitas tersebut didasarkan atas rasionalitas.

Esensi aturan hukum adalah pencerminan dari moral. Mengenai hal ini Dworkin yang tulisan-tulisannya ditujukan untuk menyering pendapat Hart memisahkan pengertian hukum dari pengertian

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Lon L. Fuller, *Op. cit.*, hlm. 5.



aturan dan sistem aturan.⁵⁹ Menurut Dworkin, pada kasus-kasus yang sulit (*hard cases*), prinsip-prinsip yang dirujuk mempunyai kekuatan mengikat.⁶⁰ Ia memberikan contoh bahwa seorang pengusaha dalam melakukan kontrak dengan konsumen harus memperlakukan konsumen dan kepentingan umum secara *fair* dan salah satu pihak tidak boleh mengambil keuntungan secara tidak jujur dari pihak lain.⁶¹ Dworkin menyatakan: “*I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice of fairness or some other dimension of morality.*”⁶²

Pandangan Dworkin tersebut kiranya dapat diterima karena di dalam hukum memang terkandung nilai-nilai moral. Dengan demikian, yang menentukan bahwa suatu aturan itu merupakan aturan hukum atau bukan adalah isi aturan itu, yaitu adakah aturan itu memancarkan prinsip moral atau tidak. Dalam hal demikian, tidak peduli apakah aturan itu dibuat oleh penguasa atau tumbuh dan berkembang dalam masyarakat atau merupakan kreasi hakim sepanjang isi aturan itu memancarkan prinsip-prinsip moral, aturan itu dapat dikatakan sebagai hukum. Pancaran prinsip-prinsip moral itu dalam kerangka fungsi ekistensial manusia.

EKSISTENSI SANKSI

Sebagian besar teori hukum menyatakan baik secara eksplisit maupun implisit bahwa yang membedakan norma hukum dan norma-norma lainnya adalah pada norma hukum dilekatkan suatu paksaan atau sanksi.⁶³ Pandangan demikian merupakan karakteristik pandangan kaum positivis. Menurut kaum positivis, unsur paksaan dikaitkan

⁵⁹ Thomas Morawetz, *Op. cit.*, hlm. 34.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² R.M. Dworkin, “Is Law A System of Rules?” dalam R.M. Dworkin, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1982, hlm. 43.

⁶³ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1975, hlm. 109.



dengan pengertian tentang hierarki perintah secara formal.⁶⁴ Sejak adanya negara nasional, sepanjang sejarah ahli hukum mulai dari Thomas Hobbes melewati Austin sampai ke Hans Kelsen dan Somló memandang esensi hukum dalam struktur piramidal kekuasaan negara.⁶⁵ Bahkan Hart sekalipun juga memandang hukum sebagai perintah dan menempatkan sanksi sebagai sesuatu yang memang melekat pada hukum.

Pada Bab II karyanya, *The Concept of Law*, Hart memang menunjukkan kelemahan perumusan Austin tentang hukum tetapi tidak menyangkal esensi pengertian hukum yang dikemukakan oleh Austin. Di dalam tulisan itu ia membedakan antara perintah disertai ancaman (*orders backed by threat*) dan perintah atasan terhadap bawahan (*command*). Perintah disertai ancaman digambarkan olehnya sebagai perintah yang dilontarkan oleh penodong kepada orang yang ditodong agar si tertodong menuruti kehendak penodong. Berbeda halnya dengan perintah atasan kepada bawahan.⁶⁶ Karakteristik perintah jenis ini adalah untuk melaksanakan kewenangan atasan terhadap bawahan, bukan untuk mencederai dan meskipun perintah tersebut mungkin disertai ancaman, perintah semacam ini bukan untuk membuat orang takut melainkan untuk menghormati kewenangan.⁶⁷

Menurut Hart, hukum lebih mendekati gagasan perintah atasan terhadap bawahan daripada perintah disertai ancaman seperti pada situasi penodongan.⁶⁸ Tidak demikian halnya dengan Austin yang mendefinisikan hukum sebagai perintah penguasa disertai ancaman.⁶⁹ Hart menyatakan bahwa apa yang dimaksudkan oleh Austin tersebut keliru.⁷⁰ Namun demikian, perintah disertai ancaman dalam situasi penodongan bukan tidak mempunyai arti sama sekali. Sebaliknya,

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 110.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ H.L.A. Hart, *Op. cit.*, hlm. 20.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*



menurut Hart, situasi semacam itu perlu penjelasan lebih banyak.

Bahkan dalam suatu masyarakat yang kompleks seperti halnya pada suatu negara, pejabat dapat memerintah secara berhadapan muka agar yang diperintah melakukan sesuatu seperti yang diperintahkan, misalnya, seorang polisi yang tiba-tiba menghentikan kendaraan.⁷¹ Akan tetapi menurut Hart, situasi yang sederhana ini tidak dapat dijadikan cara yang baku bagi berfungsinya hukum, karena dalam realita tidak ada satu masyarakat pun memiliki sebegitu banyak aparat yang diperlukan untuk menjamin bahwa setiap anggota masyarakat secara resmi dan tersendiri diberi petunjuk tentang setiap tindakan yang harus dilakukan. Sebaliknya, bentuk-bentuk kontrol yang khusus merupakan pengecualian atau tambahan atau untuk memperkuat bentuk pedoman yang bersifat umum.⁷²

Kontrol secara hukum, dengan demikian, juga bersifat umum. Hal ini oleh Hart disebut sebagai karakter hukum yang pertama.⁷³ Bagi negara modern, merupakan suatu hal yang lumrah kalau aturan hukum berlaku bagi semua orang yang ada di wilayah itu.⁷⁴ Perlu ditekankan di sini, bahwa merupakan hal keliru menganalogikan perintah yang ditujukan untuk sekelompok orang dengan perintah dalam situasi tatap muka sebagaimana polisi menghentikan pengendara mobil. Memerintahkan orang untuk melakukan sesuatu merupakan suatu bentuk komunikasi dan secara nyata diikuti dengan sikap menarik perhatian atau langkah untuk menarik perhatian. Sebagai contoh, dalam suatu perampokan di sebuah bank, penodong dengan mengatakan “serahkan uang itu” mengungkapkan keinginannya bahwa *teller* bank itu harus melakukan apa yang dikehendakinya dengan jalan menarik perhatian *teller* itu.⁷⁵ Apabila penodong itu mengatakan

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, hlm. 21.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Pada umumnya negara-negara yang ada di dunia saat ini tidak lagi memberlakukan politik *apartheid* seperti yang terjadi di Afrika Selatan sebelum Mandela atau ketentuan Pasal 163 dan 131 *Indische Staatsregeling* pada masa Hindia Belanda.

⁷⁵ H.L.A. Hart, *Op. cit.*, hlm. 22.



hal yang sama di suatu ruang yang kosong, ia tidak bermaksud untuk memberi “arahan” kepada *teller* bank itu. Merujuk kepada situasi yang ia contohkan itu, Hart menyatakan bahwa membuat undang-undang tidak seperti memerintah orang untuk melakukan sesuatu dan diikuti dengan memberi arahan mengenai apa yang harus dilakukan. Menurut Hart, tujuan legislator membuat undang-undang adalah agar perintah itu bersifat umum.

Di samping bersifat umum sebagai karakter hukum yang pertama, Hart mengemukakan ciri hukum yang kedua, yaitu adanya *standing orders*, suatu perintah dari waktu ke waktu.⁷⁶ Hal itu yang membedakannya dengan situasi penodongan. Dalam situasi penodongan, perintah hanya bersifat sesaat. Akan tetapi, dalam hal ini Hart tetap berpendirian bahwa hukum tetap merupakan perintah yang didukung oleh ancaman. Oleh karena itu, dapat dipikirkan bahwa ada suatu pendapat umum yang menyatakan bahwa perintah yang bersifat umum itu berlaku bagi mereka sehingga ketidaktaatan akan dikenai sanksi dan hal itu bukan berlangsung hanya pada saat pengundangan, melainkan terus-menerus sampai undang-undang itu dicabut.⁷⁷ Menurut pendapat umum ini konsekuensi yang timbul karena ketidaktaatan itulah yang membuat perintah itu tetap terjaga. Lagi pula, menurut Hart, apa pun motivasi menaati undang-undang, perintah yang dituangkan ke dalam undang-undang itu lebih banyak ditaati daripada tidak ditaati. Austin menyebut ketaatan semacam itu sebagai *a general habit of disobedience*. Hart menyatakan bahwa ungkapan itu mengandung pengertian yang kabur. Namun demikian, ungkapan itu cukup untuk menghasilkan ciri hukum yang kedua, yaitu perintah itu berlaku dari waktu ke waktu. Hal inilah yang membedakan antara hukum dan perintah penodong.⁷⁸ Dengan demikian, menurut Hart, bukan adanya perintah yang disertai ancaman yang membedakan antara yang dilakukan oleh penodong dan hukum, melainkan durasi perintah yang disertai ancaman.

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 23.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 24.



Karakter ketiga hukum menurut Hart adalah perintah itu dibuat oleh suatu kekuasaan yang mempunyai supremasi dan kekuasaan itu bersifat merdeka, artinya tidak tunduk kepada *a general habit of disobedience*. Oleh Hart dikatakan bahwa di mana pun ada sistem hukum, pasti ada orang-orang atau lembaga-lembaga tertentu yang menerbitkan perintah yang didukung dengan ancaman.⁷⁹ Hart mengakui bahwa pengertian hukum yang ia kemukakan dekat dengan pengertian hukum pidana. Ia juga memahami adanya macam hukum lainnya, tetapi ia berpendapat bentuk hukum-hukum yang lain sama saja hanya dengan versi yang tidak kentara kalau mengandung ancaman.⁸⁰

Dari uraian tersebut jelaslah bahwa Hart berpangkal pada pemikiran empiris-positivistis. Tidak dapat dibantah bahwa ancaman memang menunjang ketaatan. Bahkan jika dilakukan penghitungan statistik, apa yang dikemukakan oleh Hart bahwa di mana ada sistem hukum, selalu saja ada perintah dan ancaman yang diterbitkan oleh orang-orang atau lembaga-lembaga yang memiliki supremasi. Dalam hal inilah jelas-jelas Hart tidak melihat segi intrinsik hukum.

Berlainan halnya dengan L.J. van Apeldoorn. Secara tegas ia menyatakan bahwa sanksi bukan elemen yang esensial dalam hukum, melainkan elemen tambahan.⁸¹ Menurut Van Apeldoorn, ajaran yang menyatakan bahwa ciri hukum terletak pada sanksi adalah sesuatu yang kontradiktif terhadap dirinya sendiri. Selanjutnya, Van Apeldoorn menyatakan bahwa hukum suatu negara dalam banyak hal merupakan penuangan dari asas-asas dan norma-norma agama, moral, dan sosial yang didukung kesadaran masyarakat.⁸² Suatu pandangan yang hanya melihat bahwa tertib hukum merupakan suatu organisasi paksaan, menyamakan hukum dengan aturan-aturan yang dibuat oleh sekawanan *gangster*.⁸³ Dengan demikian, pandangan itu tidak mengakui arti penting moral masyarakat tempat hukum itu bersandar bagi interaksi

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 28.

⁸² *Ibid.*, hlm. 29.

⁸³ *Ibid.*



sosial dan tidak melihat kenyataan bahwa hukum dituangkan ke dalam aturan-aturan secara sukarela tanpa menggunakan paksaan fisik.⁸⁴ Selanjutnya, Van Apeldoorn menyatakan bahwa di dalam kata *recht*⁸⁵ bahasa Belanda itu sendiri sudah terlihat penekanan secara moral, yaitu kata *rechtvaardig*⁸⁶ (adil). Pada akhirnya van Apeldoorn menyatakan bahwa pada undang-undang kuno Anglo-Saxon, kata *right* bukan sekadar diartikan *recht* (hak), melainkan juga *rechtvaardig* (adil).⁸⁷

Tidak dapat dimungkiri bahwa bilamana diperlukan, paksaan memang dapat dihadirkan. Namun demikian, hal itu bukan berarti memberikan alasan pembenar terhadap pandangan yang menyatakan bahwa sanksi merupakan tanda pembeda antara norma hukum dan norma sosial lainnya. Dan, yang paling berkaitan dengan paksaan fisik adalah hukum pidana. Untuk cabang ini pun perlu pertimbangan dan perhitungan yang cermat di samping juga perlunya formalitas dan *due process* yang khidmat dalam penjatuhannya. Jika mengikuti pandangan yang menyatakan bahwa yang menjadi tanda pembeda antara norma hukum dan norma sosial lainnya adalah adanya sanksi lebih-lebih sanksi fisik, cabang hukum selain hukum pidana bukan merupakan hukum karena tidak mengandung paksaan fisik. Suatu ilustrasi yang bagus dikemukakan oleh Lon L. Fuller. Dalam ilustrasi itu ia mengemukakan bahwa sebuah negara mengizinkan pedagang asing masuk ke wilayah itu dengan syarat bahwa para pedagang itu memberi deposit sejumlah uang tertentu di bank nasional negara tersebut yang menjamin bahwa para pedagang itu akan menaati seperangkat aturan hukum negeri itu yang berlaku bagi aktivitas perdagangan tersebut. Seperangkat aturan hukum itu dilaksanakan dengan penuh integritas dan apabila terjadi sengketa, aturan hukum itu diinterpretasi dan diterapkan oleh pengadilan khusus. Apabila kemudian memang terjadi

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Dalam bahasa Belanda, *recht* dapat berarti hukum atau hak atau juga benar.

⁸⁶ Kata *recht* (Belanda), *Recht* (Jerman), *droit* (Perancis) dan *ius* (Latin) memang berkonotasi dengan sesuatu yang baik karena di samping berarti hukum juga berarti hak. Dari kata *ius* itulah kemudian timbul kata *iustitia* yang artinya keadilan.

⁸⁷ P. van Dijk, *Loc. cit.*



pelanggaran, sesuai dengan perintah pengadilan, negara mengenakan denda dalam bentuk pengurangan terhadap deposit para pedagang tersebut.⁸⁸ Menurut Lon L. Fuller, dalam ilustrasi tersebut tidak ada paksaan, melainkan pemindahbukuan. Saya berpendapat bahwa paksaan itu tetap ada, yaitu berupa perintah pengadilan. Hanya saja dalam hal ini paksaan itu tidak ditetapkan sebagaimana tertuang di dalam ketentuan-ketentuan kitab undang-undang hukum pidana. Adanya *penalty* tersebut sebenarnya timbul dari kesepakatan antara negara dan para pedagang itu.

HUKUM DAN KEKUASAAN

Bertrand Russell mengatakan, bahwa: “*Power constitutes the fundamental concept in social science in the same way that energy is the fundamental concept in physics.*”⁸⁹ Ia selanjutnya menegaskan, bahwa cinta kekuasaan merupakan suatu motif utama yang menyebabkan terjadinya perubahan.⁹⁰ Hal inilah yang dipelajari oleh ilmu sosial dan menurut sudut pandang ilmu sosial, hukum dinamika sosial hanya dapat dinyatakan dalam kerangka berbagai bentuk kekuasaan.⁹¹ Para ilmuwan politik dan sosiolog hukum tahun 1930-an hingga 1960-an sama-sama menekankan pentingnya konsep kekuasaan dalam mendeskripsikan fenomena politik dan hukum.

Dalam arti sosiologis, kekuasaan merupakan suatu kemampuan individu atau kelompok untuk melaksanakan kemauannya meskipun harus menghadapi pihak lain yang menentangnya. Kemampuan untuk dapat melaksanakan keinginan tersebut disebabkan oleh kekuatan fisik, keunggulan psikologis, atau kemampuan intelektual. Kekuasaan seseorang akan bertambah apabila ia mendapat sambutan dari suatu kelompok yang penuh pengabdian dalam mewujudkan tujuannya, seperti partai politik atau kelompok agama tertentu. Apabila hubung-

⁸⁸ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1975, hlm. 109.

⁸⁹ *Ibid.*, hlm. 233.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*



an tersebut dibangun atas dasar pengabdian dan ketaatan yang ketat kepada pemimpin, organisasi tersebut merupakan suatu organisasi “struktur kekuasaan.” Organisasi demikian dapat saja dipimpin oleh suatu pimpinan kolektif.

Sulit dibantah bahwa keinginan untuk berkuasa sering kali menguasai kehidupan individu atau kelompok. Pada kehidupan individu, dorongan akan kekuasaan menjelma dalam berbagai bentuk bergantung kepada kualitas dan kapasitas individu tersebut. Dorongan itu dapat saja berupa keinginan untuk mempunyai kekuasaan politis, kekuasaan finansial, atau kekuasaan intelektual. Dalam kehidupan sosial telah banyak contoh, yaitu ambisi suatu partai untuk menjadi partai pemerintah di suatu negara, kekuasaan finansial suatu grup perusahaan yang menentukan kebijakan politik suatu negara, kekuasaan intelektual kaum teknokrat yang menentukan kehidupan bernegara.

Akar kekuasaan adalah hasrat untuk mendominasi pihak lain dan menundukkan mereka di bawah pengaruh dan kontrolnya. Kekuasaan dalam bentuknya yang asli berupa tindakan kesewenangan dalam kehidupan sosial. Motif yang melandasi kekuasaan ini dapat berupa motif politik, sosial, maupun ekonomi. Kekuasaan yang menindas cenderung menghasilkan keinginan dari yang ditindas untuk mendobrak kekuasaan tersebut. Apabila kekuatan pihak yang ditindas terkristalisasi, mereka akan mendesak untuk dilakukannya perubahan baik secara damai atau mungkin revolusi atau reformasi atau apa pun namanya.

Di Amerika, rakyat Amerika merasa tertindas oleh kekuasaan Inggris sebagai kaum penjajah. Kekuatan kaum tertindas ini kemudian terkristalisasi dan mencapai puncaknya ketika pemerintah kolonial Inggris menolak rakyat Amerika untuk duduk di dalam lembaga perwakilan. Lahirlah kemudian semboyan *no taxation without representation* (tiada pajak tanpa perwakilan). Revolusi Amerika dimulai dari semboyan itu. Revolusi Amerika merupakan suatu revolusi kemerdekaan, yaitu hasrat kaum terjajah untuk membebaskan diri dari penjajah. Jelas sekali, yang menyulut Revolusi Amerika adalah masalah ekonomi yang bermuara pada politik. Akibat dari revolusi ini timbul-



lah suatu negara baru berbentuk republik. Akan tetapi, kecuali hukum tata negara, dalam bidang kegiatan ekonomi dan sosial masih berlaku hukum yang dibuat oleh pemerintah Inggris dan juga sistem *common law* yang telah dikembangkan oleh Inggris. Hal itu disebabkan oleh dapat diterimanya filsafat yang melandasi hukum itu oleh rakyat Amerika.

Berbeda halnya dengan di Perancis, di mana kaum borjuis yang kaya raya mempunyai kecemburuan sosial terhadap kaum bangsawan yang memiliki *privilege*. Pada saat itu, di Perancis terdapat tiga golongan, yaitu kaum bangsawan, kaum borjuis, dan kaum proletar. Kaum proletar memang tertindas tetapi yang merasakan penindasan adalah kaum borjuis. Diilhami oleh Revolusi Amerika, kaum borjuis bersama-sama dengan rakyat tertindas kemudian melancarkan revolusi yang mengubah sifat pemerintahan dari otoriter absolut menjadi demokratis. Jika Revolusi Amerika disulut oleh semboyan *no taxation without representation* (tiada pajak tanpa perwakilan), di Perancis dikembangkan semboyan *liberté, fraternité, dan égalité* (kemerdekaan, persaudaraan, dan persamaan). Aturan perundang-undangnya pun juga disesuaikan dengan pandangan demokratis. Mengingat *Corpus Iuris Civilis* yang disusun oleh Kaisar Yustinianus mengandung nilai-nilai demokratis, tidak salah kalau Kode Yustinianus itu kemudian menjadi rujukan yang kuat bagi penyusunan salah satu Kode Napoleon, yaitu *Code Civil*.

Setelah menempuh perjalanan kemerdekaan selama seabad lebih, di Amerika Serikat, pada abad XIX, terdapat kesewenangan dalam bidang ekonomi. Adanya kesewenangan itu telah menimbulkan perlunya diadakan kontrol terhadap kegiatan bisnis yang bersifat monopolistik dalam bentuk *trust* maupun perjanjian yang bersifat kolusif. Oleh karena itu, kemudian diundangkan *Sherman Act*, yaitu undang-undang *Antitrust* pertama di dunia. Undang-undang ini telah membatasi kesewenangan pelaku bisnis dalam kehidupan rakyat Amerika. Dengan belajar dari Amerika Serikat, negara-negara Eropa mengundang juga Undang-Undang Persaingan Usaha atau menciptakan iklim persaingan dalam kegiatan usaha melalui aturan-aturan hukum. Bahkan,



Masyarakat Ekonomi Eropa juga membuat *treaty* tentang persaingan usaha.

Dilihat dari fakta historis tersebut, Konstitusi Perancis dan Kode Napoleon, *Sherman Act*, serta Undang-Undang Persaingan Usaha negara-negara Eropa dibuat dalam rangka mencegah terjadinya *barbarian* dalam segi politik, sosial, maupun ekonomi. Hal ini menunjukkan, bahwa hukum dipercaya sebagai suatu lembaga penyeimbang yang kuat terhadap ancaman disintegrasi dalam hidup bermasyarakat akibat benturan kekuatan yang sama-sama ingin berkuasa dan sekaligus membatasi kesewenangan yang sedang berkuasa.

Memang, hukum dalam bentuknya yang asli bersifat membatasi kekuasaan dan berusaha untuk memungkinkan terjadinya keseimbangan dalam hidup bermasyarakat. Berbeda dengan kekuasaan yang agresif dan ekspansionis, hukum cenderung bersifat kompromistis, damai, dan penuh dengan kesepakatan dalam kehidupan sosial dan politik. Di dalam suatu sistem politik yang kontrol sosialnya dilakukan melalui hukum, setiap aktivitas akan diupayakan sesuai dengan hubungan kemanusiaan melalui sarana yang spesifik dengan menghindari pertentangan yang tidak perlu. Apabila pemerintahan didasarkan atas kekuasaan, pemerintahan demikian akan cenderung meningkatkan ketegangan dalam bidang politik dan secara sosial menimbulkan suatu keadaan yang represif. Sedangkan apabila pemerintahan didasarkan atas hukum, pemerintahan semacam itu justru cenderung meredakan ketegangan. Oleh karena itulah, untuk mencegah terjadinya struktur kekuasaan yang bersifat menindas dikembangkanlah sistem hukum yang menyeimbangkan kekuasaan dengan cara distribusi hak dan privilese di antara individu dan kelompok.

Apabila suatu masyarakat dalam keadaan damai, hukum harus mempertahankan kehidupan tersebut. Dalam hal demikian, hukum berusaha untuk melindungi kehidupan masyarakat yang damai tersebut dari gangguan yang serius. Di sinilah letak fungsi hukum yang esensial, yaitu mencegah terjadinya disintegrasi sosial. Perlu dikemukakan di sini bahwa damai tidak berarti hanya tertib semata-mata. Suatu ketertiban dapat tercipta karena adanya suatu kekuasaan yang bersifat



represif. Akan tetapi, dalam situasi demikian tidak terdapat adanya damai sejahtera. Di dalam situasi yang tertib tetapi karena adanya kekuasaan represif, cepat atau lambat terdapat rasa ketidakpuasan dari mereka yang tertindas yang selanjutnya menjadi suatu kekuatan antitesis. Kekuatan ini mungkin tidak monolitik, akan tetapi mereka menjadi solid untuk menumbangkan *status quo*. Apabila kemudian terjadi benturan antara kekuatan *status quo* dan kekuatan antitesis dan kemenangan ada di pihak antitesis, akan terjadi suatu disintegrasi sosial. Penyebabnya adalah mereka hanya solid dalam menghadapi *common opponent* atau musuh bersama, yaitu kaum *status quo*, namun mereka tidak memiliki *common interests* atau kepentingan bersama.

Di alam realita tidak akan terdapat *common interest* dalam arti yang sebenarnya. Betapa pun homogenya suatu bentuk kehidupan sosial, di dalamnya selalu terdapat kepentingan-kepentingan yang potensial menimbulkan konflik di antara anggota masyarakat. Di sinilah dibutuhkan suatu sarana yang mencegah jangan sampai konflik tersebut menyebabkan terjadinya disintegrasi sosial. Sarana itulah yang disebut hukum. Persoalan yang sering diajukan adalah bahwa hukum tidak akan mampu bekerja tanpa disokong oleh suatu kekuatan dan bahkan oleh kekuatan fisik. Apabila pandangan ini diikuti, harus diikuti juga suatu pandangan bahwa semakin kuat kekuatan fisik yang mendukung hukum, semakin efektif fungsi hukum yang dengan demikian semakin amanlah kehidupan masyarakat dari ancaman disintegrasi sosial. Jika demikian halnya, kekuasaan yang represif dengan kekuatan fisik yang kuat merupakan sesuatu yang diperlukan dalam hidup bermasyarakat. Lalu, apakah dengan situasi seperti itu rasa damai sejahtera yang diharapkan masyarakat dapat tercipta? Tidakkah hal seperti itu akan menimbulkan kekuatan-kekuatan antitesis? Oleh karena itu, dalam tulisan ini tidak dapat diterima bahwa hukum akan efektif hanya mengandalkan dukungan kekuatan fisik.

HUKUM DAN NORMA SOSIAL LAINNYA

Di samping hukum, terdapat norma sosial lainnya, yaitu agama, moral, dan etika tingkah laku. Norma-norma itu memberi petunjuk



tentang bagaimana manusia bertingkah laku. Hukum dan norma sosial lainnya tersebut dapat dibedakan dari berbagai segi, yaitu segi tujuan adanya norma itu, wilayah pengaturannya, asal kekuatan mengikatnya, dan isi norma tersebut. Dalam perbincangan ini manusia sebagai figur sentral yang diatur ditempatkan sebagai makhluk yang dualistis. Dilihat dari hubungan antara manusia dan manusia lainnya, manusia dapat dibedakan sebagai pribadi dan sebagai komponen dalam kehidupan sosial. Dalam kaitannya dengan manusia itu sendiri, manusia juga mempunyai dua aspek, yaitu aspek batiniah dan aspek lahiriah. Meskipun norma-norma itu merupakan norma sosial, sasaran pengaturan norma masing-masing hanya menitikberatkan kepada salah satu aspek manusia, aspek pribadi manusia atau aspek sosial saja, aspek batiniah atau aspek lahiriah saja. Namun demikian, pengaturan terhadap salah satu aspek tersebut juga membawa implikasi terhadap aspek yang lainnya.

Hukum menitikberatkan kepada pengaturan aspek manusia sebagai makhluk sosial dan aspek lahiriah manusia. Dilihat dari segi tujuannya, norma hukum diadakan dalam rangka mempertahankan bentuk kehidupan bermasyarakat sebagai modus *survival*. Meskipun hukum adakalanya mengatur kehidupan manusia sebagai pribadi, pengaturan tersebut dimaksudkan dalam rangka individu itu dalam berinteraksi dengan individu lainnya atau antara individu dan kelompok. Perkawinan, misalnya, merupakan suatu yang bersifat pribadi tetapi juga diatur oleh hukum; hal itu berkaitan dengan status anak akibat perkawinan dan harta benda mereka yang mengikatkan diri dalam perkawinan. Diaturnya perkawinan dengan maksud untuk mempertahankan kehidupan bermasyarakat karena rumah tangga merupakan unit kemasyarakatan yang terkecil yang menjadi komponen bentuk kehidupan bermasyarakat yang lebih besar. Sebaliknya, hubungan seksual di luar perkawinan antara mereka yang telah cukup umur seharusnya tidak perlu dilarang oleh hukum karena perbuatan itu bukan merupakan sasaran diadakannya hukum jika perbuatan semacam itu tidak mengancam bentuk kehidupan bermasyarakat sebagai modus *survival*.



Dilihat dari segi wilayah yang diaturnya, hukum mengatur tingkah laku lahiriah manusia. Ulpianus menyatakan: “*cogitationis poenam nemo patitur*,” yang terjemahan bebasnya: “tidak seorang pun yang dipidana karena berpikir.” Dalam bahasa Belanda dikenal ungkapan *gedachten zijn tolvrij*,⁹² yang artinya: “orang bebas berpikir asal jangan diucapkan.” Oleh karena sasaran pengaturan hukum adalah tingkah laku lahiriah manusia, hukum tidak akan bertindak manakala tindakan seseorang tersebut tidak melanggar aturan hukum meskipun batin orang tersebut sebenarnya ingin melakukan tindakan yang melanggar hukum. Sebagai contoh dapat dikemukakan, dalam benak seseorang, ia ingin membunuh orang yang menduduki jabatan yang diidamkannya dalam suatu instansi; namun ia tahu bahwa membunuh mendapat pidana yang berat. Selama tingkah laku orang tersebut tidak menyakiti secara lahiriah orang yang ingin dibunuhnya, walaupun dengan hati yang mendongkol, hukum tidak akan bertindak; alhasil, jika orang yang ingin membunuh tersebut tidak mempunyai hati yang bersih, bukan tidak mungkin ia akan tetap membunuh orang yang menjadi target tersebut dengan cara yang di luar wilayah pengaturan hukum, misalnya melalui ilmu hitam.

Namun demikian, tidak dapat disangkal bahwa hukum juga adakalanya memasuki wilayah batin seseorang. Ketentuan-ketentuan mengenai kesengajaan dalam hukum pidana dan iktikad baik dalam hukum perdata, misalnya, merupakan ketentuan-ketentuan yang memasuki wilayah batin seseorang. Bahkan dalam persidangan, sikap batiniah terdakwa kerap kali menjadi pertimbangan dalam penjatuhan sanksi sebagai faktor yang meringankan atau memberatkan penjatuhan sanksi; seorang terdakwa yang tidak menyesal atas perbuatannya dan dalam persidangan bersikap tidak sopan serta berbelit-belit dalam pemeriksaan, untuk kasus yang sama, cenderung dijatuhi pidana lebih berat daripada terdakwa yang menyesali perbuatannya, berlaku sopan dalam persidangan, kooperatif dalam pemeriksaan, jujur dalam menjawab pertanyaan dan mengemukakan pendapat. Hanya saja yang

⁹² P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 20.



perlu dikemukakan di sini, bahwa faktor-faktor yang bersifat batiniah itu baru bersentuhan dengan hukum kalau seseorang melakukan perbuatan melanggar atau melawan hukum.

Selanjutnya, dilihat dari segi asal kekuatan mengikatnya, hukum mempunyai kekuatan mengikat karena ditetapkan oleh penguasa atau berkembang dari praktik-praktik yang telah diterima oleh masyarakat. Sekali lagi di sini terlihat bahwa hukum lebih menitikberatkan kepada aspek manusia sebagai makhluk sosial sekaligus aspek lahiriah manusia. Kekuatan mengikat hukum bukan tercipta secara internal dalam diri manusia, melainkan dipaksakan dari luar diri manusia. Bahkan hukum kebiasaan yang tidak dibuat oleh penguasa melainkan tumbuh dari praktik-praktik sekalipun mensyaratkan adanya penerimaan oleh masyarakat (*opinio necessitatis*). Di dalam *opinio necessitatis* terdapat suatu pengakuan mengenai adanya kewenangan yang membuat hukum kebiasaan itu mengikat.

Seseorang tunduk kepada hukum bukan lantaran keinginannya sendiri, melainkan karena negara atau masyarakat memberi kekuatan mengikat kepada hukum itu sehingga setiap orang harus tunduk kepada hukum itu. Sebagaimana telah berulang kali dikemukakan bahwa hukum diadakan dalam rangka mempertahankan kehidupan masyarakat sebagai modus *survival*. Tujuan demikian akan tercapai apabila ada kekuasaan di luar individu dan mengatasi kekuasaan individu yang menetapkan preskripsi-preskripsi mengenai bagaimana manusia seharusnya bertingkah laku terhadap sesamanya agar agregasi yang bersifat asosiatif-kooperatif itu tetap terpelihara.

Agregasi semacam itu hanya dimungkinkan oleh hukum, karena hukum menetapkan hak di samping kewajiban individu dalam berinteraksi dengan sesamanya di dalam masyarakat. Hak tidak dapat ditemui pada norma sosial lainnya. Suatu hal yang perlu dikemukakan di sini dalam kata Latin *ius*, Belanda *recht*, Perancis *droit*, dan Jerman *Recht* dapat berarti hak dan hukum. Hal itu menunjukkan bahwa hak hanya dapat ditemukan pada norma hukum. Ditetapkannya hak di dalam hukum agar dalam hidup bermasyarakat terjadi keseimbangan bilamana kepentingan individu dilindungi dan bilamana kepentingan



masyarakat yang harus dilindungi. Tidak dapat disangkal, masyarakat tidak mungkin ada tanpa individu-individu sebagai komponen yang membentuknya; sebaliknya, tanpa mengadakan agregasi yang bersifat asosiatif-kooperatif, kehidupan bermasyarakat sebagai modus *survival* tidak akan dapat dipertahankan.

Apabila hukum menitikberatkan pengaturan kepada aspek manusia sebagai makhluk sosial dan aspek lahiriah manusia, tidak demikian halnya dengan agama. Norma agama bersangkut paut dengan aspek manusia sebagai individu dan aspek batiniah manusia. Norma ini mengatur hubungan antara individu manusia sebagai suatu ciptaan dengan Sang Khalik sebagai Pencipta. Agama ada dalam rangka pemeliharaan rohani manusia secara pribadi agar ia berkenan kepada Yang Mahakuasa. Agar berkenan kepada Yang Mahakuasa, manusia harus menjauhi larangan dan melakukan perintah yang ditetapkan oleh Yang Mahakuasa melalui kitab suci masing-masing agama. Hanya saja perintah dan larangan itu dikaitkan dengan adanya kepercayaan tentang adanya keadaan menderita atau bahagia setelah kematian.

Tidak sebagaimana norma hukum yang kekuatan mengikatnya dipaksakan dari luar pribadi manusia, kekuatan mengikat agama berasal dari dalam diri manusia. Ketaatan itu terbentuk karena iman. Oleh karena itulah, tanpa iman tidak mungkin ada ketaatan bahkan norma agama itu sendiri tidak ada.

Akan tetapi, tidak dapat disangkal bahwa agama juga mempunyai aspek sosial. Di dalam ajaran Kristiani terdapat perintah: “Kasihilah Tuhan Allahmu dengan segenap hatimu, segenap jiwamu dan segenap akal budimu dan kasihilah sesamamu manusia seperti dirimu sendiri.” Begitu pula di dalam agama Islam terdapat ungkapan *hablun minallah*, yaitu hubungan dengan Allah, dan *hablun minnanas*, yaitu hubungan dengan sesama manusia. Perwujudan dari *hablun minallah* adalah ibadah, yaitu perbuatan dalam rangka hubungan dengan Allah dan perwujudan *hablun minnanas* adalah muamalah, yaitu perbuatan dalam rangka hubungan dengan sesama manusia. Di dalam agama Hindu dikenal adanya *tatwam asi*, artinya “engkau adalah aku,” sehingga berbuat kepada orang lain termasuk juga kepada Tuhan seperti ber-



buat kepada diri sendiri. Apabila para pemeluk masing-masing agama tersebut secara pribadi berpegang kepada ajaran masing-masing agama yang dianutnya dan berbuat yang berkenan di hadapan Yang Mahakuasa, hal itu akan membawa implikasi tertibnya kehidupan sosial. Hanya saja yang perlu dikemukakan di sini bahwa yang menjadi titik berat sasaran norma agama adalah aspek individu manusia bukan aspek manusia sebagai makhluk sosial.

Oleh karena norma agama ditujukan kepada aspek individu manusia, yaitu agar manusia hidup berkenan kepada Sang Pencipta bukan ketertiban ketertiban masyarakat, tidak sebagaimana hukum yang memberikan hak kepada individu, agama hanya meletakkan kewajiban. Para pemeluk agama dapat saja menyatakan bahwa agama yang dianutnya juga menjanjikan hal yang membahagiakan apabila penganut itu taat kepada perintah dan larangan yang diajarkan oleh agama tersebut. Akan tetapi “janji” yang ada dalam kitab suci masing-masing agama bukan merupakan sesuatu yang dapat digugat secara duniawi.

Ketentuan-ketentuan yang ada di dalam kitab suci agama tidak jarang telah dituangkan ke dalam aturan hukum. Sebagai contoh, hubungan seksual di luar perkawinan yang dilarang oleh agama diberi sanksi oleh Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil yang merupakan aturan pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pasal 17 peraturan itu menetapkan bahwa pegawai negeri sipil yang melakukan hidup bersama dengan wanita atau pria sebagai suami istri, dan setelah ditegur atasannya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 masih terus melakukannya, dijatuhi hukuman disiplin berupa pemberhentian dengan tidak hormat atas permintaan sendiri sebagai pegawai negeri sipil. Hal ini menunjukkan bahwa hukum telah memperkuat ketaatan terhadap norma agama.

Akan tetapi sebaliknya, di dalam suatu kehidupan bermasyarakat yang bersifat sekuler, bukan tidak mungkin larangan-larangan yang terdapat di dalam norma agama tidak diperkuat oleh norma hukum; malahan sebaliknya, norma hukum membuat aturan yang tidak sesuai dengan norma agama. Sebagai contoh, di beberapa negara terdapat



aturan hukum yang memfasilitasi pelacuran dan perjudian, melegalkan *euthanasia* atau hak untuk mati, mengesahkan perkawinan sejenis kelamin, dan lain-lain.

Norma sosial berikutnya yang mempunyai wilayah pengaturan dan isi yang mirip dengan agama adalah moral. Yang berbeda antara agama dan moral adalah asal kekuatan mengikatnya. Kekuatan mengikat agama terletak pada iman seseorang akan pengakuan terhadap keberadaan suatu kekuasaan yang bersifat supernatural; sebaliknya, moral tanpa perlu iman sehingga seorang yang *atheist* sekalipun masih mempunyai moral.

Sebagaimana norma agama, moral hadir sebagai petunjuk bagi individu. Sebagai suatu produk budaya yang melekat pada diri manusia, moral menghendaki manusia berbudi pekerti luhur dan berbuat kebajikan. Dalam hal demikian, secara jelas moral dapat dibedakan dari hukum. Hukum tidak pernah menuntut orang berbuat kebajikan atau dermawan. Merupakan sesuatu yang janggal dan bertentangan dengan eksistensi hukum itu sendiri manakala ada ketentuan hukum yang mewajibkan orang-orang yang mempunyai kualifikasi tertentu untuk mendonorkan salah satu matanya bagi pemimpin yang buta atas dasar mengorbankan kepentingan pribadi untuk kepentingan bangsa. Tidak. Hukum tidak akan menetapkan aturan semacam itu. Moral mungkin saja mendorong individu yang bersangkutan untuk mendonorkan salah satu matanya bagi sang pemimpin yang dengan berbuat demikian si donatur mata tersebut telah berkorban bagi bangsanya. Yang pertama kali membuat perbedaan yang tegas antara hukum dan moral adalah Immanuel Kant. Ia menyatakan bahwa:

*Sofern (die moralischen Gesetze) nur auf blosse äussere Handlungen und deren Gesetzmäßigkeit gehen, heißen sie juridisc; fordern sie aber auch, daß sie (die Gesetze) selbst die Bestimmungsgründe der Handlungen sein sollen, so sind sie etisch, und alsdann sagt man: die Übereinstimmung mit den ersten ist die Legalität, die mit den zweiten die Moralität Handlungen*⁹³

⁹³ Terjemahan bebasnya: "Sejauh ketentuan-ketentuan hanya bertalian dengan tingkah



Namun demikian, L.J. van Apeldoorn menyatakan bahwa perbedaan antara hukum dan moral tidak perlu dipertajam karena tidak sepenuhnya benar kalau hukum hanya berkaitan dengan tingkah laku lahiriah manusia dan moral hanya berkenaan dengan keadaan batiniah seseorang.⁹⁴ Ia mengemukakan bahwa tatkala seseorang bertindak terlihat di dalamnya ada nilai-nilai moral dan sebaliknya, acap kali juga terdapat pertimbangan-pertimbangan moral dalam ketentuan-ketentuan hukum, seperti iktikad baik, kesengajaan, dan lain-lain.⁹⁵ Pandangan demikian memang benar dan bahkan bukan hanya dalam ketentuan-ketentuan perundang-undangan saja moral diadopsi, dalam peradilan pun moral juga menjadi pertimbangan. Sebagai contoh, dapat dikemukakan seorang terdakwa yang bersikap sopan dalam persidangan, kooperatif dalam pemeriksaan dan jujur dalam menjawab pertanyaan atau mengemukakan pendapat tidak jarang mendapat hukuman yang lebih ringan daripada yang seharusnya karena sikap semacam itu dipertimbangkan sebagai hal-hal yang meringankan.

Saya berpendapat lebih jauh dari yang dikemukakan oleh Van Apeldoorn. Menurut pendapat saya, justru moral merupakan dasar berpijak hukum dan hukum harus mencerminkan moral. Hanya saja moral dalam hal ini berkaitan dengan pemeliharaan fungsi eksistensial hidup bermasyarakat. Moral dalam hal ini bukan berupa pesan-pesan jangan berzinah, istri harus tunduk kepada suami, atau harus menyembah Allah. Hal-hal semacam itu terlalu jauh dari jangkauan hukum.

Moral di dalam perbincangan ini harus berkaitan dengan tingkah laku lahiriah manusia dalam rangka hidup bermasyarakat. Jika hukum memang ingin melarang perzinahan atau hal-hal tidak bermoral lainnya, pesan-pesan itu harus dapat diterima oleh nalar dalam kaitannya

laku lahiriah dan mempunyai legitimasi, ketentuan-ketentuan itu bernilai yuridis; akan tetapi ia juga menuntut bahwa ketentuan itu sendiri harus berpijak kepada dasar niat dilakukannya perbuatan itu, yaitu etika, sehingga dapat dikatakan: yang bertalian dengan yang pertama adalah legalitas dan yang bertalian dengan yang kedua adalah moralitas.”

⁹⁴ P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 21.

⁹⁵ *Ibid.*



dengan kehidupan bermasyarakat. Sebagai contoh, hukum melarang hubungan perselingkuhan seksual di antara mereka yang telah terikat dalam perkawinan atau antara seorang yang terikat dalam perkawinan dengan seorang yang belum kawin; tidak dapat disangkal bahwa dalam hal ini hukum telah masuk dalam wilayah yang sangat pribadi. Akan tetapi, larangan demikian dapat diterima oleh nalar karena perbuatan perselingkuhan seksual itu mempunyai dampak terhadap anggota masyarakat lain, yaitu keluarga. Hal itu berbeda dengan adanya hubungan seksual di luar perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang sama-sama tidak terikat di dalam perkawinan. Hal yang semacam ini bukan merupakan wilayah hukum sehingga tidak perlu dilarang. Sama halnya, hukum tidak dapat melarang orang menjadi *atheist* karena *atheist* atau *theist* tidak bersangkut paut dengan kehidupan bermasyarakat. Dengan demikian dapat dikatakan, bahwa moral dalam hal ini adalah keadaan batin seseorang yang mempunyai pengaruh positif dalam hidup bermasyarakat. Sebagai contoh, tidak melakukan pembalakan hutan merupakan suatu tindakan bermoral karena dengan tidak melakukan tindakan tersebut dapat menghindarkan terjadinya banjir. Sebaliknya, apabila terdapat aturan hukum yang membolehkan adanya penebangan hutan yang tidak sesuai dengan karakter hutan tersebut, aturan hukum demikian tidak bermoral. Mereka yang melakukan penebangan berdasarkan aturan tidak bermoral itu juga tidak bermoral pula.

Jika agama dan moral lebih menitikberatkan kepada aspek manusia sebagai individu dan aspek batiniah manusia, etika tingkah laku sebagaimana hukum menitikberatkan kepada pengaturan aspek manusia sebagai makhluk sosial dan aspek lahiriah manusia. Namun demikian, antara hukum dan etika tingkah laku terdapat juga perbedaan.

Etika tingkah laku adalah aturan-aturan tidak tertulis yang dikembangkan oleh suatu komunitas tertentu mengenai bagaimana seharusnya anggota-anggota komunitas itu bertingkah laku. Sebagaimana hukum, etika tingkah laku diadakan dalam rangka pengaturan aspek manusia sebagai makhluk sosial dan aspek lahiriah manusia. Kekuatan mengikat norma ini diletakkan oleh komunitas itu sendiri. Oleh kare-



na itulah penegakan norma ini tidak dilakukan oleh negara, melainkan oleh komunitas itu sendiri. Pelanggar terhadap etika tingkah laku akan mendapat reaksi dari komunitasnya, berupa celaan, cemoohan, pengucilan, bahkan mungkin pemboikotan. Reaksi semacam itu tidak dapat dipandang remeh. Sebaliknya, reaksi tersebut dapat saja mempunyai akibat yang lebih berat daripada sanksi hukum. Sebagai contoh, seorang selebriti yang arogan dan bertindak tidak menghormati pers bukan tidak mungkin akan diboikot oleh pers dan apabila hal itu terjadi, niscaya selebriti itu akan kehilangan media untuk penampilannya sehingga membuatnya tidak lagi menjadi selebriti. Tetapi, tentu saja hukum melarang adanya sanksi yang berupa hukuman fisik kepada pelanggar etika tingkah laku. Suatu organisasi komunitas tertentu paling tinggi hanya dapat mencantumkan denda dalam anggaran dasarnya dalam hal anggotanya melanggar tata tertib organisasi.

Etika tingkah laku mungkin saja dituangkan ke dalam hukum baik berupa perundang-undangan maupun putusan pengadilan. Sebagai contoh, sejak tahun 1919, dengan putusan Mahkamah Agung Belanda (*Hoge Raad*) dalam kasus *Lindenbaum vs. Cohen*, perbuatan melanggar hukum bukan hanya diartikan sebagai melanggar ketentuan-ketentuan undang-undang, melainkan juga melanggar keputusan yang ada dalam hidup bermasyarakat. Contoh lain adalah di Indonesia, tidak menghormati agama bukan lagi sekadar pelanggaran terhadap etika tingkah laku, melainkan telah menjadi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 156a Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.



BAB 3

Tujuan Hukum

RELEVANSI PERBINCANGAN TUJUAN HUKUM DALAM ILMU HUKUM

Tidak semua aliran dalam ilmu hukum membahas tujuan hukum. Perbincangan mengenai tujuan hukum merupakan karakteristik aliran hukum alam. Yang demikian ini disebabkan hukum alam berkaitan dengan hal-hal yang bersifat transenden dan metafisis di samping dengan hal-hal yang membumi. Dengan berkembang pesatnya positivisme, perbincangan mengenai hal-hal yang bersifat transenden makin ditinggalkan. Hukum juga dipandang sebagai gejala sosial, yaitu sesuatu yang selalu ada dalam kehidupan sosial dan keberadaannya karena dibuat oleh penguasa.

Oleh karena dibuat oleh penguasa, keberadaan hukum tidak dapat dilepaskan dari pertimbangan-pertimbangan politik, ekonomi, sosial, dan budaya. Memang, faktor-faktor itu tidak dapat dinafikan begitu saja. Akan tetapi, pertimbangan-pertimbangan itu tidak boleh menysihkan esensi hukum. Pertimbangan-pertimbangan itu merupakan sisi eksternal hukum yang memang mendukung keberadaan hukum, namun bukan merupakan sesuatu yang intrinsik dalam hukum.

Pertimbangan-pertimbangan itu sebenarnya lebih berkaitan dengan pembuatan undang-undang dan proses peradilan. Akan tetapi esensi hukum, yaitu hakikat hukum yang justru menjadi dasar pijakan dalam pembuatan undang-undang maupun pengambilan putusan dalam proses peradilan dan tindakan eksekutif. Hal yang terakhir ini perlu dikemukakan karena tidak semua tindakan eksekutif harus berdasar

undang-undang. Di dalam hukum administrasi dikenal adanya *Freies Ermessen* atau *discretionary power*, yaitu suatu tindakan yang dilakukan tanpa landasan tertulis tetapi karena tujuannya untuk nilai yang lebih tinggi harus dilakukan, bahkan meskipun tindakan itu merugikan kepentingan beberapa orang guna menyelamatkan banyak orang.

Tujuan hukum mengarah kepada sesuatu yang hendak dicapai. Oleh karena itulah, tidak dapat disangkal kalau tujuan merujuk kepada sesuatu yang ideal sehingga dirasakan abstrak dan tidak operasional. Akibatnya, sejak dikemukakannya ajaran positivisme, masalah tujuan hukum tidak lagi menjadi pokok perbincangan dalam studi hukum karena tujuan hukum tidak dapat diamati. Yang menjadi sasaran studi ilmu hukum, menurut pandangan positivisme, dengan demikian tidak lain daripada aturan-aturan yang dibuat oleh penguasa yang dipengaruhi oleh pertimbangan-pertimbangan politik, ekonomi, sosial, dan budaya. Dengan menggunakan metode yang biasa diterapkan untuk ilmu-ilmu alamiah, pandangan positivisme dalam studi hukum berkembang dengan pesat. Bahkan ada usaha untuk menjadikan ilmu hukum sebagai kajian yang bersifat empiris dengan menggunakan analisis statistik dalam pemecahan masalah, misalnya *jurimetric*. Studi semacam itu jelas tidak memperbincangkan tujuan hukum. Tujuan hukum dipandang sebagai sesuatu yang bersifat metafisis dan melekat pada pandangan hukum alam yang eksistensinya telah tergantikan oleh ilmu pengetahuan modern yang mengandalkan observasi empiris.

Memang, menurut Hart, perbincangan mengenai tujuan merupakan bagian dari pandangan hukum alam kuno yang menetapkan bahwa dunia yang dapat diamati bukan semata-mata panggung tempat terjadinya keajaiban.¹ Oleh karena itulah, pengetahuan mengenai alam bukan semata-mata pengetahuan mengenai keajaiban. Menurut hukum alam kuno ini, keberadaan segala sesuatu bukan sekadar untuk mempertahankan dirinya sendiri, melainkan merupakan suatu perjalanan menuju tujuan tertentu yang dalam bahasa Yunani disebut *telos* (τέλος). Dengan perkataan lain, menurut konsep hukum alam

¹ H.L.A. Hart, *Loc. cit.*



kuno, segala sesuatu bereksistensi untuk tujuan tertentu. Pandangan demikian lazimnya disebut pandangan teleologis yang berasal dari bahasa Yunani *telos* (τέλος).

Persoalan yang timbul dari hukum alam kuno tersebut adalah apakah pandangan teleologis dapat diterapkan untuk binatang dan benda-benda tidak bernyawa? Suatu hal yang perlu dikemukakan di sini adalah hukum alam kuno tidak membedakan mengenai apa yang “secara reguler terjadi” dan mengenai “apa yang harus terjadi.” Hal ini sebenarnya merupakan suatu yang esensial. Akibatnya, pandangan itu tidak dapat membedakan manusia yang mempunyai “kehendak” yang didasarkan atas kesadaran dan benda-benda tidak bernyawa serta makhluk hidup lainnya yang keberadaan dan aktivitasnya didasarkan atas sesuatu yang bersifat kodrati. Tidak sebagaimana benda-benda tidak bernyawa dan makhluk hidup lainnya, manusia dengan menggunakan nalarnya mampu mendapatkan apa yang didambkannya.

Pandangan teleologis yang merupakan bagian dari hukum alam kuno ternyata masih dapat bertahan apabila diterapkan kepada manusia tetapi tidak dapat diterapkan kepada binatang dan benda-benda tidak bernyawa. Secara kodrati manusia “harus” makan (termasuk minum) dan tidur. Kata “harus” di sini merujuk kepada kebutuhan. Hal itu berbeda dengan kata “harus” dalam: “Perusahaan harus memiliki Angka Pengenal Impor (API) apabila ingin menjadi importir.” Kata “harus” di sini tidak merujuk kepada suatu kebutuhan, melainkan suatu preskripsi. Kata “harus” di sini tidak berlaku bagi semua orang. Jika orang memang ingin menjadi pengusaha importir ia atau perusahaannya wajib memiliki API tersebut. Begitu juga kata “harus” dalam: “Anda harus membuka topi pada waktu mengikuti kuliah di kelas.” Kata “harus” di sini merujuk kepada kebiasaan dan mungkin berkaitan dengan sopan santun.

Baik kata “harus” yang merupakan preskripsi maupun yang bermakna kebiasaan tidak berkaitan dengan nalar. Berbeda halnya dengan kata “harus” yang merujuk kepada kebutuhan. Dalam hal ini dapat dinalar bahwa apabila manusia tidak makan dan tidak tidur, ia tidak bereksistensi. Jika ia tidak mempunyai API, ia masih eksis seba-



gai manusia hanya tidak boleh menjadi importir. Begitu juga apabila seseorang tidak membuka topi pada waktu mengikuti kuliah di kelas, ia masih tetap eksis sebagai manusia meskipun ia mungkin diusir dari ruang kelas dan tidak boleh mengikuti pelajaran karena dianggap tidak sopan.

Namun demikian perlu dikemukakan di sini, apabila keharusan makan dan tidur bagi manusia hanya untuk mencapai tujuan agar bertahan hidup, hal itu tidak ubahnya dengan binatang. Oleh karena itulah, tidak salah kalau Hart menyatakan bahwa pandangan semacam itu merupakan pandangan hukum alam versi yang paling lemah.² Sebenarnya, selain hanya untuk bertahan hidup, manusia mempunyai tujuan yang lebih tinggi dari sekadar bertahan hidup. Sebagaimana telah dikemukakan pada perbincangan sebelumnya, bahwa manusia merupakan makhluk bermasyarakat. Bertahan hidup, dalam konteks masyarakat manusia, dengan demikian harus diartikan sebagai mempertahankan eksistensi kehidupan bermasyarakat. Hal inilah yang membedakannya dengan binatang. Binatang makan dan tidur hanya untuk mempertahankan kehidupannya sendiri.

Selanjutnya, Hart menyatakan bahwa kesulitan dalam memahami suatu pandangan teleologis adalah seperti halnya meminimalisasi perbedaan antara apa yang secara ajek terjadi dan pernyataan mengenai apa yang seharusnya terjadi.³ Kesulitan yang sama adalah perlunya dalam pemikiran modern meminimalisasi perbedaan antara manusia dengan tujuannya sendiri yang secara sadar ia perjuangkan untuk mendapatkannya dan makhluk-makhluk hidup lainnya atau benda-benda tidak bernyawa. Dari pernyataan tersebut Hart mengesankan bahwa memang antara apa yang secara ajek terjadi dan apa yang seharusnya terjadi terdapat perbedaan yang besar yang sulit untuk di-jembatani. Hal yang sama juga terjadi pada manusia di satu pihak dan makhluk-makhluk hidup lainnya dan benda-benda di pihak lain. Tidak sebagaimana benda-benda tak bernyawa dan makhluk-makhluk lain-

² *Ibid.*, hlm. 187.

³ *Ibid.*, hlm. 186.



nya, manusia dengan menggunakan penalaran dan daya refleksinya, mampu untuk menemukan betapa berhasilnya penggunaan pikiran yang cemerlang yang menyangkut juga karakternya dan mampu untuk mencapai tujuan itu. Namun demikian, pada pandangan teleologis ini, menurut Hart, keadaan optimum manusia bukanlah tujuan manusia karena ia menginginkannya, melainkan hal itu memang secara kodrati merupakan tujuannya.

Memang, yang pertama kali mengajarkan pandangan teleologis adalah Aristoteles. Aristoteles mengajak manusia untuk memerhatikan cara benda-benda di sekitar manusia itu bekerja di alam ini. Menurut Aristoteles, manusia harus mencari persamaan-persamaan yang melandasi gerakan dan perubahan apa yang dilihat oleh manusia. Asumsi dasarnya adalah perubahan tidak bersifat acak, benda-benda berkembang melalui jalan yang dapat diprediksi, dan perubahan-perubahan dapat dibedakan antara yang bersifat alamiah dan yang merupakan produk perbuatan manusia. Objek-objek alamiah berubah menuju “tujuan”nya dan dengan memahami proses ini apa yang baik dari objek-objek itu dapat ditiru.

Semua karya Aristoteles tentang kehidupan manusia tampak didasarkan pada hakikat manusia yang mempunyai tujuan: segala sesuatu yang ada di alam mempunyai tujuan tertentu yang hendak dicapai. Selanjutnya Aristoteles, menambahkan bahwa mengingat eksistensi sosial bersifat alamiah dan bukan merupakan hasil kompromi yang dipaksakan, bentuk kehidupan bermasyarakat merupakan suatu hal yang bersifat alamiah bagi manusia.

Menurut Aristoteles, masyarakat Yunani pada masanya merupakan hasil proses yang bersifat gradual ke arah yang lebih tinggi dan melalui proses seperti itu hakikat kemanusiaan terwujud. Secara historis, Aristoteles menyatakan bahwa negara kota merupakan hasil organik dari bergabungnya beberapa desa menjadi satu negara yang berswasembada. Keberadaan negara kota bukan semata-mata untuk memenuhi kebutuhan materiel, melainkan untuk memenuhi kebutuhan kehidupan eksistensial. Karena itu, Aristoteles menyatakan bahwa manusia perlu berjuang untuk mewujudkan negara kota ini sebagai



cara hidup sesuai dengan hakikat kemanusiaannya.⁴

Selanjutnya, pandangan teleologis ini lebih dipertegas oleh Thomas Aquinas (1224-1274). Menurut Thomas Aquinas, semua yang menjadi bagian dari alam mempunyai *inclinatio naturalis*, yaitu kecenderungan alamiah menuju kepada kesempurnaan.⁵ Bagi Thomas Aquinas, keseluruhan alam merupakan suatu sistem perbuatan untuk mencapai tujuan (*doelgerecht/teleologis*).⁶ Sudah barang tentu hal itu menimbulkan pertanyaan: “Bagaimana alam yang begitu besar dapat memperlihatkan sifat mengejar tujuan? Haruskah ada sesuatu yang cerdas di belakangnya?” Memang, tidak dapat hal itu terjadi dengan cara lain. Di mana saja terlihat adanya sesuatu yang mengarah kepada tujuan, sesungguhnya tidak dapat disangkal adanya pengakuan terhadap sesuatu yang cerdas.⁷ Apabila beberapa orang berada di suatu pulau yang tidak berpenghuni menjumpai sebuah rumah atau sebuah jembatan, tidak salah kalau mereka berkesimpulan bahwa ada orang lain di pulau itu selain mereka.⁸ Hal itu berlaku juga bagi alam semesta. Sama halnya dengan adanya keteraturan yang ada di alam semesta, tentu saja harus ada yang mengaturnya. Tetapi siapakah yang mengaturnya? Thomas Aquinas menyatakan bahwa hanya Allah saja yang dapat melakukannya. Allah merupakan arsitek agung yang telah menciptakan alam semesta dan segala sesuatu telah diarahkan sesuai dengan tujuannya.

Lalu, di mana posisi manusia di alam semesta ini? Mengenai hal ini dapat dikemukakan pandangan Plato mengenai dua realita. Manusia berada di tapal batas di antara kedua realita itu. Di satu pihak, manusia adalah makhluk yang mulia sehingga melalui pengertiannya ia mempunyai hubungan dengan dunia gagasan, sedangkan di pihak lain ia terbelenggu oleh tubuh jasmaninya dan indranya.

Thomas Aquinas mengambil alih pandangan dunia antik ini, tetapi

⁴ Wayne Morrison, *Op. cit.*, hlm. 41.

⁵ H. Franken, *InLeiden tot de Rechtswetenschap*, Belanda: Gouda, Quaint, Arnhem, 1987, hlm. 94.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*



masih menambah satu dimensi: manusia dibedakan dari segala sesuatu yang lain yang ada di alam ini karena manusia memiliki kebebasan kehendak.⁹ Memang harus diakui bahwa semua yang ada di dunia ini termasuk manusia menuju ke suatu keadaan yang secara alamiah ideal, tetapi melalui kehendak bebasnya, manusia dapat mengabaikan panggilan hati.¹⁰

Adanya kehendak bebas inilah yang menempatkan manusia menduduki posisi khusus di dalam perbincangan mengenai tujuan yang hendak dicapai oleh semua makhluk. Dalam kaitannya dengan perbincangan mengenai tujuan, Thomas Aquinas mengemukakan empat macam hukum,¹¹ yaitu *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex divina*, dan *lex humana*. *Lex aeterna* merupakan suatu aturan yang menguasai alam semesta melalui kehendak Allah sesuai dengan kebijaksanaan-Nya. Di dalam *lex aeterna* terdapat pikiran Ilahi yang berisi tentang suatu rencana yang mengungkapkan keteraturan segala sesuatu untuk mencapai tujuan. Semua makhluk berada dalam kerangka tujuan *lex aeterna* ini dan manusia mempunyai suatu tujuan tertentu karena manusia makhluk rasional.¹²

Menurut Thomas Aquinas, keberadaan manusia sebagai makhluk rasional dikuasai oleh *lex naturalis*. *Lex naturalis* terdiri dari bagian *lex aeterna* yang khusus berkaitan dengan manusia. Sementara manusia tidak dapat mengetahui keseluruhan rencana Allah, rasionalitas manusia memungkinkan mempunyai bagian dalam alam pikiran yang abadi yang dengan pikiran itu ia dapat mengenai suatu kecenderungan alamiah secara normatif ke arah tindakan-tindakan dan tujuan-tujuan yang layak. *Lex naturalis*, menurut Thomas Aquinas, tidak lain daripada partisipasi makhluk rasional dalam *lex aeterna*. *Lex naturalis* inilah yang mengarahkan aktivitas manusia melalui aturan-aturan

⁹ *Ibid.*, hlm. 95.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Sebenarnya lebih tepat disebut *undang-undang* yang merupakan terjemahan dari kata Latin *lex*. Akan tetapi, mengingat kata undang-undang di dalam hukum Indonesia sudah baku, yaitu peraturan yang dibuat oleh DPR dan disetujui bersama oleh Presiden dan DPR.

¹² Wayne Morrison, *Op. cit.*, hlm. 69.



dasar yang menetapkan apa yang baik yang harus dilakukan dan apa yang jahat yang harus dihindari. Lalu, apa ukuran baik dan ukuran jahat? Thomas Aquinas mengemukakan empat hal kecenderungan manusia yang dianggap baik. *Pertama*, kecenderungan naluriah manusia untuk memelihara kehidupan. *Kedua*, adanya kecenderungan antara keinginan melakukan hubungan seksual dalam bingkai suami istri dengan keinginan membesarkan dan mendidik anak. *Ketiga*, manusia mempunyai kerinduan secara alamiah untuk mengetahui kebenaran tentang Allah. *Keempat*, manusia ingin hidup dalam masyarakat sehingga wajar bagi manusia untuk menghindari segala sesuatu yang merugikan dalam pergaulan hidup tersebut.

Keempat kecenderungan itu merupakan tujuan yang ingin dicapai oleh manusia pada umumnya. Namun demikian, menurut Thomas Aquinas, *lex naturalis* masih merupakan aturan-aturan dasar yang bersifat umum dan abstrak. Oleh karena itulah, kemudian Thomas Aquinas menyatakan bahwa *lex naturalis* perlu dilengkapi dengan *lex divina*, yaitu pedoman-pedoman dari Allah untuk mengarahkan bagaimana seyogianya manusia bertindak. Pedoman-pedoman itu tertuang di dalam Kitab Perjanjian Lama dan Perjanjian Baru. Akhirnya Thomas Aquinas mengemukakan adanya *lex humana*, yaitu aturan-aturan yang berasal dari pemerintah atau aturan-aturan yang dibuat oleh manusia yang didasarkan atas *lex naturalis*. *Lex humana* berisi aturan-aturan yang dibuat dengan menggunakan kekuatan nalar.

Merujuk kepada keempat macam “hukum” yang telah dikemukakannya, terlihat bahwa Thomas Aquinas memberi tempat yang khusus kepada manusia. Keempat aturan tersebut saling berhubungan karena adanya manusia sebagai makhluk yang mempunyai kekuatan akal pikiran dan kekuatan menalar. Oleh karena itulah, cukup ber alasan kalau teleologis yang dikemukakannya hanya relevan untuk manusia, bukan untuk makhluk lain lebih-lebih untuk benda-benda tidak bernyawa. Namun demikian, tidak berarti pandangan ini sesuai dengan pandangan Hart. Sebagaimana telah dikemukakan, Hart menyatakan bahwa keadaan optimum manusia bukanlah tujuan manusia karena ia menginginkannya, melainkan ia menginginkannya karena



hal itu secara kodrati merupakan tujuan manusia. Akan tetapi tujuan hidup manusia, menurut Thomas Aquinas, bukan hanya untuk mencapai kebahagiaan duniawi belaka, melainkan untuk mendapatkan kebahagiaan kekal sebagai tujuan bersifat supernatural. Sudah barang tentu Hart dan kaum positivis lainnya tidak memperbincangkan hal seperti ini.

Memang, ajaran Thomas Aquinas ini jauh lebih tua daripada pandangan Hart. Akan tetapi, pandangan Thomas Aquinas ini masih relevan dalam perbincangan tujuan hukum. Hal ini disebabkan Thomas Aquinas memandang manusia bukan semata-mata makhluk berakal yang hanya mempunyai tujuan kebahagiaan duniawi belaka, melainkan juga manusia yang mempunyai tujuan bersifat supernatural, yaitu kebahagiaan kekal. Konsekuensinya, kenyataan eksistensial manusia semacam ini tidak dapat dilepaskan dari alasan keberadaan hukum dalam kehidupan bermasyarakat. Oleh karena itu, perbincangan mengenai tujuan hukum masih relevan dalam mempelajari ilmu hukum.

PERKEMBANGAN PANDANGAN TENTANG TUJUAN HUKUM

Pemikir Yunani yang untuk pertama kalinya bicara masalah tujuan hukum adalah Aristoteles. Filsuf ini melihat realita bahwa secara alamiah manusia adalah binatang politik (*zoon politikon*) atau sering kali diperhalus dengan makhluk bermasyarakat. Ia mengemukakan bahwa suatu negara didasarkan atas hukum sebagai satu-satunya sarana yang tepat dan dapat digunakan untuk mencapai kehidupan yang lebih baik yang merupakan tujuan utama organisasi politik. Akan tetapi, Aristoteles menyadari bahwa dalam pelaksanaan hukum bukan tidak mungkin untuk kasus-kasus konkret akan terjadi kesulitan akibat penerapan hukum yang kaku. Untuk mengatasi masalah tersebut, Aristoteles mengusulkan adanya *equity*. Ia mendefinisikan *equity* sebagai “koreksi terhadap hukum apabila hukum itu kurang tepat karena bersifat umum.” Tidak dapat dipungkiri bahwa hukum mempertimbangkan sebagian besar peristiwa yang situasi dan tipenya bersifat biasa saja, yaitu bukan peristiwa yang aneh. Dari peristiwa-peristiwa yang biasa dan sering



terjadi dan bahkan mungkin dapat dibayangkan akan terjadi tersebut dibuatlah aturan-aturan untuk diterapkan kepada peristiwa-peristiwa tersebut atau peristiwa-peristiwa yang mirip dengan peristiwa-peristiwa itu. Sudah barang tentu ketentuan-ketentuan demikian tidak semata-mata secara semena-mena diterapkan untuk peristiwa-peristiwa yang khusus dan unik. Apabila terjadi kasus yang unik, hakim harus berani mengabaikan huruf-huruf undang-undang dan memutus kasus itu dengan bertindak seakan-akan pembuat undang-undang yang seharusnya dapat menduga bahwa kasus semacam itu mungkin terjadi.

Dari apa yang dikemukakan oleh Aristoteles tersebut, dapat disimpulkan bahwa tujuan hukum menurut Aristoteles adalah untuk mencapai kehidupan yang baik. Untuk memperoleh kehidupan yang baik itu diperlukan hukum. Akan tetapi manakala hukum terlalu kaku, dilakukan pelunakan yang disebut *equity*. Dalam hal ini Aristoteles tidak membicarakan ketertiban sebagai tujuan hukum. Hal itu disebabkan Aristoteles melihat realita bahwa manusia secara alamiah memang makhluk sosial, sehingga betapa pun kecilnya suatu satuan kehidupan bermasyarakat, tetap saja manusia hidup secara berkelompok. Dalam bentuk kehidupan semacam itu bukan ketertiban yang menjadi permasalahan dalam hidup bermasyarakat, melainkan adil tidaknya alokasi kepentingan dalam hidup bermasyarakat. Masalah keadilan merupakan masalah yang bersifat filosofis yang merupakan pokok perbincangan filsafat hukum.

Pandangan Aristoteles mengenai tujuan hukum ini diadopsi oleh Thomas Aquinas dan dikembangkan lebih jauh pada abad Pertengahan. Sebagaimana Aristoteles menyatakan bahwa tujuan hukum adalah untuk mencapai kehidupan yang lebih baik, Thomas Aquinas menyatakan bahwa secara ideal, hukum terpancar dari kekuasaan untuk memerintah guna kebaikan bersama. Ia selanjutnya, menyatakan bahwa hukum adalah sesuatu yang hidup secara batiniah di dalam masyarakat. Tugas hukum yang memadai tertulis dalam hati dan kehendak rakyat karena manusia merupakan makhluk rasional. Hukum menurut Thomas Aquinas terutama berkaitan dengan kewajiban yang diletakkan oleh nalar.



Karena manusia merupakan bagian dari masyarakat secara keseluruhan, hukum harus ditujukan untuk kesejahteraan dan sentosa (*well-being*) masyarakat secara keseluruhan. Nalar mempunyai kekuatan untuk menggerakkan kehendak. Oleh karena itulah, apabila kehendak penguasa ingin dituangkan ke dalam hukum harus didasarkan pada nalar yang mengarah pada pencapaian tujuan itu.¹³ Berdasarkan hal ini Thomas Aquinas menyatakan bahwa, “*It is in this sense that we should understand the saying that the will of prince has the power of law.*”¹⁴ *In any other sense, the will of the prince becomes an evil rather than law.*”¹⁵ Dengan demikian menurut Thomas Aquinas, hukum tidak lain daripada pengaturan secara rasional untuk kesejahteraan dan sentosa (*well-being*) masyarakat secara keseluruhan tidak peduli siapa yang membuatnya, pemerintah atau masyarakat. Pada akhirnya Thomas Aquinas berkata: “Akibat yang diharapkan dari hukum adalah membimbing orang-orang yang diaturnya ke arah kebajikan Dengan demikian, dasar yang benar satu-satunya bagi pembentuk undang-undang adalah “niatnya untuk menjamin kebaikan umum sesuai dengan keadilan Ilahi.”

Selama abad Pertengahan, gereja merupakan pusat kehidupan di Eropa. Lembaga itu mengontrol pendidikan dan ilmu pengetahuan dan teologi menduduki tempat pertama di antara ilmu pengetahuan. Semua pengetahuan terpancar dari sumber-sumber utama kepercayaan Kristiani yang ditafsirkan oleh Gereja Roma.

Pada abad XVI, dominasi kehidupan rohani gereja diserang oleh gerakan Protestan. Kaum Protestan melakukan reinterpretasi terhadap ayat-ayat Alkitab, yang menyatakan bahwa semua jiwa mempunyai nilai yang sama di hadapan Allah mengandung pengertian bahwa setiap orang mempunyai hak untuk bersekutu dengan Yang Ilahi tanpa perlu perantaraan seorang imam. Oleh karena itu, individu mempunyai kesempatan yang lebih luas untuk membangun pandangan me-

¹³ Dikutip dari *Summa Theologica* terjemahan J.G. Dawson. Lord Lloyd of Hampstead dan M.D.A. Freeman, *Op. cit.*, hlm. 151.

¹⁴ Di dalam Kode Yustinianus disebutkan: *Quod principi placuit legis habet vigorem. Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*



ngenai keinginan Allah dan tentang prinsip-prinsip pedoman hidup daripada yang dimilikinya pada abad-abad sebelumnya.

Serangan terhadap hierarki pada abad XVI dalam bidang kerohanian diarahkan kepada tatanan Gereja Katolik dan untuk hal-hal yang duniawi ditujukan kepada tatanan feodalisme. Dalam tatanan feodalisme, perekonomian didasarkan pada kekuasaan para tuan tanah atas para budak dan didasarkan pada kekuatan asosiasi para pedagang dan pembuat barang dagangan. Adapun bidang politik pada tatanan feodalisme dikuasai oleh mereka yang memiliki hak istimewa. Tatanan yang bersifat hierarkis di semua bidang kehidupan tersebut pada abad XVI dilawan. Ternyata, perlawanan tersebut berhasil dan melahirkan kekuatan sekuler, individualistis, dan liberalistis dalam bidang politik, ekonomi, dan kehidupan intelektual.

Dalam bidang hukum, awal abad modern tersebut didominasi oleh bentuk baru pandangan hukum alam yang biasanya disebut sebagai aliran hukum alam klasik.¹⁶ Aliran ini sebenarnya merupakan akibat sampingan dari kekuatan-kekuatan yang mentransformasi Eropa sebagai hasil revolusi yang dilancarkan kaum Protestan. Pada abad XVII dan XVIII aliran ini dengan berbagai variasi dan manifestasinya mendominasi Eropa. Akan tetapi, tidak dapat dikatakan bahwa aliran hukum alam klasik merupakan suatu pemutusan hubungan sama sekali dengan teori hukum Aristoteles dan skolastik abad Pertengahan yang diajarkan oleh Thomas Aquinas. Sebaliknya, tidak dapat disangkal adanya pengaruh Aristoteles dan pemikiran skolastik terhadap aliran yang baru ini. Namun demikian, aliran hukum alam klasik ini mempunyai ciri-ciri yang berbeda dari aliran hukum alam skolastik abad Pertengahan. *Pertama*, aliran hukum alam klasik ini memisahkan antara hukum dan teologi yang dalam hal ini penggunaan nalar dalam membedakan antara *lex divina* dan *lex naturalis* sebagaimana dikemukakan oleh Thomas Aquinas merupakan dasar berpijak aliran hukum alam klasik ini. *Kedua*, aliran hukum alam klasik ini memercayai bahwa sistem aturan yang konkret dan perinci merupakan

¹⁶ Edgar Bodenheimer, *Op. cit.*, hlm. 32.



deduksi dari nalar. Para penganut aliran hukum alam klasik ini meyakini bahwa kekuatan nalar bersifat universal bagi semua orang dan bangsa dan untuk segala masa, sehingga sistem hukum yang lengkap dan memadai dapat dibangun di atas suatu fondasi analisis rasional terhadap kehidupan sosial manusia. *Ketiga*, aliran hukum alam pasca-abad Pertengahan melalui proses perkembangan yang perlahan-lahan mengubah titik berat dari hukum nalar yang secara objektif terletak pada hakikat sosial manusia ke doktrin yang memberi tempat kepada hak-hak alamiah manusia dan aspirasi individunya untuk mengambil peranan yang dominan. *Keempat*, aliran hukum alam klasik membuat langkah-langkah yang perlahan-lahan mengubah pola pendekatan dari yang bersifat teologis ke pendekatan kausalitas dan empiris terhadap hakikat manusia.

Perkembangan aliran hukum alam klasik ini bisa dibedakan menjadi tiga periode. Ketiga periode itu berkaitan dengan tingkatan perkembangan sosial, ekonomi, dan intelektual. Periode pertama yang terjadi setelah *Renaissance* dan Reformasi merupakan proses emansipasi terhadap teologi dan feodalisme abad Pertengahan. Periode ini ditandai dengan bangkitnya Protestanisme dalam bidang agama, timbulnya kekuasaan absolut dalam bidang politik, dan tumbuhnya merkantilisme dalam bidang ekonomi. Para pemikir pada periode ini adalah Thomas Hobbes, Hugo de Groot, Benedict Spinoza, Samuel Pufendorf, dan Christian Wolff. Periode kedua berlangsung hampir bersamaan dengan berkobarnya Revolusi Puritan Inggris yang ditandai dengan tendensi menuju kapitalisme bebas dalam bidang ekonomi dan liberalisme dalam bidang politik. Pada periode ini yang menonjol adalah pandangan John Locke dan Montesquieu. Selanjutnya, periode ketiga ditandai dengan kepercayaan yang kuat terhadap demokrasi. Pada periode ini yang hanya dapat dipelajari dari karya Jean-Jacques Rousseau yang disebut hukum alam tidak lain dari *General Will* atau istilah yang dipakai oleh Rousseau *Volonté General* dan keputusan mayoritas rakyat. Namun karena periode ketiga ini tidak memiliki kaitan dengan tujuan hukum, dalam tulisan ini tidak dikemukakan pandangan Rousseau. Pandangan Rousseau hanya tepat untuk studi ilmu negara.



Dalam kaitannya dengan perbincangan mengenai tujuan hukum, pandangan yang perlu dikemukakan pada periode pertama aliran hukum alam klasik adalah pandangan Thomas Hobbes. Hal itu disebabkan, *pertama*, hanya Thomas Hobbes yang secara jelas membicarakan masalah tujuan hukum, dan *kedua*, pandangan Hobbes ini sering disalahtafsirkan sebagai suatu pandangan yang seakan-akan sudah diterima sebagai pandangan yang berlaku umum. Menurut pandangan Hobbes, tujuan hukum adalah untuk ketertiban sosial. Pandangan inilah yang sering disalahtafsirkan seakan-akan memang benar bahwa adanya hukum terutama memang untuk mengatur kehidupan bermasyarakat. Pandangan Hobbes ini sebenarnya lahir dari kehidupan dan situasi lingkungan kehidupan Thomas Hobbes yang suram.

Pada 5 April 1588, terdengar kabar bahwa Armada Spanyol berlayar ke Inggris yang waktu itu diperintah oleh Ratu Elizabeth I. Oleh karena terkejut, istri pejabat administrasi kerajaan yang bernama Thomas Hobbes yang sedang hamil tua, lalu melahirkan Thomas Hobbes junior.¹⁷ Si junior ini menyatakan: “*My Mother dear did bring forth twins at once, both me and fear.*”¹⁸ Pada saat Thomas Hobbes junior ini menginjak dewasa, ia menyaksikan Inggris dilanda perang saudara. Keadaan demikian dilukiskan oleh Thomas Hobbes junior sebagai *status naturalis*, yaitu keadaan alamiah, suatu keadaan pra-negara. Ia lalu berspekulasi bahwa pada situasi *status naturalis*, manusia bersifat egois, suka menyakiti sesamanya, brutal, dan agresif. Situasi demikian harus diakhiri dengan membuat perjanjian masyarakat sehingga terwujud *status civilis*.

Status naturalis oleh Hobbes diartikan sebagai suatu keadaan tanpa adanya pemerintahan yang teratur. Dalam situasi semacam itu setiap orang menjadi serigala terhadap sesamanya (*homo homini lupus*) dan berada dalam iklim saling membenci, ketakutan, dan saling tidak percaya sehingga semua orang berperang melawan semua orang lainnya (*bellum omnium contra omnes*). Di dalam perang ini oleh Hobbes

¹⁷ Wayne Morrison, *Op. cit.*, hlm. 79.

¹⁸ *Ibid.*



semua orang dianggap mempunyai kekuatan yang sama. Oleh karena itulah, dalam situasi demikian menurut Hobbes tidak ada benar atau salah baik secara moral maupun secara hukum. Semua orang mempunyai hak yang sama atas semua benda dan keuntungan merupakan satu-satunya ukuran keabsahan suatu hak. Selanjutnya, ia mengatakan bahwa di dalam *status naturalis* setiap orang memiliki “hak alamiah” untuk mempertahankan jiwa dan raganya dan dengan segala kekuatan yang dimilikinya ia menghadapi serangan dari pihak lain.

Akan tetapi, masih menurut Hobbes, manusia mempunyai kecenderungan memilih damai daripada situasi *status naturalis* yang seperti perang. Hukum alam paling mendasar menurut Hobbes adalah menciptakan ketertiban. Dengan adanya ketertiban ini, aturan-aturan lain yang lebih spesifik dapat diwujudkan. Agar ketertiban tercipta, semua orang menurut Hobbes harus menyerahkan semua hak-haknya kepada seseorang yang tidak berpihak yang berkuasa secara absolut. Keadaan bernegara inilah yang disebut *status civilis*.

Mengingat pandangan Thomas Hobbes ini berpangkal dari suatu spekulasi, pandangan yang dikemukakan olehnya merupakan suatu pandangan yang bersifat spekulatif. Hal itu berbeda dari pandangan Aristoteles dan Thomas Aquinas yang justru berpangkal dari kondisi nyata manusia sebagai makhluk bermasyarakat. Oleh karena menurut aliran hukum alam kuno dan skolastik hukum ditujukan untuk mencapai sesuatu yang lebih tinggi dari sekadar ketertiban.

Pada periode kedua perkembangan aliran hukum alam klasik, berkembang pula pandangan yang bersifat spekulatif. Namun demikian, pandangan pada periode ini bertolak belakang dengan pandangan yang dikemukakan oleh Thomas Hobbes. Periode kedua ini ditandai dengan usaha membangun perlindungan yang efektif terhadap pelanggaran hak-hak alamiah oleh pemerintah. Hukum pada periode ini dipandang terutama sebagai sarana untuk melindungi pribadi-pribadi dari kekuasaan yang bersifat otokratis dan sewenang-wenang. Timbulnya penguasa-penguasa absolut di seluruh Eropa membuktikan bahwa perlindungan terhadap kebebasan pribadi dari kecongkakan pemerintah benar-benar dibutuhkan. Dengan demikian, pada periode ini ter-



jadi perubahan pandangan tentang tujuan hukum, yaitu dari ditujukan untuk menciptakan ketertiban ke pemeliharaan hak-hak perorangan yang dalam hal ini kebebasan merupakan titik berat.

Pandangan yang patut dikemukakan pada periode kedua perkembangan aliran hukum alam klasik ini adalah pandangan John Locke. Menulis setelah *Glorious Revolution* pada 1688, yaitu pada saat hangat-hangatnya mencari gagasan-gagasan hidup bernegara secara konstitusional, John Locke mengambil alih pikiran-pikiran abad Pertengahan mengenai superioritas dan kekuatan mengikat prinsip-prinsip moral terhadap penguasa.¹⁹ Akan tetapi, Locke memodernisasi pandangan abad Pertengahan itu dengan mengadopsi pikiran Thomas Hobbes dalam menggambarkan hakikat kemanusiaan yang bersifat individualistik dan menyatakan nilai-nilai individualistik itu dalam kaitannya dengan hak-hak alamiah yang tidak dapat diasingkan.²⁰ Menurut John Locke, setiap pribadi mempunyai hak-hak alamiah yang dibawa sejak lahir, yaitu hak hidup, hak atas kebebasan, dan hak milik.²¹

Oleh karena mengadopsi pandangan Hobbes yang berpangkal pada keadaan manusia yang individualistik, pandangan ini pun bersifat spekulatif. Sebagaimana Hobbes, John Locke pun juga berpangkal dari situasi *status naturalis*. Hanya saja terdapat perbedaan asumsi antara yang dikemukakan oleh Thomas Hobbes dan yang dikemukakan oleh John Locke mengenai situasi *status naturalis*. Kalau Hobbes menggambarkan *status naturalis* sebagai suatu keadaan yang kacau balau yang semua orang berperang melawan semua orang lainnya, sebaliknya John Locke melukiskannya sebagai *paradise lost*, suatu keadaan yang damai, tenteram, saling menolong, dan terlindungi. Dalam situasi semacam ini manusia mempunyai semua yang disediakan oleh alam; mereka hanya tidak mempunyai organisasi.²²

Menurut John Locke, keadaan seperti itu disebabkan manusia mempunyai nalar dan menggunakan nalar. Penggunaan nalar inilah

¹⁹ Wolfgang Friedmann, *Legal Theory*, London: Steven & Sons, 1949, hlm. 41.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 42.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*



yang membedakan manusia dari binatang. Binatang tidak menggunakan nalar, melainkan kekuatan.²³ Apabila penguasa maupun rakyatnya sama-sama menggunakan kekuatan, bukan nalar, mereka sama halnya dengan menggunakan cara-cara binatang.²⁴ Dengan menggunakan nalarnya, manusia dapat dan harus mengetahui apa yang dikehendaki Allah atas mereka.²⁵ Nalar itulah yang memberikan jawaban apabila kehendak Allah tidak jelas.²⁶ Semua orang mempunyai nalar dan semua orang sama. Oleh karena itulah, setiap orang harus hidup menurut hukum alam. Nalarlah yang memungkinkan manusia memahami isi hukum alam. Tetapi, bagaimana mereka dapat membedakan antara hukum alam dan kebiasaan-kebiasaan atau keinginan-keinginan mereka sendiri? John Locke menjawabnya bahwa kemampuan tersebut terletak pada hati nurani manusia.²⁷

Status naturalis diatur oleh hukum alam. Dalam situasi pengaturan oleh hukum alam itu, setiap orang mempunyai kedudukan yang sama dan merdeka. Dengan menggunakan nalarnya, tidak seorang pun boleh mengganggu kehidupan, kesehatan, kebebasan, dan hak milik orang lain.²⁸ Hal itu disebabkan semua orang merupakan hasil karya cipta pencipta yang mahabijak dan mahahadir (*omnipotent*); semua orang merupakan hamba Tuhan yang berdaulat dan manusia dilahirkan ke dunia ini untuk menunaikan perintah-Nya dan rencana-Nya.²⁹ Apa yang dilakukan oleh manusia harus menyenangkan Tuhan, bukan menyenangkan diri sendiri. Oleh karena itulah, ia dilengkapi dengan sarana yang memungkinkan setiap orang untuk bekerja sama dengan sesamanya dalam hidup bermasyarakat.

Status naturalis dikuasai oleh hukum alam yang bertujuan untuk

²³ Lord Lloyd of Hampstead dan M.D.A. Freeman, *Op. cit.*, hlm. 117.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, hlm. 118.

²⁸ Dikutip dari John Locke, *Two Treatises of Government*. Lord Lloyd of Hampstead dan M.D.A. Freeman, *Ibid.*, hlm. 158.

²⁹ *Ibid.*



menciptakan damai sejahtera dan pemeliharaan kemanusiaan dan mengajarkan kepada manusia bahwa semua orang berkedudukan sama dan merdeka sehingga tidak seorang pun mendatangkan kerugian bagi hak milik, mencederai fisik, dan mengurangi kebebasan orang lain. Selama *status naturalis* masih berlangsung, selama itu pula setiap orang mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan hukum alam dan menjatuhkan hukuman bagi pelanggar hukum alam dengan caranya sendiri tetapi tidak bersifat melampaui batas artinya hukuman yang dijatuhkan harus setimpal dengan pelanggaran yang dilakukan.

Menurut John Locke, sudah barang tentu situasi semacam itu membahayakan. *Pertama*, terdapat ketidakpastian dalam menikmati hak-hak alamiah yang berupa hak hidup, hak atas kebebasan, dan hak milik karena sewaktu-waktu dapat saja terjadi penaklukan oleh masyarakat lain. *Kedua*, dalam menjatuhkan hukuman atas pelanggaran terhadap hukum alam, setiap orang mengangkat dirinya sendiri menjadi hakim sehingga bukan tidak mungkin dalam menjatuhkan hukuman bertindak melampaui ketentuan yang ditetapkan oleh nalar karena didasarkan atas pembalasan. Untuk mengakhiri kebingungan dan ketidaktertiban yang mungkin terjadi pada *status naturalis*, orang-orang lalu berjanji untuk membuat suatu kehidupan bernegara. Keadaan bernegara inilah yang disebut sebagai *status civilis*.

Kegunaan negara menurut John Locke adalah untuk mempertahankan hak-hak alamiah yang berupa hak hidup, hak atas kebebasan, dan hak milik yang telah ada pada situasi *status naturalis*. Selanjutnya John Locke menyatakan: “Hukum alam berlaku sebagai aturan abadi bagi semua orang, legislator, maupun orang lain.” Kehidupan bernegara tersebut diatur oleh hukum. Dengan demikian, tujuan hukum menurut John Locke, adalah memelihara hak-hak alamiah yang telah ada pada masa *status naturalis*. Tujuan inilah yang harus menjadi acuan bagi legislator.

Setelah John Locke, pandangan mengenai tujuan hukum dikemukakan oleh Jeremy Bentham (1748-1832). Berbeda dengan Thomas Hobbes dan John Locke yang berpegang kepada teori yang bersifat spekulatif, dengan mengikuti David Hume dan Adam Smith, Jeremy



Bentham dalam mengembangkan pandangannya berpegang kepada pola pikir empiris.

Ajaran Bentham disebut utilitarianisme. Meskipun akar dari utilitarianisme sebenarnya terlihat pada tulisan David Hume (1711-1776), yang dipandang sebagai penganjur pandangan utilitarianisme adalah Jeremy Bentham. Menurut Bentham, alam telah menempatkan manusia di bawah perintah dua tuan yang berkuasa, yaitu kesenangan dan sengsara. Kedua hal itulah yang membimbing manusia mengenai apa yang harus dikerjakan dan apa yang harus dihindari. Sesuatu yang baik atau jahat dari suatu tindakan harus diukur dari kuantitas kesukaan atau sengsara yang ditimbulkan oleh perbuatan tersebut.

Utility menurut Bentham adalah prinsip-prinsip yang menyetujui atau menolak setiap tindakan apa pun juga yang tampak memperbesar atau mengurangi kebahagiaan pihak yang kepentingannya terpengaruh oleh tindakan itu. Apabila pihak yang berkepentingan adalah perorangan, prinsip *utility* harus dirancang untuk meningkatkan kebahagiaannya; apabila pihak yang berkepentingan adalah masyarakat, prinsip *utility* harus diarahkan untuk kebahagiaan masyarakat. Tugas pemerintah, menurut Bentham, adalah meningkatkan kebahagiaan masyarakat dengan memperbesar kesenangan yang dapat dinikmati masyarakat dan memungkinkan terciptanya keamanan dengan mengurangi penderitaan. Alat mengenai benar dan salah adalah kebahagiaan terbesar untuk sebagian besar orang atau terkenal dengan ungkapan “*the greatest happiness for the greatest numbers.*” Ia percaya bahwa apabila individu-individu yang membentuk masyarakat bahagia dan bersuka cita, keseluruhan negara akan menikmati kebahagiaan dan kemakmuran.

Menurut Bentham, pembentuk undang-undang yang ingin menjamin kebahagiaan masyarakat harus berjuang untuk mencapai empat tujuan, yaitu subsistensi, kelimpahan, persamaan, dan keamanan bagi warga negara. Fungsi hukum harus ditujukan untuk memenuhi keempat tujuan tersebut. Dari keempat tujuan hukum tersebut, yang paling utama adalah keamanan. Menurut Bentham, keamanan menuntut bahwa pribadi seseorang, kehormatannya, hak miliknya, dan status-



nya harus dilindungi, dan harapan seseorang tersebut sejauh diberikan oleh hukum harus dipertahankan. Kebebasan, meskipun merupakan bagian yang sangat penting dalam pandangannya harus mengalah kepada keamanan, artinya apabila harus dipilih mana yang harus didahulukan, kebebasan atau keamanan, menurut Bentham, keamananlah yang harus diprioritaskan, karena hukum tidak dapat dibuat kecuali harus mengorbankan kebebasan.³⁰

Setelah keamanan, yang harus dikedepankan oleh pembentuk undang-undang adalah persamaan. Akan tetapi menurut Bentham, hal itu harus dipertimbangkan manakala keamanan tidak terganggu. Persamaan yang ada dalam benak Bentham bukanlah persamaan kondisi, melainkan persamaan kesempatan. Persamaan ini merupakan suatu persamaan yang memungkinkan setiap orang untuk mencari sendiri kebahagiaannya dan berjuang untuk menjadi kaya dan hidup dengan kehidupannya sendiri.

Bentham menghendaki adanya liberalisme di bidang ekonomi (*laissez faire*) dan hak milik pribadi. Suatu negara, ia mengatakan, dapat menjadi kaya dengan tiada jalan lain kecuali mempertahankan penghargaan atas hak milik. Masyarakat harus mendorong inisiatif individu dan perusahaan swasta. Hukum tidak dapat berbuat apa-apa untuk memberikan secara langsung bahan-bahan kebutuhan hidup masyarakat; apa yang dapat dilakukan oleh hukum adalah menciptakan motif, yaitu memberi penghargaan atau menjatuhkan nestapa yang dengan melalui hukum tersebut manusia dengan kekuatannya dapat dibimbing ke arah pemenuhan kebutuhan hidup mereka sendiri. Hukum juga tidak mungkin mengarahkan manusia secara langsung untuk hidup berlimpah; yang dapat dilakukan oleh hukum adalah menciptakan kondisi yang menstimulasi dan menghargai usaha manusia untuk menciptakan hal-hal baru.³¹

Kiranya bukan tanpa alasan Bentham menempatkan tujuan dibuatnya aturan hukum untuk keamanan dan persamaan. Ia tidak menem-

³⁰ Edgar Bodenheimer, *Op. cit.*, hlm. 84.

³¹ *Ibid.*



patkan kebebasan sebagai tujuan hukum. Hal itu disebabkan, menurut Bentham, kekuasaan parlemen tidak boleh dibatasi, artinya parlemen harus benar-benar berdaulat. Legislatif yang berdaulat ini bersifat *omnipotent*.³² Dan, yang menjadi landasan bagi undang-undang adalah prinsip *utility*. Dari kewenangan yang ada pada parlemen yang selalu digunakan adalah keinginan yang tetap untuk memberikan kesenangan yang bersifat nasional, yaitu kebahagiaan sebagian besar orang.³³

Metode penyusunan undang-undang yang diajarkan oleh Bentham adalah mengukur akibat yang ditimbulkan oleh suatu perbuatan. Apabila suatu perbuatan menimbulkan sengsara, perbuatan itu harus dilarang. Perbuatan yang mendatangkan sengsara merupakan suatu perbuatan jahat. Menurut Bentham ada dua macam perbuatan jahat, yaitu perbuatan jahat primer dan perbuatan jahat sekunder, dan keduanya harus diperhatikan oleh legislator.³⁴ Ia memberi contoh, seorang perampok telah berbuat jahat terhadap korban yang dirampok hartanya dan dalam hal ini yang terjadi adalah perbuatan jahat primer. Akan tetapi, perampokan juga menimbulkan perbuatan jahat sekunder karena keberhasilan tindakan perampokan telah menimbulkan pandangan bahwa merampok merupakan pekerjaan yang mudah dan cepat kaya; sudah barang tentu hal ini melemahkan pandangan bahwa hak milik seseorang harus dihormati; akibatnya, orang merasa tidak aman memiliki hartanya sendiri. Perbuatan jahat sekunder ini menurut Bentham lebih penting daripada perbuatan jahat primer karena kerugian aktual yang dialami oleh korban lebih ringan dibandingkan dengan kerugian dalam kaitannya dengan melemahnya stabilitas dan keamanan dalam masyarakat secara keseluruhan.³⁵

Hukum ditujukan untuk meningkatkan kebahagiaan masyarakat secara keseluruhan dengan cara melarang perbuatan-perbuatan, yang, mendatangkan sengsara. Suatu perbuatan yang patut pidana, menurut Bentham, adalah suatu perbuatan yang jelas-jelas merugikan kebaha-

³² Wayne Morrison, *Op. cit.*, hlm. 190.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, hlm. 192.

³⁵ *Ibid.*



giaan masyarakat; hanya suatu perbuatan yang dengan cara tertentu yang menimbulkan sengsara sehingga mengurangi kesenangan individu atau kelompok tertentu yang harus menjadi perhatian hukum. Menurut Bentham, fungsi pemerintah adalah meningkatkan kebahagiaan masyarakat dengan memidana barangsiapa yang melakukan perbuatan yang melanggar prinsip *utility*. Bentham meyakini bahwa apabila legislator hanya menggunakan prinsip *utility* dalam menentukan perbuatan-perbuatan apa saja yang dilarang, banyak perbuatan yang diatur oleh hukum pada masa ia hidup harusnya dipandang sebagai perbuatan-perbuatan dalam ruang lingkup pergaulan sosial yang apabila perbuatan itu dipandang salah cukup diberi sanksi teguran atau reaksi publik yang lain yang bukan merupakan sanksi hukum. Utilitarianisme, dengan demikian, memerlukan reklasifikasi perilaku untuk menentukan perbuatan-perbuatan apa saja yang layak diatur oleh pemerintah.

Sebagaimana telah dikemukakan bahwa Bentham menghendaki adanya liberalisme di bidang ekonomi atau *laissez faire*. Hal ini menunjukkan bahwa ia sebenarnya menitikberatkan pandangannya kepada individualisme. Hal itu juga terlihat dari pandangannya mengenai tujuan hukum yang didasarkan atas prinsip *utility*. Tetapi ironisnya, ia juga menginginkan adanya reformasi terhadap hukum alam yang dianggapnya kuno dan kesejahteraan sosial. Oleh karena itu, tidak salah kalau kemudian pada abad XX ia dipandang sebagai salah satu pencetus negara kesejahteraan kolektif.³⁶

Kiranya penerapan prinsip *utility* dan pandangan Bentham tentang kesejahteraan kolektif telah menimbulkan kesenjangan ekonomi dalam kehidupan bernegara. Salah satu realisasi dari prinsip itu adalah kebijakan memacu pertumbuhan tanpa memerhatikan kualitas hidup rakyatnya. Dalam situasi semacam ini prinsip *utility* Bentham bertemu dengan pola pikir pragmatis. Sebagai contoh konkret dapat dikemukakan, ada sebuah perusahaan yang menggaji buruh rendah tetapi sesuai ketentuan upah minimum yang ditetapkan oleh pemerintah, barang

³⁶ Lord Lloyd of Hampstead dan M.D.A. Freeman, *Op. cit.*, hlm. 249.



yang dihasilkan sangat murah dan kompetitif, produknya menjadi ekspor andalan sehingga meningkatkan devisa, kinerja perusahaan investor asing yang juga melahirkan anak perusahaan sehingga membuka lapangan kerja serta adanya teknisi asing dan alat-alat produksinya memungkinkan alih teknologi. Tidak ada satu perbuatan pun yang dilakukan oleh perusahaan itu mendatangkan sengsara sehingga menurut ukuran Bentham, perusahaan itu tidak melakukan perbuatan yang dilarang oleh hukum. Bahkan perusahaan itu banyak mendatangkan kesenangan. Oleh karena itulah, semakin banyak perusahaan semacam itu semakin meningkat kesenangan dan hal ini sesuatu dengan prinsip *utility*. Dengan demikian ketentuan upah minimum yang ditetapkan oleh penguasa setempat seiring dengan prinsip *utility*. Akan tetapi, suatu hal yang dilupakan di sini adalah kualitas hidup dari buruh telah menjadi korban penerapan prinsip ini. Hal ini bertentangan dengan esensi hukum itu sendiri. Di sinilah kelemahan pandangan utilitarianisme.

PERKEMBANGAN MAKNA HUKUM DALAM HIDUP BERMASYARAKAT

Menurut Roscoe Pound, gagasan mengenai untuk apa hukum itu diadakan tidak dapat dilepaskan dari gagasan mengenai apa sebenarnya hukum itu.³⁷ Untuk mengetahui tujuan hukum tersebut, Roscoe Pound mengelaborasi secara kronologis gagasan mengenai apa sebenarnya hukum itu. Dalam hal ini Roscoe Pound mengemukakan tidak kurang dari dua belas gagasan mengenai apa yang dimaksud dengan hukum. Kiranya kedua belas gagasan tentang hukum itu perlu diungkapkan untuk mengetahui gagasan mengenai untuk apa hukum itu diadakan. Dengan memahami kedua belas gagasan itu dapat dipahami perkembangan makna hukum dalam hidup bermasyarakat.

Pertama, hukum dipandang sebagai aturan atau seperangkat aturan tentang tingkah laku manusia yang ditetapkan oleh kekuasaan

³⁷ Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale University Press, 1975 (Roscoe Pound III), hlm. 25.



yang bersifat Ilahi. Sebagai contoh adalah Kode Hammurabi yang dipercaya sebagai diwahyukan oleh Dewa Manu dan hukum Musa yang diwahyukan Allah di Gunung Sinai. Di sini hukum dimaknai sebagai wujud campur tangan langsung kekuasaan yang bersifat Ilahi terhadap kehidupan bermasyarakat. Adanya pemaknaan demikian menunjukkan bahwa *status naturalis* yang menggambarkan keadaan atomistik manusia yang digambarkan baik oleh Thomas Hobbes maupun John Locke³⁸ tidak pernah ada.

Kedua, hukum dimaknai sebagai suatu tradisi masa lalu yang terbukti berkenan bagi para dewa sehingga menuntun manusia untuk menarungi kehidupan dengan selamat.³⁹ Bagi masyarakat primitif yang dikelilingi oleh kekuatan yang menyeramkan dan dapat mengamuk sewaktu-waktu, manusia selalu dibayangi ketakutan yang terus-menerus sehingga tidak berani melanggar kekuatan itu. Secara individual maupun berkelompok, orang-orang ini berusaha meredakan jangan sampai kekuatan yang dahsyat itu murka. Caranya adalah menetapkan apa saja yang boleh dilakukan oleh mereka dengan mengacu kepada kebiasaan masa lalu mengenai segala sesuatu yang tidak diperkenankan para dewa. Hukum dengan demikian, dipandang sebagai seperangkat aturan moral (*precept*)⁴⁰ yang dicatat dan dipelihara. Bilamana pun dijumpai seperangkat hukum primitif yang dikuasai oleh sekelompok orang yang menunjukkan bahwa kelompok itu mempunyai kelas dalam oligarki politik, hukum itu dipandang seperti layaknya Firman Allah dalam tradisi imamah orang Yahudi, tetapi bukan dipandang sebagai wahyu Ilahi seperti pada gagasan sebelumnya. Namun demikian, pandangan transendental tetap menguasai masyarakat primitif dalam memaknai hukum karena hukum dikaitkan dengan kedahsyatan alam yang menakutkan yang dianggap sebagai perbuatan para dewa.

Ketiga, hukum dimaknai sebagai catatan kearifan para orang tua yang telah banyak makan garam atau pedoman tingkah laku manusia yang telah ditetapkan secara Ilahi. Kearifan dan pedoman tingkah laku

³⁸ Meskipun gambaran yang dilukiskan oleh keduanya saling bertentangan.

³⁹ Roscoe Pound III, *Loc. cit.*

⁴⁰ Juga disebut *maxim*.



itu lalu dituangkan ke dalam kitab undang-undang primitif.⁴¹ Dalam hal ini pun hubungan yang bersifat transendental masih terasa sehingga bisa dipikirkan bahwa kearifan para orang tua tersebut merupakan sesuatu yang didapat dari suatu kuasa yang mereka anggap Ilahi.

Keempat, hukum dipandang sebagai sistem prinsip yang ditemukan secara filosofis dan prinsip-prinsip itu mengungkapkan hakikat hal-hal yang merupakan pedoman bagi tingkah laku manusia.⁴² Dalam gagasan ini pandangan yang bersifat transendental mulai dilepaskan digantikan oleh pandangan yang bersifat metafisis. Akan tetapi sebenarnya menurut Roscoe Pound, gagasan keempat ini merupakan penggabungan gagasan kedua dan ketiga yang dilakukan oleh para yuriskonsul Romawi.⁴³ Karya para yuriskonsul adalah pendapat hukum yang ditujukan kepada para hakim Kekaisaran Romawi Barat. Pada masa itu, yaitu dari abad II sampai abad IV, nasihat-nasihat hukum tersebut dikompilasi dalam buku-buku teks. Oleh karena itulah, dapat dikemukakan bahwa buku-buku teks tersebut merupakan sesuatu seperti kompilasi adjudikasi yang dikembangkan berdasarkan penalaran. Dalam buku-buku teks semacam ini dapat ditemukan prinsip-prinsip keadilan dan hak dalam memberikan bentuk untuk dinyatakan dalam pengalaman melalui penalaran.

Kelima adalah kelanjutan gagasan keempat. Di tangan para filsuf, prinsip-prinsip itu ditelaah secara cermat, diinterpretasi, dan kemudian digunakan. Oleh karena itulah, dalam gagasan kelima ini hukum diartikan sebagai seperangkat aturan dan pernyataan kode moral yang abadi dan tidak dapat berubah.

Keenam, hukum dipandang sebagai seperangkat perjanjian yang dibuat oleh orang-orang dalam suatu masyarakat yang diorganisasi secara politis. Perlu dikemukakan di sini bahwa pandangan ini bukan merujuk kepada teori-teori spekulatif yang dikemukakan oleh Thomas

⁴¹ Roscoe Pound III, *Loc. cit.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Yuriskonsul adalah seorang penasihat hukum profesional pada masa Kekaisaran Romawi abad kedua sampai abad keempat. Kode Yustinianus yang ditulis pada masa Byzantium (Kekaisaran Romawi Timur) sebenarnya merupakan kompilasi dari karya para yuriskonsul.



Hobbes dan John Locke, melainkan merujuk kepada karya Plato yang berjudul *Minos*.⁴⁴ Pandangan ini menurut Roscoe Pound merupakan suatu pandangan yang bersifat demokratis. Dalam hal ini hukum diidentifikasi sebagai undang-undang dan dekrit yang diundangkan dalam negara kota yang ada pada zaman Yunani kuno. Demosthenes menyarankan pandangan demikian kepada *jury* Athena.⁴⁵ Dalam teori semacam itu, sangat mungkin gagasan yang bersifat filosofis mendukung gagasan politis dan menjadikan dasar kewajiban moral yang melekat di dalamnya mengenai alasan mengapa perjanjian yang dibuat di dalam dewan rakyat harus ditaati.

Ketujuh, hukum dipandang sebagai suatu refleksi pikiran Ilahi yang menguasai alam semesta. Pandangan demikian dikemukakan oleh Thomas Aquinas.⁴⁶ Tidak pelak lagi, sejak saat itu pandangan ini telah sangat berpengaruh. Bahkan kemudian terjadi berbagai variasi atas pandangan hukum alam ini.

Kedelapan, hukum dipandang sebagai serangkaian perintah penguasa dalam suatu masyarakat yang diorganisasi secara politis. Berdasarkan perintah itulah manusia bertingkah laku tanpa perlu mempertanyakan atas dasar apakah perintah itu diberikan.⁴⁷ Pandangan demikian dikemukakan oleh yuris Romawi dan masa klasik. Tidak dapat disangkal bahwa pandangan itu hanya mengakui hukum positif, yaitu hukum yang dibuat oleh penguasa, sebagai hukum. Sebagaimana telah dikemukakan pada Bab I bahwa hukum Romawi yang menjadi acuan hukum Barat sebenarnya bersumber pada *Corpus Iuris Civilis* hasil kodifikasi Kaisar Yustinianus. Sebagai seorang kaisar, ia dapat menuangkan kehendaknya menjadi berkekuatan hukum. Akan tetapi, apa yang dilakukan oleh Yustinianus sebenarnya adalah melakukan kompilasi karya para yuriskonsul pada masa Kekaisaran Romawi Barat masih jaya. Ternyata, pandangan bahwa hukum merupakan perin-

⁴⁴ Lihat Roscoe Pound III, *Op. cit.*, hlm. 27.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Lihat bahasan tentang “Relevansi Perbincangan Tujuan Hukum dalam Ilmu Hukum” pada bab ini.

⁴⁷ Roscoe Pound III, *Loc. cit.*



tah penguasa sesuai dengan pandangan hukum para ahli hukum yang aktif mendukung kekuasaan raja di Kerajaan Perancis yang tersentralisasi pada abad XVI dan XVII.⁴⁸ Para ahli hukum ini lalu mengundangkannya menjadi undang-undang. Hal itu ternyata juga sesuai dengan pandangan supremasi parlemen di Inggris setelah tahun 1688 dan kemudian menjadi teori yuristik Inggris ortodoks.⁴⁹ Bahkan juga pandangan itu sesuai dengan teori kedaulatan rakyat yang dianggap sebagai pengganti teori supremasi parlemen pada Revolusi Amerika atau pengganti teori kedaulatan raja pada Revolusi Perancis.

Kesembilan, hukum dipandang sebagai sistem pedoman yang ditemukan berdasarkan pengalaman manusia dan dengan pedoman tersebut manusia secara individual akan merealisasikan kebebasannya sebanyak mungkin seiring dengan kebebasan yang sama yang dimiliki orang lain. Gagasan semacam ini dengan berbagai bentuknya dikemukakan oleh mazhab historis.⁵⁰ Menurut pandangan ini, Menurut F.C. von Savigny, hukum bukanlah dibuat secara sengaja, melainkan ditemukan melalui pengalaman manusia.⁵¹ Dengan demikian, pertumbuhannya benar-benar merupakan suatu proses organis dan tidak disadari. Proses itu ditentukan oleh gagasan mengenai hak dan keadilan atau gagasan mengenai kebebasan yang terwujud dalam pengelolaan keadilan oleh manusia atau dalam bekerjanya hukum-hukum biologis dan psikologis atau dalam karakter ras yang mau tidak mau menghasilkan sistem hukum yang berlaku pada suatu waktu tertentu bagi masyarakat yang bersangkutan.⁵²

Kesepuluh, sekali lagi, hukum dipandang sebagai sistem prinsip yang ditemukan secara filosofis dan dikembangkan secara perinci melalui tulisan yuristik dan putusan pengadilan. Sistem prinsip tersebut digunakan untuk mengukur kehidupan lahiriah manusia melalui nalar atau dalam suatu fase yang lain digunakan untuk menyelaras-

⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 28.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Penganjur mazhab historis adalah Frederich Carl von Savigny.

⁵¹ Surya Prakash Sinha, *Op. cit.*, hlm. 206.

⁵² Roscoe Pound III, *Loc. cit.*



kan kehendak manusia secara individual dengan kehendak manusia sesamanya. Cara berpikir semacam ini muncul pada abad XIX setelah teori hukum alam yang telah dianut selama dua abad ditinggalkan orang dan filsafat dikedepankan guna memberikan suatu kritik yang sistematis bagi pengembangan hukum secara mendetail.

Kesebelas, hukum dipandang sebagai seperangkat atau suatu sistem aturan yang dipaksakan kepada manusia dalam masyarakat oleh sekelompok kelas yang berkuasa baik secara sengaja atau tidak untuk meneguhkan kepentingan kelas yang berkuasa tersebut. Pandangan ini merupakan suatu pandangan dari segi ekonomi. Pandangan ini kemudian mengemuka dalam bentuk positivis-analitis yang menempatkan hukum sebagai perintah penguasa. Dasar perintah tersebut pada hakikatnya adalah kepentingan ekonomi dari kelas yang berkuasa.

Kedua belas, hukum dipandang sebagai suatu gagasan yang ditimbulkan dari prinsip-prinsip ekonomi dan sosial tentang tingkah laku manusia dalam masyarakat, ditemukan berdasarkan observasi, dinyatakan dalam petunjuk-petunjuk yang bekerja melalui pengalaman manusia mengenai apa yang dapat dilakukan dan tidak dapat dilakukan dalam pelaksanaan keadilan. Pandangan ini merupakan suatu pandangan akhir abad XIX ketika mulai dikemukakannya pandangan empiris yang didasarkan pada observasi sebagai ganti pandangan yang bersifat metafisis.

TUJUAN HUKUM DARI PERSPEKTIF ILMU SOSIAL

Kiranya pandangan kesebelas dan kedua belas di atas dengan berbagai bentuknya telah membuka perspektif ilmu sosial terhadap hukum. Bahkan hingga akhir abad XX pun Richard Posner, sebagai penganjur mazhab Chicago, menempatkan pertimbangan ekonomi dalam menganalisis hukum. Pandangan-pandangan itu menempatkan hukum dalam suatu posisi yang mengatur hubungan bersifat transaksional daripada relasional. Dalam hal semacam itu, hukum hanya ditujukan untuk mendapatkan efisiensi dalam suatu transaksi. Secara langsung atau tidak langsung, pandangan semacam itu masih dipengaruhi



oleh pandangan utilitarinisme. Akibatnya, pandangan-pandangan semacam itu meremehkan aspek eksistensial manusia dalam hidup bermasyarakat.

Salah satu aspek eksistensial manusia adalah terwujudnya rasa keadilan dalam hidup bermasyarakat. Dalam perspektif ilmu sosial, konsep keadilan masuk ke dalam bilangan filsafat. Berkenaan dengan hukum, dari sudut pandang ilmu sosial, menurut Lawrence Friedman, keadilan diartikan sebagai bagaimana hukum memperlakukan masyarakat dan bagaimana hukum mendistribusikan keuntungan dan biaya.⁵³ Selanjutnya Friedman, menyatakan bahwa setiap fungsi hukum baik secara umum atau spesifik bersifat alokatif.⁵⁴

Menurut Lawrence Friedman, hukum merupakan suatu produk tuntutan sosial. Dikemukakan olehnya bahwa individu atau kelompok yang mempunyai kepentingan tidaklah serta-merta berpaling kepada pranata hukum untuk mendesak tuntutan mereka.⁵⁵ Sebaliknya, mereka merumuskan kepentingan mereka dalam bentuk tuntutan. Suatu tuntutan datang dari suatu keyakinan atau keinginan mengenai sesuatu yang harus terjadi untuk mewujudkan kepentingan itu. Tuntutan-tuntutan semacam itulah yang menentukan isi hukum.

Sebenarnya, tuntutan-tuntutan semacam itu tidak bebas nilai. Menurut Erhard Blakenburg, nilai-nilai sosial ditentukan oleh moda produksi yang digunakan oleh organisasi sosioekonomis suatu masyarakat. Berburu dan mengumpulkan makanan termasuk menangkap ikan adalah moda, produksi yang paling awal dalam kehidupan bermasyarakat. Dalam masyarakat semacam itu, nilai persamaan merupakan sesuatu yang menonjol karena nilai tersebut merupakan suatu hasil dari perjuangan mereka sehingga dapat bertahan hidup. Untuk masyarakat dengan pola hidup berburu dan menangkap ikan, kebersamaan merupakan suatu kebutuhan sehingga nilai persamaan mempunyai arti penting untuk mendapatkan kebersamaan tersebut. De-

⁵³ Lawrence Friedman, *The Legal System*, New York: Russel Sage Foundation, 1975 (Lawrence Friedman II), hlm. 20.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*



ngan membawa nilai persamaan, hukum dirancang untuk memberi alasan dalam mendistribusikan makanan dan mempertahankan kebebasan dalam mereka memperoleh akses ke padang buruan dan area penangkapan ikan.⁵⁶

Setelah pola berburu dan mengumpulkan makanan, pola selanjutnya adalah agraris. Pada suatu masyarakat agraris, modal produksi masyarakat bergantung kepada tanah dan tanaman. Masyarakat tidak lagi nomad, melainkan menghuni suatu area yang ditentukan. Di samping itu, tanaman harus diatur sedemikian rupa sehingga mendatangkan keuntungan bagi setiap anggota masyarakat. Dalam situasi seperti itu, hukum ditujukan untuk menetapkan hak milik, mengamankan apa yang penting untuk tanaman pada masa depan, dan menciptakan sistem penyimpanan yang diperlukan guna mengamankan makanan sampai musim panen selanjutnya.⁵⁷

Blakenburg menyatakan bahwa berdasarkan catatan sejarah, modal produksi yang digunakan oleh masyarakat yang lebih dahulu masih digunakan dan digunakan secara bersama-sama dengan modal produksi yang baru. Lebih jauh ia mengemukakan bahwa melalui penelusuran korelasi antara modal produksi dan bentuk hukum dapat ditemukan bahwa bentuk hukum yang baru acap kali menambah bentuk hukum yang sudah ada tanpa perlu mengganti hukum yang lama itu.⁵⁸ Apa yang dikemukakan oleh Blakenburg tersebut ada benarnya. Tidak dapat disangkal, bahwa nilai sosial yang timbul dari masyarakat dengan pola hidup berburu dan menangkap ikan dapat diterima dalam suatu masyarakat agraris. Konsekuensinya, hukum yang mengusung nilai sosial yang lama dapat diterima oleh masyarakat dengan pola hidup yang lebih baru. Hal itu memang dapat terjadi apabila nilai sosial itu bukan merupakan sesuatu yang esensial dalam pola masyarakat yang baru. Apabila nilai sosial itu esensial dan terpisah dari modal produksi tersebut, nilai sosial itu tidak akan dapat diterima

⁵⁶ Erhard Blakenburg, "The Poverty of Evolutionism", *Law & Society Review*, Volume 18, Number 2, 1984, hlm. 282-283.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*



oleh masyarakat dengan pola kehidupan yang baru mana-kala modal produksi berubah. Oleh karena itulah, aturan hukum yang berisi nilai lama diganti dengan aturan hukum baru yang mencerminkan modal produksi baru. Di samping itu, bukan tidak mungkin terdapat beberapa aturan hukum yang berlaku bagi masyarakat dengan modal produksi sebelumnya masih dipertahankan oleh masyarakat dengan modal produksi yang baru, tetapi ke dalam aturan-aturan hukum seperti itu dimasukkan nilai-nilai sosial baru yang dikembangkan berdasarkan modal produksi yang baru. Oleh karena itulah, tujuan hukum yang hendak dicapai berbeda dengan tujuan hukum ketika masih diisi oleh nilai-nilai lama.

Sejak dilancarkannya revolusi industri, modal produksi berganti ke industri. Dalam studi ilmu sosial, masyarakat industri disebut juga masyarakat modern. Menurut Max Weber, masyarakat modern merupakan suatu masyarakat yang rasional. Pada masyarakat demikian, efisiensi dan produktivitas mempunyai nilai yang tinggi.⁵⁹ Pandangan yang tepat untuk masyarakat seperti itu adalah pandangan *utility* yang dikemukakan oleh Jeremy Bentham. Ia mengemukakan bahwa, “*the public good ought to be the object of legislator; general utility should be the foundation of reasoning.*” Ia mengemukakan lebih lanjut bahwa hukum harus ditujukan untuk menciptakan kebahagiaan terbesar bagi sebanyak mungkin orang.⁶⁰ *Utility* yang ia maksudkan dalam hal ini adalah *utility* yang bersifat umum.⁶¹ Ia membangun prinsip *utility* tersebut untuk menjawab tuntutan sosial yang timbul dari revolusi industri.⁶²

Memang benar, industri dan bisnis memerlukan tingkat rasionalitas yang tinggi. Konsekuensinya, hukum harus didasarkan atas prinsip rasional. Mengingat pandangan *utility* merupakan anak revolusi industri, tidak dapat disangkal bahwa pandangan *utility* memancarkan semangat kapitalisme. Pada periode awal kapitalisme, hukum secara

⁵⁹ Lawrence Friedman II, *Op. cit.*, hlm. 205.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*



esensial bersifat formalistis. Aturan hukum yang dibuat oleh penguasa menetapkan tingkah laku individu dalam mengejar kepentingannya. Kerangka hukum harus dibuat yang di dalamnya berisi nilai-nilai substantif yang ditetapkan oleh mereka yang berkepentingan. Aturan hukum menetapkan batas-batas tindakan individu dalam hidup bermasyarakat. Hukum dalam hal ini ditujukan untuk memobilisasi dan mengalokasikan sumber-sumber daya alam yang diperlukan dalam ekonomi pasar.

Selanjutnya datanglah periode negara kesejahteraan.⁶³ Pada periode ini, pandangan *utility* tidak lagi dapat diterapkan. Hukum dalam tahap perkembangan ekonomi saat itu digunakan sebagai suatu instrumen intervensi pemerintah dalam mencapai tujuannya. Hal ini merupakan jawaban terhadap kebutuhan regulasi ekonomi dan aktivitas sosial karena adanya ketimpangan dalam hidup bermasyarakat. Dengan menetapkan preskripsi-preskripsi yang bersifat substantif, hukum secara langsung mengatur tingkah laku dalam hidup bermasyarakat dan bukan memberikan kebebasan kepada individu. Seiring dengan perubahan bentuk kehidupan bernegara tersebut, tujuan hukum bukan lagi memobilisasi dan mengalokasikan sumber-sumber daya alam, melainkan diserahkan kepada pemerintah untuk apa hukum itu dalam kerangka negara kesejahteraan. Hukum menjadi semakin penting bagi negara untuk memodifikasi struktur tingkah laku yang ditentukan oleh pola ekonomi pasar. Melalui hukum, pemerintah dapat menetapkan tujuan, menentukan tingkah laku konkret yang boleh dilakukan oleh individu, dan mengimplementasikan program-programnya. Dalam periode perkembangan ekonomi semacam ini, kiranya pandangan Roscoe Pound bahwa *law as a tool of social engineering* mungkin relevan.

Pada saat ini kebijakan deregulasi diambil oleh setiap negara de-

⁶³ Negara kesejahteraan lahir akibat adanya *the great depression* pada 1929 yang melanda negara-negara Barat yang menganut *laissez faire*. Pada 1930-an John Maynard Keynes, ekonom dari Inggris, menganjurkan bahwa pemerintah dapat mencampuri kegiatan ekonomi apabila diperlukan dengan tujuan menyejahterakan rakyat. Dari pandangan Keynes inilah kemudian muncul konsep negara kesejahteraan.



ngan berbagai tingkat perkembangan ekonomi.⁶⁴ Oleh karena itulah, hukum bukan lagi merupakan instrumen untuk mempertahankan konsep negara kesejahteraan. Akan tetapi, dengan merujuk kembali kepada pandangan Blakenburg, beberapa aturan hukum yang dibuat dalam semangat kapitalisme mula-mula dan aturan-aturan hukum yang dihasilkan pada era negara kesejahteraan bukan tidak mungkin masih dapat diberlakukan pada tahap perkembangan ekonomi saat ini. Perlu dikemukakan di sini bahwa pada tahap perkembangan ekonomi saat ini, modal produksi yang digunakan oleh masyarakat adalah modal produksi yang digunakan sejak revolusi industri. Oleh karena itu, nilai esensialnya tetap sama. Lalu, yang berbeda adalah pengelolaan modal produksi tersebut. Perubahan pengelolaan modal produksi mengubah orientasi organisasi sosial ekonomi yang selanjutnya menghasilkan transformasi karakteristik hukum.

Pada saat ini hampir setiap buku tentang *jurisprudence* memuat pandangan Richard A. Posner yang secara tegas memperkenalkan pendekatan ekonomi terhadap hukum. Namun, Posner sendiri mengakui bahwa *Coase Theorem* yang dikemukakan oleh Ronald Coase pada 1960-an telah membuka lahan yang luas dalam wilayah doktrin hukum untuk analisis ekonomi terhadap hukum. Pada saat itu Coase mengemukakan kerangka pemikiran dalam menganalisis secara ekonomis pemberian hak dan kewajiban atas harta kekayaan. Dalam hal ini Coase menyarankan bahwa hukum Inggris mengenai penggunaan hak atas harta kekayaan yang merugikan orang lain (*law of nuisance*) secara implisit mengandung logika ekonomi.⁶⁵ Para penulis yang lebih kemudian menggeneralisasi pandangan ini dan berargumentasi bahwa beberapa doktrin dan lembaga dalam suatu sistem hukum paling tepat dipahami dan dijelaskan sebagai usaha untuk meningkatkan alokasi sumber daya secara efisien. Gagasan inilah yang menjadi tema sentral

⁶⁴ Republik Rakyat Tiongkok sejak 10 November 2001 telah menjadi anggota World Trade Organization. Salah satu persyaratan untuk dapat diterima menjadi anggota WTO adalah melakukan deregulasi terhadap beberapa sektor industri yang memungkinkan modal asing masuk ke negeri itu.

⁶⁵ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown and Company, 1992, hlm. 22.



Posner dalam menulis bukunya yang berjudul *Economic Analysis of Law*.⁶⁶

Posner sendiri mengakui bahwa pendekatan yang dikemukakan-nya menuai kritik, yaitu mengabaikan keadilan.⁶⁷ Ia mencoba untuk menangkai kritik ini dengan mengemukakan dua pengertian keadilan, yaitu keadilan distributif dan efisiensi. Sebenarnya, kalau keadilan dilihat dari sudut pandang ekonomi, keadilan memang dikaitkan dengan keadilan distributif, yaitu adanya ketidaksamaan pendapatan manusia didasarkan atas prinsip proporsionalitas.⁶⁸ Adapun mengenai efisiensi, ia mengemukakan bahwa dalam dunia yang langka sumber daya, pemborosan merupakan suatu perbuatan tidak bermoral.⁶⁹

Selanjutnya, ia juga mengakui bahwa pengertian keadilan lebih dari sekadar berkaitan dengan efisiensi. Ia memberikan contoh beberapa perbuatan yang efisien tetapi bertentangan dengan keadilan, misalnya membolehkan adanya diskriminasi rasial, agama, atau gender, memaksa orang untuk memberikan kesaksian yang menyebabkan ia sendiri menjadi tersangka perbuatan pidana, menjual bayi untuk diadopsi, memberi kesempatan kepada narapidana untuk memilih apakah dipenjara atau mengikuti eksperimen medis yang berbahaya, dan lain-lain. Di dalam bukunya *Economic Analysis of Law*, ia berusaha untuk menerangkan dilarangnya perbuatan-perbuatan semacam itu dari segi ekonomi tetapi ia mengakui sebagian besar tidak dapat dilakukan. Namun demikian, ia menambahkan bahwa sudut pandang ekonomi dapat memberikan klarifikasi nilai dengan menunjukkan apa yang harus dikorbankan untuk mencapai suatu cita keadilan yang tidak bersifat ekonomis. Akhirnya, ia berpendapat bahwa tuntutan akan keadilan tidak bebas dari biaya.⁷⁰

Pendekatan ekonomi terhadap hukum yang dikemukakan oleh Richard A. Posner ini, sebagaimana pendekatan dari perspektif ilmu

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 27.

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 461-462.

⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 27.

⁷⁰ *Ibid.*



sosial lainnya, mengabaikan aspek eksistensial manusia. Pendekatan tersebut hanya memandang manusia dari aspek fisik semata-mata. Oleh karena itulah, dalam perspektif ilmu sosial hukum hanya ditunjukkan dalam pemenuhan kebutuhan aspek fisik manusia saja. Tujuan hukum bukan sekadar berkaitan dengan aspek fisik, melainkan dan lebih-lebih harus mempertimbangkan aspek eksistensial manusia.

MORAL SEBAGAI LANDASAN TUJUAN HUKUM

Di dalam Bab 2 telah dikemukakan bahwa keberadaan hukum tidak dapat dilepaskan dari kenyataan bahwa hidup bermasyarakat merupakan modus *survival* bagi manusia. Adapun dalam hidup bermasyarakat manusia terdapat dua aspek, yaitu aspek fisik dan aspek eksistensial. Oleh karena itu, hukum harus ditujukan untuk memenuhi baik kebutuhan aspek fisik maupun aspek eksistensial manusia dalam hidup bermasyarakat.

Dalam banyak literatur dikemukakan bahwa tujuan hukum atau cita hukum tidak lain daripada keadilan. Gustav Radbruch, di antaranya menyatakan bahwa cita hukum tidak lain daripada keadilan.⁷¹ Selanjutnya ia menyatakan, “*Est autem jus a justitia, sicut a matre sua ergo prius fuit justitia quam jus.*”⁷² Menurut Ulpianus *Justitia est perpetua et constans voluntas jus suum cuique tribuendi* yang kalau diterjemahkan secara bebas keadilan adalah suatu keinginan yang terus-menerus dan tetap untuk memberikan kepada orang apa yang menjadi haknya.

Esensi keadilan, dengan demikian, berpangkal pada moral manusia yang sebagaimana dikemukakan pada Bab 2 telah mewujudkan rasa cinta kasih dan sikap kebersamaan. Dan, yang pertama kali mengemukakan moral sebagai dasar aturan hukum adalah Thomas Aquinas. Thomas Aquinas telah mengkristenkan pandangan Aristoteles. Menurut Aristoteles, manusia secara alamiah berorientasi kepada

⁷¹ Kurt Wilk, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Cambridge: Harvard University Press, 1950, hlm. 73.

⁷² Terjemahannya: Akan tetapi hukum berasal dari keadilan seperti lahir dari kandungan ibunya; oleh karena itu, keadilan telah ada sebelum adanya hukum.



tujuan tertentu. Tujuan manusia adalah mendapatkan kebahagiaan. Oleh Aristoteles dikemukakan bahwa kebahagiaan dapat dicapai oleh manusia dengan memenuhi kodratnya sebagai manusia. Dalam hal demikian inilah Aristoteles mengemukakan adanya moralitas alamiah. Berpegang kepada pandangan Aristoteles inilah Thomas Aquinas menyatakan bahwa manusia tidak dapat mengingkari keberadaan tubuhnya. Tubuh inilah yang memicu adanya tindakan, keinginan, dan hawa nafsu. Melalui pancaindranya, manusia dapat melihat, meraba, mendengar, mencium, dan merasa sehingga manusia tertarik kepada keinginan-keinginan yang menyenangkan dan membenci keinginan-keinginan yang tidak menyenangkan.

Menurut Thomas Aquinas, binatang berada dalam kendali kedua keinginan itu; sedangkan manusia, melalui kekuatan kemauan dan pikiran yang dimilikinya, dapat melepaskan diri dari kendali-kendali tersebut. Daya intelektual manusia dapat memberikan peringkat terhadap makna mengenai apa yang dimiliki oleh manusia. Kekayaan, kesenangan, kekuasaan, dan pengetahuan merupakan objek keinginan yang dapat dimiliki oleh manusia. Tetapi, semua itu tidak dapat menghasilkan kebahagiaan manusia yang terdalam. Hal itu tidak memiliki karakter kebaikan yang bersifat universal yang dicari oleh manusia. Aquinas percaya bahwa kebaikan yang universal itu tidak dapat ditemukan pada ciptaan, melainkan pada Allah, sang Pencipta.⁷³

Manusia memiliki hawa nafsu, selera, keinginan, dan pikiran yang berpadu sedemikian rupa sehingga ia dapat melakukan pilihan moral dalam membangun perjalanan hidupnya. Manusia membangun kehidupannya berdasarkan tindakannya yang bebas. Jika determinisme secara fisik menguasai manusia, manusia tidak akan bertindak bebas. Konsekuensinya, moralitas juga tidak ada. Kebebasan merupakan suatu syarat yang mutlak bagi suatu tindakan yang dianggap bermoral. Aquinas menyatakan bahwa suatu tindakan adalah suatu tindakan manusiawi kalau tindakan itu merupakan tindakan yang didasarkan

⁷³ Wayne Morrison, *Op. cit.*, hlm. 67.



atas kebebasan.⁷⁴ Kebebasan membawa serta pengetahuan mengenai berbagai alternatif dan kemampuan untuk memilih di antara alternatif itu. Tindakan untuk menjatuhkan pilihan yang tepat dari alternatif-alternatif itu mencerminkan keluhuran moral. Pilihan dikatakan merupakan pilihan yang tepat apabila alternatif yang dipilih itu bukan merupakan sesuatu yang ekstrem. Moral yang luhur dapat terjadi karena adanya kendali terhadap hawa nafsu melalui pendayagunaan kehendak dan pikiran. Secara alamiah terdapat beberapa moral yang luhur, yaitu keberanian, pengekangan diri, keadilan dan kehati-hatian ditambah dengan pengetahuan manusia tentang hukum alam dan hukum moral.

Dasar kewajiban moral yang terutama ditemukan dalam hakikat manusia yang mendasar. Pada diri manusia terdapat berbagai hal yang harus dilakukan, seperti kebutuhan untuk mempertahankan hidupnya dan untuk melanjutkan keturunan. Di samping itu, mengingat manusia bersifat rasional, kebutuhan itu juga ditujukan untuk mencari kebenaran. Kebenaran secara moral yang mendasar adalah perintah kepada diri sendiri tentang “perbuatlah apa yang baik dan hindari apa yang jahat”. Lalu, perlu dipersoalkan “apa yang baik dan apa yang jahat” itu. Apakah ukuran untuk menentukan baik atau jahat itu? Untuk menjawab masalah ini Thomas Aquinas merujuk kepada hukum alam. Apabila keadaan manusia dianalisis, beberapa hal ternyata bersesuaian dengan nalar manusia. *Pertama*, manusia mempunyai kewajiban alamiah untuk mempertahankan hidup dan kesehatannya. Oleh karena itu, bunuh diri dan hidup sembrono tanpa memedulikan kesehatan bertentangan dengan kewajiban alamiah manusia. Dengan demikian, bunuh diri dan hidup sembrono merupakan hal-hal yang jahat yang harus dihindari. *Kedua*, kebutuhan alamiah manusia untuk melanjutkan keturunan yaitu membesarkan dan mendidik anak merupakan keharusan yang fundamental bagi kesatuan suami istri. Oleh karena itu, apabila manusia hanya melakukan hubungan seksual tanpa harus menjadi suami istri hal itu bertentangan dengan keadaan alamiah

⁷⁴ *Ibid.*



manusia. *Ketiga*, manusia yang berusaha mencari kebenaran, ia akan menemukannya dalam suatu keharmonisan sosial dengan sesamanya. Oleh karena itulah, diperlukan adanya aturan hukum yang mengatur tingkah laku manusia agar tercipta keharmonisan sosial. Tidak dapat disangkal, bahwa ketiga hal tersebut bertalian dengan keadaan alamiah manusia. Hukum, dengan demikian, dibangun berdasarkan kemampuan nalar manusia mengidentifikasi tingkah laku yang benar dilihat dari keadaan alamiah manusia, yaitu setelah mempertimbangkan kecenderungan alamiah manusia terhadap pola tingkah laku yang spesifik.

Menurut Thomas Aquinas, hukum terutama berkaitan dengan kewajiban yang diletakkan oleh nalar. Hukum meliputi kekuasaan dan kekuasaan inilah yang memberikan kewajiban. Akan tetapi, di belakang kekuasaan ini berdiri nalar. Dalam hal demikian bukan apa pun yang menyenangkan penguasa mempunyai kekuatan hukum. Hukum harus berisi aturan yang menggerakkan manusia untuk bertindak benar. Penguasa melalui hukum positif dapat memberi perintah yang bukan-bukan atau memaksa orang melakukan perbuatan yang tidak benar, tetapi hukum positif bekerja tidak sesuai dengan hakikat alamiah hukum. Hukum alam ditentukan oleh nalar manusia. Mengingat Allah menciptakan segala sesuatu, hakikat alamiah manusia dan hukum alam paling tepat dipahami sebagai produk kebijaksanaan atau pikiran Allah.⁷⁵

Sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Thomas Aquinas adalah pandangan Lon L. Fuller. Oleh Fuller dikatakan bahwa masalah moralitas merupakan bagian dari hukum alam.⁷⁶ Hanya saja aturan-aturan itu tetap membumi. Memang, kata “moral” sering dikaitkan dengan keadaan batin seseorang, seperti budi pekerti luhur, keramahan, atau ketaatan dalam menjalankan kewajiban agama dan semua sikap yang mempunyai kemaslahatan untuk masyarakat dan diri sendiri. Tidak berzinah, tidak suka memfitnah, tidak berkata dusta,

⁷⁵ Wayne Morrison, *Op. cit.*, hlm. 68.

⁷⁶ Lon L. Fuller, *Op. cit.*, hlm. 96.



suka memberi, bermurah hati, dan suka menolong dalam kesesakan adalah tindakan-tindakan moral. Namun, sikap semacam itu adalah ideal. Hukum tidak mampu menjangkau hal-hal semacam itu. Hukum bukan suatu lembaga untuk membuat seseorang menjadi bersifat seperti malaikat. Namun hukum dapat menjaga kehidupan masyarakat dari gangguan tindakan manusia yang berhati setan. Setan memang datang untuk membunuh dan membinasakan. Hukum diciptakan untuk menjaga fungsi eksistensial kehidupan bermasyarakat dari tindakan manusia atau sekelompok manusia lain yang berusaha merusak eksistensi itu. Oleh karena itu, moral dalam hal ini merupakan sesuatu yang bersifat operasional.

Dalam perbincangan mengenai tujuan hukum yang harus didasarkan atas moral ini, Fuller memberikan contoh kasus Dr. Bonham. Kasus itu bermula dari diberinya *Royal College of Physician* kekuasaan yang besar oleh Raja Henry VIII untuk menerbitkan izin dan mengatur praktik kedokteran di London. *College* tersebut diberi hak untuk mengadili pelanggaran terhadap aturan yang ditetapkannya dan menjatuhkan denda atau pemenjaraan. Apabila ada yang dikenai denda, separuh dari denda itu disetor kepada raja dan separuhnya diambil oleh *College* itu sendiri. Thomas Bonham, seorang dokter dari Universitas Cambridge berpraktik di London tanpa surat izin dari *College*. Ia didenda dan dipenjara. Ia lalu mengajukan gugatan. Dalam putusan-nya, Hakim Coke mengemukakan argumentasi sebagai berikut:⁷⁷

*The censors [of the Royal College] cannot be judges, ministers and parties; judges to give sentence or judgment; minister to make summons; and parties to have the moiety of the forfeiture, quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem suæ rai esse judicem;*⁷⁸ *and one cannot be Judge and attorney for any of the parties. ... And it appears in our books, that in many cases, the common law will countroul (sic) Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to*

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 100.

⁷⁸ Terjemahannya kira-kira: “sebab orang seharusnya tidak boleh menjadi hakim untuk kepentingan dirinya sendiri, bahkan merupakan suatu hal yang merugikan kalau ada orang yang membuat tuduhan untuk kepentingannya sendiri.



be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul (sic) it, and adjudge such Act to be void.

Lon Fuller menyatakan bahwa pada saat ini argumentasi yang dikemukakan oleh Hakim Coke ini dipandang sebagai pandangan yang benar-benar murni hukum alam.⁷⁹ Pernyataan Lon Fuller ini dapat dipahami karena ketika argumentasi itu dikemukakan oleh Hakim Coke, di Inggris masih kuat pandangan mengenai supremasi parlemen, sehingga ada ungkapan bahwa parlemen dapat berbuat apa saja kecuali mengubah matahari untuk terbit dari barat dan terbenam di sebelah timur. Dengan berargumentasi semacam itu, Coke dan rekannya yang mengadili perkara itu berjuang untuk menciptakan iklim imparsialitas dalam dunia peradilan.

Tidak dapat dipungkiri bahwa argumentasi yang dikemukakan oleh Coke ini inspirasi adanya *judicial review* di Amerika Serikat. Hanya saja *judicial review* merupakan tindakan setiap pengadilan untuk menyatakan tidak sah ketentuan undang-undang yang dianggap bertentangan dengan Konstitusi Amerika Serikat. Akan tetapi, Lon L. Fuller mengkualifikasi beberapa ketentuan Konstitusi Amerika Serikat bersifat tidak menggigit dan tidak lengkap. Hal ini menurutnya, perlu adanya interpretasi untuk mengisi kekosongan makna ketentuan itu.⁸⁰ Ia menganjurkan bahwa gagasan ini paling tepat ditempatkan di dalam jangkauan hukum yang berkaitan dengan konstitusi. Di dalam area ini, interpretasi dapat beranjak secara bebas dari kata-kata yang secara eksplisit tertuang di dalam konstitusi namun diyakini benar-benar bahwa kata-kata itu memang secara implisit dimaksudkan untuk penyelenggaraan pemerintahan secara keseluruhan. Sebagai contoh, menurut Fuller, di dalam konstitusi, tidak ada larangan untuk membuat undang-undang yang kabur dan tidak jelas. Akan tetapi, Fuller meragukan apabila ada orang yang memandang bahwa pengadilan telah melampaui kewenangannya dalam hal pengadilan itu berpenda-

⁷⁹ Lon L. Fuller, *Loc. cit.*

⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 102.



pat adanya suatu ketentuan pidana yang melanggar *due process of law*. Menurut Fuller seharusnya ketentuan itu memberi alasan yang masuk akal dan jelas mengapa adanya larangan itu.⁸¹ Apa yang dikemukakan oleh Fuller tersebut sebenarnya lebih dari sekadar *judicial review* karena bukan menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, melainkan menguji ketentuan undang-undang terhadap moral.

Ronald M. Dworkin melakukan hal yang serupa dengan Lon L. Fuller. Karya Dworkin adalah untuk mempertahankan cita *fairness*, *due process of law*, dan hak individual sebagai dasar untuk legalitas.⁸² Menurut Dworkin, hakim terikat oleh prinsip moral dan harus memutuskan sengketa dengan mengakui hak institusional seseorang, tetapi legislator melakukan tugasnya secara tepat ketika mereka mengimplementasikan kebijakan dari berbagai jenis.⁸³ Dworkin kemudian mengembangkan metode interpretasi atau hermeneutik.

Baik yang dikemukakan oleh Fuller maupun Dworkin dapat dipahami karena mereka berangkat dari alam pikiran *common law system* yang mengandalkan *case law* atau yurisprudensi. Berbeda halnya dengan alam pikiran *civil law system* yang menempatkan undang-undang sebagai sumber hukum yang pertama. Saya tidak sependapat dengan Dworkin yang membedakan dasar filosofis yang melandasi tugas hakim dan legislator. Apabila dicermati, menurut Dworkin dasar pemikiran yang melandasi legislator adalah pragmatisme. Hal itu terungkap dari ucapannya bahwa, “tetapi legislator melakukan tugasnya secara tepat ketika mereka mengimplementasikan kebijakan dari berbagai jenis.” Dalam hal ini prinsip moral tidak disinggung. Prinsip moral baru untuk hakim. Saya berpendapat bahwa prinsip moral sudah harus diadopsi pada saat pembuatan undang-undang. Filosofi yang melandasi undang-undang bukan pragmatisme maupun utilitarianisme.

Undang-undang harus dapat mencerminkan prinsip moral dalam kerangka fungsi eksistensial manusia. Dalam hal demikian, undang-

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Wayne Morrison, *Op. cit.*, hlm. 415.

⁸³ Thomas Morawetz, *Op. cit.*, hlm. 123.



undang atau hukum secara keseluruhan tidak mungkin dibuat bertentangan dengan hakikat kemanusiaan. Ini berarti hukum juga tidak dapat memaksa manusia untuk berbuat baik melebihi kapasitasnya sebagai manusia, misalnya menetapkan bahwa setiap orang yang memenuhi syarat wajib memberikan donor matanya kepada pemimpin yang terpilih, tetapi dalam keadaan buta atau didiagnosis akan mengalami kebutaan. Ketentuan hukum demikian jelas bertentangan dengan moral manusia secara normal sehingga tidak mempunyai kekuatan.

DAMAI SEJAHTERA SEBAGAI TUJUAN HUKUM

Sejak Thomas Hobbes mengemukakan bahwa tujuan hukum adalah untuk menciptakan ketertiban sosial, sejak itu pula ketertiban dipandang sebagai sesuatu yang mutlak harus diciptakan oleh hukum. Pandangan demikian tidak tepat sebab yang dimaksudkan keadaan tidak kacau balau sebenarnya bukannya tertib (*order*), melainkan damai sejahtera (*peace*). Hal itu terbukti dari bagian akhir Kode Hammurabi yang hidup ± 2000 tahun SM yang diterjemahkan sebagai berikut:⁸⁴

... in my bosom I have carried the people of the land of Shumer and Accad, they have become abundantly rich under my guardian spirit, I bear their charge in peace and by my profound wisdom I protect them. That the strong may not oppress the weak and so to give justice to the orphan and the widow, I have inscribed my precious words on my monument...

Dari kutipan itu jelas bahwa di dalam keadaan damai sejahtera (*peace*) terdapat kelimpahan, yang kuat tidak menindas yang lemah, yang berhak benar-benar mendapatkan haknya, dan adanya perlindungan hukum bagi rakyat. Tetapi, yang dikemukakan itu agaknya terlalu dilebih-lebihkan. Dalam suatu masyarakat sekecil apa pun dan dalam keadaan berlimpah sekalipun, masih saja terdapat perbedaan dan perbedaan itu bukan tidak mungkin mengarah kepada perselisihan. Hanya saja perbedaan itu dikelola sedemikian rupa sehingga harmoni

⁸⁴ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 11.



tetap dijaga dan perselisihan diselesaikan dengan mempertimbangkan keadaan masing-masing pihak. Sebagaimana dalam paduan suara terdapat suara sopran, alto, tenor, bariton, dan bas yang walaupun berbeda-beda apabila diaransemen secara tepat akan menjadi suatu bunyi yang indah, demikian juga perbedaan-perbedaan dalam masyarakat tak mungkin dihilangkan, melainkan ditata sedemikian rupa sehingga menjadi suatu kesatuan yang elok.

Hal itu berbeda dengan situasi yang tertib (*order*). Tertib mempunyai makna tidak kacau. Situasi semacam itu dapat dicapai meskipun di dalamnya terdapat penindasan oleh yang kuat terhadap yang lemah atau adanya ketidakseimbangan perlindungan. Dalam situasi yang tertib mungkin secara agregat masyarakat itu makmur, tetapi kemakmuran itu tidak dinikmati secara seimbang oleh setiap individu yang menjadi warga masyarakat itu. Di dalam kehidupan bermasyarakat semacam itu mungkin sekali terdapat kesenjangan. Sebaliknya, dalam situasi damai sejahtera, perbedaan selalu ada tetapi tidak sampai menimbulkan kesenjangan. Demikian juga, dalam suasana yang tertib, tidak dimungkinkan adanya perbedaan pendapat karena hal itu akan mengganggu ketertiban. Dalam situasi damai sejahtera, perbedaan pendapat diarahkan kepada pencapaian kualitas kehidupan yang lebih tinggi bukan dipadamkan. Oleh karena itu, dalam suatu masyarakat yang membutuhkan ketertiban, pemerintah akan bersikap represif dan otoriter.

Hukum harus dapat menciptakan damai sejahtera, bukan ketertiban. Damai sejahtera inilah yang merupakan tujuan hukum. Dalam situasi damai sejahtera hukum melindungi kepentingan manusia baik secara materiel maupun imateriel dari perbuatan-perbuatan yang merugikan. Mengenai kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat, Roscoe Pound membedakan antara kepentingan pribadi, kepentingan publik, dan kepentingan sosial. Kepentingan pribadi berupa keinginan seseorang mengenai hal-hal yang bersifat pribadi, misalnya perkawinan. Kepentingan publik bersangkutan paut dengan kehidupan kenegaraan, misalnya hak pilih dalam pemilihan umum.



Adapun kepentingan sosial menyangkut kehidupan sosial, misalnya pemeliharaan moral.⁸⁵ Berdasarkan apa yang dikemukakan oleh Roscoe Pound ini terlihat bahwa dalam menentukan kepentingan yang mana yang harus dilindungi oleh hukum, pertimbangan subjektif memegang peranan penting dengan mengingat faktor politik, ekonomi, sosial, dan agama. Oleh karena itulah, dapat dipahami kalau L.J. van Apeldoorn menyatakan bahwa usulan mengenai daftar kepentingan yang dilindungi tidak lain daripada usulan yang timbul dari agenda politik.⁸⁶ Tidak dapat disangkal bahwa penilaian subjektif mewarnai pertimbangan kepentingan apa yang harus diprioritaskan dan mana yang harus dikorbankan. Dalam memutuskan hal itu tidak terdapat suatu ukuran yang bersifat objektif.

Berdasarkan hal itu tidak dapat diterima pandangan Roscoe Pound yang menyatakan bahwa hukum sebagai sarana *social engineering*.⁸⁷ Pandangan Roscoe Pound tersebut menyamakan tugas pembentuk undang-undang dan yuris dengan insinyur. Alasan tidak dapat diterimanya pandangan ini adalah suatu kenyataan bahwa hubungan kemasyarakatan yang di dalamnya terdapat keinginan dan harapan tidak dapat dianalisis sebagai gejala alamiah. Di dalam hidup bermasyarakat terdapat kepentingan yang beraneka macam di antara kelompok manusia. Begitu juga di dalam kelompok itu terdapat berbagai macam keinginan dan kebutuhan yang bahkan acap kali tidak pasti, tidak dapat ditentukan secara tepat atau berubah-ubah sehingga perincian yang pasti tidak mungkin dapat dilakukan.

Akan tetapi, dalam suatu kelompok yang mempunyai pemimpin dapat dicapai kesepakatan sehingga harus diambil suatu pilihan mengenai jalan mana yang harus ditempuh dalam mencapai tujuan yang

⁸⁵ Edgar Bodenheimer, *Op. cit.*, hlm. 111.

⁸⁶ P. van Dijk, *Loc. cit.* Pada waktu kampanye pemilihan presiden periode pertamanya, Bill Clinton menjanjikan hak kaum gay dapat menjadi militer. Di sini terlihat bahwa kepentingan kaum gay menjadi agenda politik Bill Clinton dalam rangka memenangi pemilihan presiden.

⁸⁷ Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale University Press, 1975, hlm. 47.



diinginkan. Dalam hal ini tidak dapat disangkal bahwa pertimbangan subjektif meskipun bersifat kolektif memegang peranan menentukan. Dengan demikian, pengaturan hubungan kemasyarakatan bukan merupakan masalah teknik atau ilmu pasti.

Sulit diingkari adanya kenyataan bahwa kepentingan materiel dan imateriel manusia secara individual dan berbagai kelompok yang saling bertentangan akan mengarah kepada konflik yang terus-menerus apabila hukum tidak menengahnya. Dalam hal demikian, hukum harus berfungsi dalam mencapai tujuan damai sejahtera. Untuk menciptakan keadaan damai sejahtera tersebut, hukum mempertimbangkan kepentingan-kepentingan secara cermat dan menciptakan keseimbangan di antara kepentingan itu. Tujuan untuk mencapai damai sejahtera itu dapat terwujud apabila hukum sebanyak mungkin memberikan pengaturan yang adil, yaitu suatu pengaturan yang di dalamnya terdapat kepentingan-kepentingan yang dilindungi secara seimbang, sehingga setiap orang sebanyak mungkin memperoleh apa yang menjadi bagiannya.⁸⁸

Mengenai keadilan ini dapat dijumpai pada buku Aristoteles yang berjudul *Rhetorica*, yang oleh orang Romawi diterjemahkan dalam bahasa Latin *ius suum cuique tribuere* atau dalam bahasa Indonesia “setiap orang mendapatkan bagiannya.” Akan tetapi, keadilan tidak boleh disamakan dengan persamaan. Keadilan, tidak berarti setiap orang mendapatkan bagian yang sama.

Untuk menelaah lebih jelas tentang pengertian keadilan ini perlu kiranya dirujuk pandangan hukum alam klasik yang diajarkan oleh Thomas Aquinas. Dengan mengikuti pandangan Aristoteles, Thomas Aquinas mengemukakan dua macam keadilan, yaitu keadilan distributif (*iustitia distributiva*) dan keadilan komutatif (*iustitia commutativa*). Dua macam keadilan itu sebenarnya merupakan varian-varian persamaan, tetapi bukan persamaan itu sendiri.⁸⁹ Prinsip persamaan mengandung pengertian: “hal yang sama harus diperlakukan sama

⁸⁸ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 12.

⁸⁹ Sedangkan macam-macam keadilan lainnya, seperti keadilan korektif, keadilan legalis, dan lain-lain merupakan varian dari *iustitia distributiva* dan *iustitia commutativa*.



dan yang tidak sama harus diperlakukan tidak sama pula.” Tampaknya prinsip itu merupakan terjemahan yang keliru dari ajaran *ius suum cuique tribuere*, karena ajaran ini tidak berkaitan dengan masalah perlakuan. Ajaran mengenai keadilan dalam hal ini hanya bersangkut paut dengan apa yang menjadi hak seseorang dalam berhubungan dengan seseorang yang lain dan dalam hubungan dengan masyarakat.

Bentuk keadilan pertama, yaitu keadilan distributif, merujuk kepada adanya persamaan di antara manusia didasarkan atas prinsip proporsionalitas. Gustav Radbruch mengemukakan bahwa pada keadilan distributif terdapat hubungan yang bersifat superordinasi dan subordinasi artinya antara yang mempunyai wewenang untuk membagi dan yang mendapat bagian.⁹⁰ Untuk melaksanakan keadilan ini diperlukan adanya pihak yang membagi yang bersifat superordinasi terhadap lebih dari satu orang atau kelompok orang sebagai pihak yang menerima bagian yang sama-sama mempunyai kedudukan yang bersifat subordinasi terhadap yang membagi. Hal yang menjadi tolok ukur dalam prinsip proporsionalitas dalam kerangka keadilan distributif adalah jasa, prestasi, kebutuhan, dan fungsi. Dengan adanya dua orang atau kelompok orang yang berkedudukan sama sebagai subordinat terhadap pihak yang membagi dapat dilihat apakah yang membagi telah berlaku adil berdasarkan tolok ukur tersebut. Dalam dunia nyata, pihak yang membagi adalah negara dan yang mendapat bagian adalah rakyatnya. Berdasarkan pada pandangan ini, dilihat dari keadilan distributif adakah suatu negara telah membuat undang-undang yang bersandar pada tolok ukur tersebut, apakah tindakan pemerintah juga demikian dan pengadilan juga menjatuhkan putusan yang memerhatikan ukuran-ukuran itu.

Dengan berpegang kepada pandangan tersebut, Radbruch lebih jauh menyatakan bahwa prinsip keadilan distributif bukanlah berkaitan dengan siapa yang diperlakukan sama dan siapa yang diperlakukan tidak sama; persamaan atau ketidaksetaraan itu sebenarnya merupakan sesuatu yang telah terbentuk. Akhirnya, Radbruch menyatakan bahwa

⁹⁰ Kurt Wilk, *Op. cit.*, hlm. 74.



keadilan distributif hanya bersangkut paut dengan hubungan di antara manusia bukan jenis perlakuan terhadap manusia yang berbeda sehingga keadilan distributif tidak bersangkut paut dengan pemidanaan, misalnya apakah pencuri harus digantung dan pembunuh harus digilas sampai mati atau pencuri cukup didenda sedangkan pembunuh harus dipenjarakan.⁹¹

Bentuk kedua keadilan, yaitu keadilan komutatif, terdapat pada hubungan yang bersifat koordinatif di antara para pihak. Untuk melihat bekerjanya keadilan ini diperlukan adanya dua pihak yang mempunyai kedudukan sama. Contoh keadilan komutatif yang diberikan oleh Aristoteles adalah antara kerja dan upah dan antara kerugian dan ganti rugi. Mengenai keadilan komutatif ini, Thomas Aquinas mengungkapkan bahwa dalam hubungan antara dua orang yang bersifat koordinatif tersebut, persamaan diartikan sebagai ekuivalensi, harmoni, dan keseimbangan.⁹²

Meskipun Aristoteles menyatakan bahwa keadilan bukan persamaan bentuk-bentuk keadilan yang dikemukakan olehnya, yaitu keadilan distributif dan keadilan komutatif yang dielaborasi lebih lanjut oleh Thomas Aquinas dan Gustav Radbruch, mengindikasikan adanya persamaan. Hal ini sangat berbeda dengan konsep *suum cuique tribuere* yang artinya memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagiannya. Sebenarnya doktrin itu pertama kali dikemukakan oleh Ulpianus dan berbunyi: “*Iustitia est perpetua et constans voluntas ius suum cuique tribuendi*,” yang kalau diterjemahkan secara bebas keadilan adalah suatu keinginan yang terus-menerus dan tetap untuk memberikan kepada orang apa yang menjadi bagiannya. Jika konsep ini ditelaah, keadilan tidak harus berkonotasi dengan persamaan seperti pada keadilan distributif dan keadilan komutatif.

Dalam suatu kasus yang unik seperti *Riggs v Palmer* yang biasanya disebut kasus Elmer seperti yang dikemukakan oleh Dworkin, di situ terdapat keadilan. Di dalam kasus itu Elmer membunuh kakeknya

⁹¹ *Ibid.*, hlm. 75.

⁹² P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 496.



dengan cara meracuni orang tua itu karena ia curiga bahwa sang kakek akan mengubah testamen yang telah dibuatnya karena kakek tersebut kawin lagi. Di dalam testamen tersebut dinyatakan bahwa Elmer mewarisi sejumlah harta. Elmer kemudian dinyatakan bersalah dan dipidana penjara untuk jangka waktu tertentu. Anak-anak perempuan sang kakek yang masih hidup menggugat pengurus testamen atas dasar Elmer tidak layak untuk mewarisi harta ayah mereka karena membunuh si pembuat testamen. Di negara bagian New York tidak terdapat ketentuan, seperti Pasal 912 *Burgerlijk Wetboek* Indonesia yang berbunyi:

Orang yang dijatuhi hukuman karena telah membunuh pewaris, orang yang telah menggelapkan, memusnahkan atau memalsukan surat wasiat pewaris, atau orang yang dengan paksaan atau kekerasan telah menghalangi pewaris untuk mencabut atau mengubah surat wasiatnya, serta istri atau suaminya dan anak-anaknya, tidak boleh menikmati suatu keuntungan pun dari wasiat itu.

Dengan tidak adanya ketentuan semacam itu di negara bagian New York, dapat saja pengadilan itu memutuskan Elmer berhak atas harta yang tertuang di dalam surat wasiat itu. Apabila hal itu yang terjadi, berlakulah pandangan bahwa apabila tidak dilarang berarti dibolehkan. Namun, pengadilan New York berdasarkan suara mayoritas memutuskan bahwa Elmer tidak boleh menikmati harta yang diwasiatkan dalam testamen itu. Putusan pada kasus itu mencerminkan makna keadilan yang sebenarnya, tetapi bukan dalam arti *perpetua et constans voluntas ius suum cuique tribuendi*, melainkan dalam arti *suum cuique tribuere*, yaitu memberikan kepada orang apa yang menjadi bagiannya.

Dari putusan itu dapat diperoleh suatu pemikiran bahwa apabila sesuatu tidak dilarang bukan berarti bahwa sesuatu itu dibolehkan. Pengadilan New York telah memberikan bingkai untuk sesuatu yang tidak boleh dilakukan. Bingkai itu bukan berupa aturan hukum, melainkan berupa suatu nilai kepatutan. Nilai inilah yang dijadikan landasan pengadilan New York untuk melarang pembunuh pemberi testamen menikmati isi testamen yang menguntungkan pembunuh.

Suatu kasus sejenis juga dikemukakan oleh Dworkin adalah kasus



Henningsen v Bloomfield di negara bagian New Jersey. Dalam kasus itu, Henningsen membeli sebuah mobil berdasarkan suatu kontrak yang mengandung klausul bahwa tanggung gugat⁹³ produsen hanya sebatas memperbaiki bagian-bagian yang cacat dan selebihnya produsen tidak bertanggung gugat. Akan tetapi, kemudian terjadi kecelakaan dan ia menggugat produsen untuk minta biaya pengobatan meskipun ia tahu dalil untuk mengajukan gugatan itu tidak terdapat dalam klausul kontrak yang telah ia sepakati. Ternyata, pengadilan New Jersey mengabulkan gugatan Henningsen dan berpendapat bahwa berdasarkan keputusan, produsen mobil harus bertanggung gugat atas cacat mobil yang menyebabkan terjadinya kecelakaan.⁹⁴ Dari putusan itu, sekali lagi Dworkin menunjukkan bahwa keputusan lebih merupakan acuan daripada klausul-klausul yang secara formal tertuang di dalam kontrak.

Kiranya bukan tidak mungkin pemerintah juga mampu bertindak atas dasar keputusan. Sebagai contoh, dalam memberikan pertolongan kepada korban suatu bencana alam, seorang camat bukan tidak mungkin untuk memerintahkan pemberian bantuan kepada korban tanpa perlu melalui prosedur baku sesuai instruksi bupati; hal itu dilakukan karena tujuannya untuk memberikan kepada orang apa yang menjadi bagiannya meskipun dengan memberikan perintah tersebut secara administratif prosedural ia melanggar aturan hukum yang telah ditetapkan. Dalam hal demikian, yang dikedepankan adalah nilai keputusan bukan prosedural.

Dari kasus *Riggs v Palmer* dan *Henningsen v Bloomfield* dan tindakan organ administrasi dalam memberi bantuan korban bencana alam, nilai keputusan yang dalam bahasa Belanda disebut *billijkheid* atau bahasa Inggris *reasonableness* bersifat operasional dalam hidup bermasyarakat. Sebaliknya, keadilan masih bersifat abstrak. Oleh karena

⁹³ Istilah tanggung gugat merupakan terjemahan dari bahasa Inggris *liability* atau bahasa Belanda *aansprakelijkheid*. Adapun tanggung jawab adalah terjemahan bahasa Inggris *responsibility* atau bahasa Belanda *verantwoordelijkheid*. Untuk kasus perdata biasa digunakan tanggung gugat.

⁹⁴ J.G. Riddall, *Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 2005, hlm. 89.



itulah, keadilan harus diwujudkan dalam situasi yang konkret yaitu dalam alokasi kepentingan warga masyarakat sedemikian rupa melalui kepatutan, sehingga kehidupan masyarakat yang harmonis tetap dapat dipertahankan.

KEPASTIAN HUKUM

Tidak dapat disangkal bahwa putusan atas kasus *Henningsen v Bloomfield* dan tindakan organ administrasi dalam memberi bantuan korban bencana alam telah meremehkan ketentuan hukum yang ada. Di dalam hukum kontrak terdapat suatu prinsip bahwa perjanjian yang dibuat dengan iktikad baik mengikat para pembuatnya sebagaimana undang-undang. Apabila hal ini disimpangi oleh pengadilan berarti pengadilan telah menyimpangi sesuatu yang telah disepakati oleh para pihak sehingga mengancam kepastian hukum. Demikian pula halnya, dengan penyimpangan terhadap aturan yang dibuat oleh mereka yang berwenang membuat aturan menyebabkan adanya ketidakpastian hukum.

Merupakan suatu kenyataan bahwa dalam hidup bermasyarakat diperlukan aturan-aturan yang bersifat umum. Betapa pun setiap kepentingan yang ada di dalam masyarakat dipertimbangkan untuk dituangkan di dalam aturan yang bersifat umum agar kepentingan-kepentingan itu dilindungi dan sedemokratis apa pun kehidupan bernegara dan bermasyarakat suatu bangsa, tidaklah mungkin aturan-aturan itu dapat mengakomodasi semua kepentingan tersebut. Begitu pula dalam kehidupan nyata kasus-kasus yang unik jarang terjadi, yang terjadi adalah masalah-masalah umum yang timbul dari adanya kepentingan yang harus dilayani. Hal itu pun perlu dituangkan di dalam aturan yang bersifat umum juga. Pada masyarakat modern, aturan yang bersifat umum tempat dituangkannya perlindungan kepentingan-kepentingan itu adalah undang-undang.

Aturan hukum, baik berupa undang-undang maupun hukum tidak tertulis, dengan demikian, berisi aturan-aturan yang bersifat umum yang menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam



hidup bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan semacam itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum. Dengan demikian, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu *pertama*, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan; dan *kedua*, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu. Kepastian hukum bukan hanya berupa pasal-pasal dalam undang-undang, melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara putusan hakim yang satu dan putusan hakim lainnya untuk kasus serupa yang telah diputuskan.

Oleh Roscoe Pound dikatakan bahwa adanya kepastian hukum memungkinkan adanya *predictability*. Apa yang dikemukakan oleh Pound ini oleh Van Apeldoorn dianggap sejalan dengan apa yang diketengahkan oleh Oliver Wendell Holmes dengan pandangan realismenya. Holmes mengatakan, “*The prophecies of what the Courts will do in fact and nothing more pretentious are what I mean by law.*” Oleh Van Apeldoorn dikatakan bahwa pandangan tersebut kurang tepat karena pada kenyataannya hakim juga dapat memberi putusan yang lain dari apa yang diduga oleh pencari hukum.⁹⁵

Tetapi, pendapat Van Apeldoorn atas pandangan yang dikemukakan oleh Holmes juga mempunyai kelemahan. Memang benar hakim mempunyai kebebasan untuk menafsirkan peraturan hukum, memiliki diskresi bahkan bilamana perlu membuat hukum. Namun demikian, adanya peraturan untuk masalah yang konkret dapatlah dijadikan acuan dalam menyelesaikan perkara yang dihadapkan kepadanya. Bahkan putusan hakim yang dibuat bukan atas dasar peraturan, melainkan atas dasar nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dapat

⁹⁵ *Ibid.*, hlm. 110.



dijadikan landasan bagi hakim berikutnya dalam menghadapi kasus serupa.

Di negara-negara penganut *common law system*, dikenal doktrin *stare decisis* atau biasanya disebut asas preseden. Menurut doktrin ini, hakim yang kemudian wajib mengikuti putusan hakim terdahulu dalam perkara serupa. Kewajiban semacam itu tidak dikenal di negara-negara penganut *civil law system*. Dengan perkataan lain, negara-negara *civil law* tidak menganut doktrin *stare decisis*. Namun demikian, bukan berarti bahwa di negara-negara *civil law* tersebut tidak dikenal adanya preseden. Sebaliknya, di negara-negara tersebut tidak tertutup kemungkinan bagi para hakim untuk menggunakan preseden. Hanya saja digunakannya preseden tersebut bukan merupakan kewajiban.

Dalam menjaga kepastian hukum, peran pemerintah dan pengadilan sangat penting. Pemerintah tidak boleh menerbitkan aturan pelaksanaan yang tidak diatur oleh undang-undang atau bertentangan dengan undang-undang. Apabila hal itu terjadi, pengadilan harus menyatakan bahwa peraturan demikian batal demi hukum, artinya dianggap tidak pernah ada sehingga akibat yang terjadi karena adanya peraturan itu harus dipulihkan seperti sediakala. Akan tetapi, apabila pemerintah tetap tidak mau mencabut aturan yang telah dinyatakan batal itu, hal itu akan berubah menjadi masalah politik antara pemerintah dan pembentuk undang-undang. Lebih parah lagi apabila lembaga perwakilan rakyat sebagai pembentuk undang-undang tidak mempersoalkan keengganan pemerintah mencabut aturan yang dinyatakan batal oleh pengadilan tersebut. Sudah barang tentu hal semacam itu tidak memberikan kepastian hukum dan akibatnya hukum tidak mempunyai daya prediktibilitas.

Hal yang sama dapat juga terjadi pada pengadilan. Meskipun suatu negara bukan penganut doktrin *stare decisis*, dalam mengadili kasus serupa dengan kasus yang telah diputus oleh pengadilan sebelumnya, pengadilan perlu meneladani putusan hakim terdahulu. Apabila untuk kasus serupa terjadi perbedaan yang besar antara putusan pengadilan di kota tertentu dan putusan pengadilan di kota lainnya dalam kurun waktu yang tidak terlalu berbeda tetapi yang satu telah memiliki



kekuatan yang tetap, hal itu akan menimbulkan ketidakpastian hukum sebab masyarakat tidak tahu mana yang harus dirujuk manakala mereka berurusan dengan pengadilan. Apalagi kalau beberapa putusan Mahkamah Agung suatu negara berbeda satu terhadap lainnya secara antagonistis, baik dalam pertimbangan dan diktumnya untuk perkara serupa, hal itu membuat hukum tidak mempunyai kepastian dan daya prediktibilitas dan lebih jauh lagi masyarakat tidak memercayai lembaga pengadilan sebagai penerap hukum.

Akan tetapi baik di negara-negara *common law* maupun *civil law*, apabila hukum lebih mengarah kepada kepastian hukum, artinya itu semakin tegas dan tajam peraturan hukum, semakin terdesaklah keadilan. Akhirnya, bukan tidak mungkin terjadi *summum ius summa iniuria* yang kalau diterjemahkan secara bebas berarti keadilan tertinggi adalah ketidakadilan tertinggi. Dengan demikian, terdapat antinomi antara tuntutan keadilan dan tuntutan kepastian hukum.

ANTINOMI DALAM HUKUM

Memang, dalam literatur-literatur klasik dikemukakan antinomi antara kepastian hukum dan keadilan.⁹⁶ Menurut literatur-literatur tersebut, kedua hal itu tidak dapat diwujudkan sekaligus dalam situasi yang bersamaan. Oleh karena itulah, dalam hal ini menurut literatur-literatur itu hukum bersifat kompromi, yaitu dengan mengorbankan keadilan untuk mencapai kepastian hukum.⁹⁷

Dalam menghadapi antinomi tersebut peran penerap hukum sangat diperlukan. Peranan tersebut akan terlihat pada saat penerap hukum dihadapkan kepada persoalan yang konkret. Di situ, penerap hukum harus mampu untuk melakukan pilihan mana yang harus dikorbankan, kepastian hukum atautkah keadilan. Adapun yang menjadi acuan dalam hal ini adalah moral. Jika kepastian hukum yang dikedepankan, penerap hukum harus pandai-pandai memberikan

⁹⁶ Misalnya karya L.J. van Apeldoorn, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht* dan Gustav Radbruch, *Rechtsfilsufie*.

⁹⁷ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 15.



interpretasi terhadap undang-undang yang ada. Tanpa memberikan interpretasi yang tepat, akan berlaku *lex dura sed tamen scripta*, yang terjemahannya, “undang-undang memang keras, tetapi mau tidak mau memang demikian bunyinya.” Sebagaimana telah dikemukakan bahwa dalam hal melakukan tindakan kemanusiaan dan mempunyai kemaslahatan, pemerintah dapat melakukannya tanpa perlu adanya aturan atau bahkan mungkin menyimpangi prosedur baku. Dalam hal demikian kepastian hukum dapat dikorbankan. Begitu pula pengadilan, dengan berlandaskan moral ia dapat putusan yang berbeda untuk kasus serupa yang sudah diputus oleh pengadilan terdahulu jika pengadilan itu menimbang bahwa putusan pengadilan terdahulu tersebut secara moral perlu diperbaiki.

Betapa pun, tujuan hukum adalah untuk menciptakan damai sejahtera dalam hidup bermasyarakat. Oleh karena itulah, perlu dirujuk pandangan Ulpianus yang menyatakan: *iuris praecepta sunt haec honeste vivere, alterum non-lædere, suum cuique tribuere*, yang kalau diterjemahkan secara bebas artinya, “perintah hukum adalah hidup jujur, tidak merugikan sesama manusia, dan setiap orang mendapat bagiannya.” Akhirnya, dalam perbincangan mengenai tujuan hukum ini, perlu juga dikemukakan pendapat Bellefroid yang menyatakan:⁹⁸

Het recht beoogt de geestelijke, zedelijke en stoffelijke behoeften der gemeenschap op passende wijze te bevredigen of ook: de persoonlijkheid der mensen in het gemeenschapsleven te volmaken, d.w.z. de gemeenschap zo te ordenen, dat de persoon zijn geestelijke, zedelijke, en lichamelijke vermogens daarin ontplooien en tot hun hoogste ontwikkeling brengen.

⁹⁸ J.H.P. Bellefroid, *Inleiding tot de Rechtswetenschap in Nederland*, Dekker & Van de Vegt, Utrecht, Nederland, 1952, hlm. 3. Terjemahan bebasnya adalah hukum berusaha untuk memenuhi kebutuhan jasmani, kejiwaan, dan rohani masyarakat sesuai dengan keadaan masyarakatnya, atau juga meningkatkan kepribadian individu dalam hidup bermasyarakat. Dengan demikian, apabila dikatakan bahwa masyarakat dalam keadaan tertib berarti setiap orang di dalam masyarakat tersebut dapat mengembangkan keadaannya baik secara jasmani, pikiran, maupun rohaninya.



BAB 4

H a k

HAK DAN HUKUM

Dalam literatur berbahasa Inggris kerap kali dikemukakan bahwa hak berdasarkan hukum (*legal right*) dibedakan dari hak yang timbul dari norma lain.¹ Menurut Paton, hak berdasarkan hukum biasanya diartikan sebagai hak yang diakui dan dilindungi oleh hukum.² Hal senada dikemukakan oleh Sarah Worthington yang menyatakan bahwa *legal rights* sering dilawankan dengan *moral rights*.³ Ia memberi contoh bahwa seseorang dapat mengharapkan dibayar oleh majikannya, dicintai oleh ibunya, atau diberi hadiah pada hari ulang tahunnya.⁴ Selanjutnya, ia menyatakan bahwa di antara harapan itu terdapat hak berdasarkan hukum, yaitu hak seorang karyawan untuk mendapatkan bayaran dari majikannya; apabila ia tidak dibayar, karyawan tersebut dapat menggunakan lembaga formal untuk membantu karyawan itu memperoleh haknya atas bayaran itu dari majikannya.⁵ Berlainan halnya dengan harapan untuk dicintai ibu atau hadiah ulang tahun; apabila harapan itu tidak dipenuhi, tidak ada satu lembaga pun yang dapat memaksa terpenuhinya harapan itu. Namun, seseorang tersebut mempunyai hak moral untuk dicintai ibunya. Adapun harapan untuk mendapat hadiah ulang tahun, harapan itu tinggal harapan karena harapan demikian tidak diatur oleh hukum maupun moral.

¹ Lihat G.W. Paton.

² *Ibid.*

³ Sarah Worthington, *Equity*, Oxford: Oxford University Press, 2003, hlm. 21.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

Sebagaimana Paton, Worthington juga menyatakan bahwa hak berdasarkan hukum ditetapkan oleh aturan hukum. Ia menambahkan bahwa di negara-negara dengan sistem *civil law*, hak berdasarkan hukum ditetapkan dalam kitab undang-undang. Sebaliknya, di negara-negara dengan sistem *common law*, hak berdasarkan hukum dapat diidentifikasi dari sanksi yang dijatuhkan oleh pengadilan atas pelanggaran yang dilakukan terhadap hak itu. Ia menegaskan bahwa apabila pengadilan menjatuhkan sanksi, hal itu berarti berkaitan dengan hak dan kewajiban secara hukum.⁶

Pandangan semacam itu merupakan pandangan yang dikembangkan di Inggris sejak Jeremy Bentham.⁷ Menurut Bentham, hak tidak mempunyai arti apa-apa jika tidak ditunjang oleh undang-undang.⁸ Dengan merujuk kepada pandangan Bentham ini, J.G. Riddall memberikan ilustrasi bahwa apabila seseorang duduk di tanah dengan kelaparan, untuk mengatakan bahwa ia mempunyai hak untuk makan tetapi tidak memperoleh apa-apa, berarti hak tidak mempunyai makna apa-apa.⁹ Untuk menyatakan bahwa masyarakat seharusnya mempunyai hak ini atau hak itu sebenarnya hal itu merupakan angan-angan yang tak kesampaian (*windows-dressing*), karena pada kenyataannya mereka tidak memperoleh apa yang ditawarkan itu.

Menurut Bentham, hak adalah anak dari hukum. Dari hukum yang nyata timbul hak yang nyata. Sebaliknya, dari hukum yang imajiner, yaitu hukum alam, timbul hak yang bersifat imajiner. Hak-hak alamiah benar-benar tidak masuk akal.¹⁰ Sebelum Bentham, David Hume juga berpendapat bahwa hukum alam dan hak-hak alamiah bersifat meta-fisis dan tidak nyata.¹¹ Oleh karena itu, Bentham berpendapat bahwa hukum yang nyata bukanlah hukum alam, melainkan hukum

⁶ *Ibid.*

⁷ Jeremy Bentham sendiri dikenal sebagai pendiri pandangan utilitarianisme. Akan tetapi, Jeremy Bentham sebenarnya yang meletakkan dasar-dasar *legal positivism* atau disebut juga *analytical jurisprudence* yang didirikan oleh John Austin.

⁸ J.G. Riddall, *Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 2005, hlm. 170.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 171.

¹¹ *Ibid.*



yang dibuat oleh lembaga legislatif. Menurutnnya, hukum merupakan produk kehendak legislator.¹² Mengingat Bentham menempatkan hukum sebagai instrumen reformasi utilitarian, ia berpendapat bahwa hak untuk dapat dilaksanakan harus dituangkan ke dalam undang-undang. Dari pandangan inilah terbentuk pandangan yang menyatakan bahwa hak merupakan bentukan hukum.

Pandangan demikian kurang tepat. Dalam bahasa Eropa Kontinental, hak dan hukum dinyatakan dalam istilah yang sama, yaitu *ius* dalam bahasa Latin, *droit* dalam bahasa Perancis, *Recht* dalam bahasa Jerman, dan *recht* dalam bahasa Belanda. Oleh karena itu, dalam literatur berbahasa Belanda guna membedakan antara hak dan hukum digunakan istilah *subjectief recht* untuk hak dan *objectief recht* untuk hukum.¹³ Dengan demikian, jika ditinjau dari segi etimologis, antara hukum dan hak adalah sama. Ibaratnya, hak dan hukum adalah mata uang logam yang satu sisinya merupakan hak dan sisi lain merupakan hukum.

Terhadap perumpamaan ini pun dapat dipertanyakan hak atau hukum yang berada di bagian kepala uang logam itu. Pertanyaan demikian berkaitan dengan pertanyaan apakah eksistensi hak ditentukan oleh hukum atau sebaliknya. Pada Bab 2 telah dikemukakan bahwa manusia merupakan makhluk sosial yang berbudaya karena manusia mempunyai dua aspek, yaitu aspek fisik dan aspek eksistensial. Secara kodrati kehidupan bermasyarakat merupakan modus *survival* bagi manusia. Berdasarkan pemikiran ini tidak berlebihan kalau dikatakan bahwa hak merupakan sesuatu yang melekat pada manusia secara kodrati dan karena adanya hak inilah diperlukan hukum untuk menjaga kelangsungan eksistensi hak dalam pola kehidupan bermasyarakat. Hukum sebagai produk budaya mengemas, memberi bentuk, dan menghaluskan apa yang melekat pada manusia yang secara substansial terdapat dalam hidup bermasyarakat. Apabila dikaitkan dengan pertanyaan

¹² Wayne Morrison, *Op. cit.*, hlm. 189.

¹³ Dalam literatur berbahasa Indonesia baik yang mengadaptasi atau terjemahan literatur berbahasa Belanda sering terjadi kesalahan terjemahan, yaitu *objectief recht* diterjemahkan hukum objektif dan *subjectief recht* diterjemahkan hukum subjektif.



mengenai di sisi manakah hak itu pada mata uang logam, jawabnya jelas bahwa hak berada pada sisi kepala sedangkan hukum pada sisi ekor. Penjelasan ini membantah pandangan yang menyatakan bahwa hak diciptakan oleh hukum. Sebaliknya, penjelasan ini menegaskan bahwa hukum diciptakan karena adanya hak.

Adanya penggunaan istilah yang sama untuk hak dan hukum, yaitu *ius*, menunjukkan bahwa pengertian hak dalam hukum Romawi memang sudah dikenal. Kenyataan semacam itu masih terasa di wilayah-wilayah yang dipengaruhi oleh hukum Romawi. Skotlandia, misalnya, walaupun merupakan bagian dari Kerajaan Inggris (*United Kingdom*), sangat dipengaruhi oleh hukum Romawi.¹⁴ Hukum Inggris tidak selalu mudah menggunakan kata *right*.¹⁵ Di dalam *Harassment Act 1977, Section 2*, yang berlaku untuk England dan Wales, menetapkan: “*It shall be an offence to harass another person.*”¹⁶ Adapun *Section 8* yang berlaku di Skotlandia menetapkan: “*Every individual has a right to be free from harassment.*”¹⁷ Meskipun makna yang dikandung oleh kedua ketentuan itu sama, yaitu larangan terhadap *harassment*,¹⁸ perumusan yang digunakan berbeda, yaitu dihindarinya kata *right* untuk yang berlaku di England dan Wales dan sebaliknya, dikedepankannya kata *right* untuk yang berlaku di Skotlandia.

Namun demikian, kata *ius* (hak) yang telah dikenal dalam hukum Romawi memang tidak memiliki arti penting dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat pada masa sebelum abad XVI. Sejarah membuktikan bahwa hingga abad XVII perbincangan mengenai hak tidak dilakukan secara sepenuhnya. Hal ini menunjukkan bahwa sampai pada masa itu, hak bukan merupakan tema sentral dalam perbincangan hukum.¹⁹ Perbincangan-perbincangan yang berkembang pada

¹⁴ Sebenarnya Skotlandia merupakan suatu negara yang lama bersekutu (*auld alliance*) dengan Perancis.

¹⁵ J.G. Riddall, *Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 2005, hlm. 184.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Menurut *Black's Law Dictionary*, *harassment* artinya *words, gestures, and actions which annoy, alarm, and abuse (verbally) another person.*

¹⁹ J.G. Riddall, *Op. cit.*, hlm. 168.



masa itu justru berkisar pada kewajiban untuk bertingkah laku baik, bukan mengedepankan hak. Hal itu disebabkan sampai pada masa itu penghambaan dan perbudakan masih dianggap sah.²⁰

Hak mulai menjadi tema sentral perbincangan seiring dengan timbulnya negara-negara nasional yang mempersoalkan hubungan antara negara dan warga negara dan yang mengenai masalah hak-hak apakah yang dimiliki oleh individu, bilamana ada, atau harus dimiliki oleh individu terhadap negara terutama terhadap pemerintah yang memerintah warga negaranya secara tirani.²¹ Sejarah mencatat bahwa pada masa itu kekuasaan raja di semua negara Eropa bersifat absolut. Absolutisme ini didasarkan atas dua alasan pembenar. *Pertama*, adanya kekuasaan absolut diperlukan untuk menghindari kekacauan sebagaimana pernah terjadi di Inggris pada masa kehidupan Thomas Hobbes.²² Kekuasaan absolut dalam hal ini dimaksudkan untuk menciptakan ketertiban dalam kehidupan bermasyarakat. *Kedua*, kaum bangsawan berpegang kepada bunyi ayat-ayat Alkitab yang terdapat dalam Roma 13: 1-7 yang pada intinya menyatakan bahwa pemerintah ditetapkan (lebih tepat “ditahbiskan”) oleh Allah dan menjadi hamba Allah untuk membalaskan murka Allah atas mereka yang berbuat jahat dan kewajiban bagi warga negara untuk tunduk sepenuhnya pemerintah.²³

Sebenarnya, secara filosofis, kekuasaan absolut raja yang didasarkan pada hukum alam merupakan suatu kewajiban untuk memerintah secara adil. Ketertiban hanya sarana untuk mendatangkan keadilan bagi warga negaranya. Apabila ternyata raja tidak memerintah secara adil, ia menentang hukum alam. Oleh karena itulah dilihat dari sudut hukum alam, raja demikian tidak layak lagi untuk memerintah. Begitu juga jika didasarkan pada Roma 13: 1-7, secara teologis, karena raja

²⁰ Bahkan sampai sebelum Perang Saudara Amerika, perbudakan masih diakui sebagai sesuatu yang secara alamiah sah.

²¹ J.G. Riddall, *Loc. cit.*

²² Lihat Bab III.

²³ Ayat-ayat ini sering dimaknai secara salah sehingga melalui pemuka agama Kristen penguasa memanipulasi untuk mempertahankan *status quo*. Oleh karena itulah, para teolog Kristen perlu memahami latar belakang historis terjadinya ayat ini.



merupakan wakil Allah, ia harus memiliki karakter sebagai Allah yang rahman, rahim, adil, dan penuh rahmat; konsekuensinya, ia berkewajiban memerintah warganya dengan bijaksana, berhikmat, dan bersifat melindungi warganya. Dengan demikian, kekuasaan bukan merupakan hak melainkan kewajiban untuk melaksanakan kehendak Allah di dunia, dan apabila kewajiban itu telah dilaksanakan ia berhak atas kekayaan yang diperoleh dari kewajiban rakyatnya membayar pajak, upeti, dan lain-lain.

Namun yang terjadi adalah sebaliknya. Pembela absolutisme justru menggunakan kedua alasan pembenar itu untuk memaknai kekuasaan sebagai suatu yang diberikan oleh Allah untuk meletakkan kewajiban-kewajiban kepada rakyatnya agar kehidupan bermasyarakat tetap tertib. Hal inilah yang digugat oleh John Locke. Untuk menggugat absolutisme tersebut, John Locke menggunakan pandangan hukum alam menentang hak-hak raja yang absolut. Ia berpendapat bahwa warga negara mempunyai hak yang secara moral dapat dibenarkan untuk berhadapan dengan negara.²⁴ Hak-hak itu bersifat alamiah yang dibawa sejak lahir karena hak-hak itu diberi oleh Allah. Hak-hak tersebut adalah hak hidup, hak atas kebebasan, dan hak milik.

Pandangan John Locke ini sangat memengaruhi perumusan *The Declaration of Independence* Amerika. Untuk jelasnya, kutipan *The Declaration of Independence* Amerika tersebut diilustrasikan pada halaman berikut ini.

Sebelum Perang Kemerdekaan usai, ketiga belas koloni itu telah mempertimbangkan bentuk pemerintahan yang harus diadakan apabila mereka memenangi peperangan itu.²⁵ Pada 1787, diadakan suatu konvensi yang menetapkan Konstitusi Amerika Serikat. Di dalam konstitusi itu dibentuk suatu negara yang bersifat federasi dan ditetapkan bahwa ketiga belas koloni itu menjadi negara-negara bagian yang mengelola semua urusan pemerintahan, kecuali beberapa urusan yang secara politis dan berdasarkan pertimbangan keamanan memang

²⁴ J.G. Riddall, *Loc. cit.*

²⁵ J.G. Riddall, *Op. cit.*, hlm. 187.



IN CONGRESS, July 4, 1776
THE UNANIMOUS DECLARATION of
THE THIRTEEN UNITED STATES OF AMERICA¹

When, in the course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume, among the powers of the earth, the separate and equal station to which the laws of nature and the nature's God entitle them, a decent respect to the opinion of mankind requires that they should declare the causes which impel them to separation.

We should hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and pursuit of happiness.

That to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that, whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or abolish it, and to institute a new government, laying its foundation on such principles, and organising its power in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.

Prudence, indeed, will dictate that governments long established should not be challenged for light and transient causes; and accordingly, all experience hath shown, that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed.

But, when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same object, evinces a design to reduce them under absolute despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such government, and to provide new guards for their future security.

Such has been the patient sufferance of these colonies, and such is now the necessity which constrain them to alter their former systems of government. The history of the present King of Great Britain is a history of repeated injuries and usurpation, all having in direct object, the establishment of an absolute tyranny over these States.

To prove this, let facts be submitted to a candid world:

He has refused his assent to laws the most wholesome and necessary for the public good.

He has forbidden his governors to pass laws of immediate and pressing importance, unless suspended in their operation till his assent should be attained; and when so suspended, he has utterly neglected to attend to them.

He has refused to pass other laws for the accommodation of large districts of people, unless those people would relinquish the right of representation in the legislature: a right inestimable to them, and formidable to tyrants only..."

¹ Istilah *United* di sini hanya menunjukkan bahwa pertama kali, hanya merupakan kata sifat yang berarti bahwa ketiga belas negara-negara Amerika (*States of America*) itu bersatu untuk mengeluarkan deklarasi tersebut.



menjadi kompetensi pemerintahan federal. Tetapi, di dalam konstitusi tersebut tidak dimuat ketentuan-ketentuan mengenai hak warga negara. Tidak dimuatnya ketentuan-ketentuan mengenai hak warga negara tidak berarti negara Amerika yang berbentuk federasi itu tidak melindungi hak-hak warganya. Sebaliknya, hak-hak itu telah tertuang di dalam *The Unanimous Declaration* tersebut.

Dengan memodifikasi pandangan John Locke, di dalam alinea kedua dari deklarasi itu berbunyi: “*We should hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty and pursuit of happiness.*” Perbedaan yang signifikan dengan yang dikemukakan oleh John Locke adalah pada deklarasi ini dikemukakan “... *and pursuit of happiness*” bukan “*property*” seperti dikemukakan John Locke. Akan tetapi, hal ini menunjukkan bahwa perancang konstitusi itu lebih mengandalkan hukum alam daripada positivisme. Bahkan dalam perjalanan pengelolaan hak, sampai saat ini Mahkamah Agung Amerika Serikat lebih banyak didominasi oleh pandangan hukum alam daripada pandangan positivisme.²⁶ Oleh karena itu, tidak dapat dipungkiri, kenyataan-kenyataan itu membenarkan pandangan yang dikemukakan dalam tulisan ini, yaitu bukan hak diciptakan oleh hukum, melainkan hak yang memaksa adanya hukum.

PENGERTIAN HAK

Meijers mengemukakan bahwa dalam sejarah, tiada suatu pengertian pun yang menduduki posisi sentral dalam hukum perdata selain hak.²⁷ Kiranya apa yang dikemukakan oleh Meijers tersebut memang tepat, karena hak merupakan sesuatu yang melekat pada manusia baik pada aspek fisik maupun aspek eksistensialnya. Bahkan lebih dari yang dikemukakan Meijers, di sini dikemukakan bahwa posisi hak bukan hanya pada hukum perdata saja, melainkan juga pada semua hukum. Hukum memang dibuat karena adanya hak.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 190.

²⁷ P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 45.



Dengan tumbangya Uni Soviet dan berakhirnya pemerintahan sosialis negara-negara Eropa Timur menandakan runtuhnya teori-teori yang berbasis tujuan (*goal-based theories*) yang dikembangkan oleh para pemikir yang berbasis Marxisme. Begitu pula diterimanya Republik Rakyat Tiongkok menjadi anggota World Trade Organization (WTO) pada 10 November 2001 menegaskan semakin kurangnya pendukung teori-teori yang berbasis tujuan. Teori-teori yang berbasis tujuan adalah teori-teori dibangun untuk memberikan justifikasi terhadap diutamakannya kepentingan masyarakat secara keseluruhan dalam kehidupan bernegara. Produk teori-teori tersebut adalah ekonomi berencana. Hukum dirancang untuk lebih mempertahankan kepentingan masyarakat daripada kepentingan individu.

Hal itu berbeda dengan teori-teori berbasis hak (*rights-based theories*). Teori-teori berbasis hak ini memberikan justifikasi terhadap diutamakannya kepentingan pribadi daripada kepentingan masyarakat. Produk teori ini yang klasik adalah *laissez faire*. Hukum dirancang untuk sebanyak mungkin melindungi kepentingan individu. Landasan pemikiran yang digunakan dalam merancang hukum berdasarkan teori itu pada masa *laissez faire* adalah utilitarianisme yang dikemukakan oleh Jeremy Bentham.²⁸

Pada saat ini pandangan utilitarianisme tidak lagi dianut. Dengan dibentuknya WTO, terdapat pemikiran untuk menjadikan ekonomi pasar sebagai ekonomi global di satu pihak sedangkan di pihak lain melindungi dan mengembangkan perekonomian negara-negara berkembang yang menjadi anggotanya dan meningkatkan negara-negara terbelakang (*less developed countries*). Negara-negara anggota WTO mempunyai kewajiban untuk menyelaraskan aturan-aturan hukumnya dengan perjanjian-perjanjian yang merupakan lampiran Perjanjian Marrakesh tentang Pembentukan WTO. Hal ini berarti bahwa aturan-aturan hukum negara-negara anggota WTO didasarkan atas teori-teori berbasis hak. Akan tetapi berbeda dengan penerapan teori-teori itu pada masa *laissez faire*, pada saat ini dengan mengingat perjanjian-

²⁸ Lihat Bab 3.



perjanjian yang tertuang dalam lampiran WTO, penerapan teori itu tidak menolak sama sekali kepentingan masyarakat, melainkan secara proporsional mengakomodasikan mana yang menjadi kepentingan individu yang harus diutamakan dan kepentingan masyarakat secara umum yang harus dilindungi.

Dalam pandangan teori berbasis hak, hak merupakan sesuatu yang tak terpisahkan dari hakikat kemanusiaan itu sendiri. Mengenai hak ini, Feinberg mengemukakan:²⁹

“... indispensably valuable possessions. A world without them, no matter how full of benevolence and devotion to duty, would suffer an immense moral impoverishment... Rights ... are not mere gifts or favour ... for which gratitude is the sole fitting response. A right is something that can be demanded or insisted upon without embarrassment or shame ... A word with claim-right is one in which all persons, as actual or potential claimants, are dignified objects of respect ... No amount of love or compassion, or obedience to higher authority, or noblesse oblige, can substitute for those values.”

Berdasarkan apa yang dikemukakan tersebut, Feinberg menempatkan betapa berharganya hak itu. Mengapa hak itu ditempatkan sedemikian berharga perlu dikemukakan pengertian hak. Pengertian hak dapat dijumpai dalam teori mengenai hakikat hak. Menurut Lord Lloyd of Hamstead dan M.D.A. Freeman terdapat dua teori mengenai hakikat hak, yaitu teori kehendak yang menitikberatkan kepada kehendak atau pilihan dan yang lain teori kepentingan atau teori kemanfaatan.³⁰ Kedua teori tersebut berkaitan dengan tujuan hukum.

Teori kehendak dianut oleh mereka yang berpandangan bahwa tujuan hukum memberikan sebanyak mungkin kepada individu kebebasan apa yang dikehendakinya. Teori ini sangat berkaitan dengan gagasan kedaulatan sehingga satu-satunya cara untuk menyelesaikan kehendak yang saling bertentangan adalah mengandaikan adanya kehendak yang lebih tinggi yang mengatasi semua kehendak yang sa-

²⁹ Lord Lloyd of Hampstead dan M.D.A. Freeman, *Op. cit.*, hlm. 434.

³⁰ *Ibid.*, hlm. 441.



ling bertentangan. Teori ini memandang bahwa pemegang hak dapat berbuat apa saja atas haknya. Ia dapat saja tidak menggunakan hak itu, melepaskannya, melaksanakan atau tidak berbuat apa-apa atas hak itu. Apa yang akan ia lakukan merupakan suatu pilihan. Dengan demikian, diskresi individu merupakan ciri khas paling menonjol dari konsep hak. Penganut teori kehendak pada dewasa ini adalah H.L.A. Hart.³¹

Adapun teori kepentingan atau kemanfaatan pertama kali dijumpai dalam karya Bentham yang kemudian diadopsi oleh Rudolf von Ihering, dan pada dewasa ini dianut oleh Lyons, MacCormick, Raz, Campbell, dan lain-lain. Menurut Ihering, tujuan hukum bukanlah melindungi kehendak individu, melainkan melindungi kepentingan-kepentingan tertentu. Oleh karena itu, ia mendefinisikan hak sebagai kepentingan-kepentingan yang dilindungi oleh hukum. Kepentingan-kepentingan ini bukan diciptakan oleh negara karena kepentingan-kepentingan itu telah ada dalam kehidupan bermasyarakat dan negara hanya memilihnya mana yang harus dilindungi.³²

Dalam menelaah dua teori tersebut, Paton berpendapat bahwa esensi hak bukanlah kekuasaan yang dijamin oleh hukum, melainkan kekuasaan yang dijamin oleh hukum untuk merealisasi suatu kepentingan. Untuk menopang pendapat tersebut, Paton mengemukakan bahwa kehendak manusia tidak bekerja tanpa maksud apa-apa (*in vacuo*) tetapi menginginkan tujuan-tujuan tertentu, yaitu kepentingan. Oleh karena itu, ia menegaskan bahwa kepentingan-kepentingan adalah objek keinginan manusia.³³

Selanjutnya Paton mengemukakan bahwa suatu kepentingan adalah suatu tuntutan atau keinginan individu atau kelompok individu yang ingin dipenuhi oleh individu atau kelompok individu tersebut. Hukum memberikan hak bukan kepada keinginan manusia sebagai suatu tujuan, melainkan kepada keinginan manusia yang mengejar tujuan yang dibolehkan oleh hukum.³⁴

³¹ *Ibid.*

³² G.W. Paton, *Op. cit.*, hlm. 289.

³³ *Ibid.*, hlm. 290.

³⁴ *Ibid.*



Sejalan dengan pandangan Paton adalah pandangan Meijers. Ia mendefinisikan hak sebagai suatu kewenangan seseorang yang diakui oleh hukum untuk menunaikan kepentingannya.³⁵ Agak berbeda dari Paton dan Meijers, Houwing memandang hak sebagai suatu kepentingan yang dilindungi oleh hukum dengan cara tertentu.³⁶ Ia melihat makna hak semata-mata untuk melindungi mereka yang berkepentingan melakukan tindakan guna kepentingan mereka.³⁷

Diakui atau tidak dan disadari atau tidak, sebenarnya Houwing merupakan penganut teori kepentingan atau kemanfaatan. Berbeda halnya dengan Paton dan Meijers yang mencoba merangkum teori kehendak dan teori kepentingan. Akan tetapi baik yang dikemukakan oleh Paton dan Meijers di satu pihak dan Houwing di pihak lain, kedua pandangan itu berangkat dari satu titik anjak yang sama, yaitu adanya hak karena diakui atau dilindungi oleh hukum. Adapun pandangan Ihering mengandung kebenaran bahwa negara tidak menciptakan kepentingan karena kepentingan itu sudah ada dalam kehidupan bermasyarakat.

Namun demikian, ketika Ihering mengemukakan bahwa negara hanya memilih kepentingan mana yang harus dilindungi, ia sebenarnya memberikan diskresi kepada negara untuk memilih mana kepentingan yang diakui sebagai hak dan mana yang tidak. Pandangan demikian tetap saja menempatkan negara mempunyai peran yang aktif dalam rangka *the greatest happiness for the greatest numbers*. Apabila pandangan Ihering ini diikuti, kepentingan yang tidak dipilih oleh negara untuk dilindungi bukan merupakan suatu hak. Sebagai contoh, apabila negara tidak memilih kepentingan buruh untuk mogok dalam rangka menuntut kenaikan upah sebagai kepentingan yang dilindungi karena pemogokan akan mengganggu pencapaian *the greatest happiness for the greatest numbers*, buruh tidak mempunyai hak mogok kerja karena kepentingan itu tidak dilindungi oleh hukum. Contoh tersebut dapat diteruskan, misalnya dalam suatu kehidupan bermasyarakat ter-

³⁵ P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 46.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*



tentu, masyarakat itu mempunyai kepentingan terhadap sebidang tanah dengan luas tertentu tetapi status tanah itu tidak jelas karena tidak ada dokumen yang menerangkan statusnya; ternyata negara tidak memilih kepentingan masyarakat itu sebagai kepentingan yang diakui oleh undang-undang, tetapi undang-undang malahan menyatakan bahwa tanah yang tidak memiliki bukti hak merupakan tanah negara; akibatnya, masyarakat itu tidak mempunyai hak atas tanah yang telah mereka kuasai secara turun-temurun hanya karena kepentingan mereka tidak dipilih untuk diakui oleh negara.

Di samping teori kehendak atau pilihan dan teori kepentingan atau kemanfaatan perlu dikemukakan pandangan Ronald Dworkin tentang hak. Menurut Dworkin, *“Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that the state a goal for the community as a whole,”*³⁸ yang kalau diterjemahkan secara bebas artinya, “hak paling tepat dipahami sebagai nilai yang paling tinggi atas justifikasi latar belakang bagi keputusan politis yang menyatakan suatu tujuan bagi masyarakat secara keseluruhan.” Dari pandangan itu, jelas Dworkin menempatkan hak sebagai sesuatu yang harus dijunjung tinggi oleh siapa pun. Ia memberikan contoh bahwa apabila seseorang mempunyai hak untuk menerbitkan pornografi, hal ini berarti bahwa petugas yang menindak penerbitan itu telah melakukan kesalahan karena telah melanggar hak orang tersebut meskipun diyakini bahwa masyarakat secara keseluruhan akan menjadi lebih baik kalau pornografi itu ditindak.³⁹ Menurut pandangan yang dikemukakan oleh Dworkin ini, seseorang mempunyai hak apabila terdapat suatu alasan untuk memberikan kepada orang itu bekal atau kesempatan meskipun ada yang menentanginya atas dasar kepentingan umum secara keseluruhan. Namun demikian, Dworkin mengakui bahwa campur tangan dalam kehidupan individu—yang dengan demikian meniadakan hak—dibenarkan jika dapat ditemukan “dasar yang khusus.”⁴⁰

Sebenarnya, sejalan dengan pandangan Dworkin ini dapat dike-

³⁸ Lord Lloyd of Hampstead dan M.D.E. Freeman, *Op. cit.*, hlm. 435.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 436.



mukakan pula contoh bahwa merokok di tempat umum. Akan tetapi, penggunaan hak ini bertentangan dengan hak setiap orang untuk menghirup udara segar. Lalu, yang mana yang harus dibersihkan? Jika menggunakan pandangan utilitarian, jawabnya tentu saja merokok di tempat umum dilarang. Hal ini tentu saja meniadakan hak para perokok. Dengan larangan itu, para perokok tidak boleh merokok selama menunggu panggilan masuk pesawat udara. Keadaan demikian sudah barang tentu mengurangi kenyamanan yang bersangkutan. Apakah dengan demikian dapat dikemukakan bahwa hak untuk menghirup udara segar merupakan “dasar yang khusus”—menurut istilah Dworkin—untuk meniadakan hak perokok? Dworkin pasti tidak akan menjawab seperti itu. Lalu, jawaban apakah yang harus diberikan terhadap situasi semacam ini? Jawabnya adalah baik kepentingan perokok maupun kepentingan mereka yang menghirup udara segar dipertimbangkan, yaitu para perokok diberi tempat tersendiri di tempat umum untuk menunaikan haknya tanpa perlu mengganggu mereka yang berhak menghirup udara segar.

Akhirnya Dworkin berpendapat bahwa hak bukan apa yang dirumuskan melainkan nilai yang mendasari perumusan itu.⁴¹ Sudah barang tentu yang dimaksud Dworkin dengan nilai tersebut bukan seperti yang dikemukakan oleh kaum utilitarian yang sejak semula ditentang oleh Dworkin. Tulisan ini pun menentang pandangan utilitarianisme yang pertama kali dibangun oleh Bentham. Menurut pandangan utilitarianisme, nilai yang mendasari rumusan hukum haruslah diukur dari rata-rata atau secara kolektif tingkat kesejahteraan dalam masyarakat meningkat meskipun kesejahteraan anggota-anggota masyarakat yang lainnya justru merosot. Hal ini tidak sesuai dengan bentuk ideal masyarakat yang justru memerlukan adanya ekuitabilitas, yaitu perlindungan hukum sesuai dengan hak yang dimiliki oleh setiap individu. Oleh karena itu, tepatlah apa yang dikemukakan oleh Dworkin bahwa kebijakan diskriminasi terbalik dapat diterapkan untuk melindungi pertentangan ras atau membuat adanya persamaan dalam masyarakat sehingga terasa lebih adil.

⁴¹ *Ibid.*



Dari pandangan-pandangan yang dikemukakan, kiranya pandangan Dworkin yang sesuai dengan hakikat hak itu sendiri. Oleh karena itu, semakin kuatlah argumentasi yang mendasari pernyataan yang dikemukakan dalam tulisan ini bahwa bukan hak diciptakan oleh hukum, melainkan hak yang memaksa adanya hukum. Meskipun Dworkin menyatakan bahwa hak bukan karunia Allah, tidak dapat disangkal bahwa keberadaan hak tidak dapat dilepaskan dari hakikat kemanusiaan itu sendiri yang adalah ciptaan Allah. Hak, dengan demikian, merupakan satu paket dalam penciptaan manusia sebagai makhluk yang mempunyai aspek fisik dan aspek eksistensial. Diakui atau tidak oleh hukum, hak itu tetap saja ada sebagai bagian dari keberadaan manusia itu sendiri.

PENYALAHGUNAAN HAK (MISBRUIK VAN RECHT)⁴²

Suatu adagium kuno berbunyi: *neminem lædit qui suo iure utitur*, yang terjemahan bebasnya adalah “tidak seorang pun dirugikan oleh penggunaan hak.” Berdasarkan adagium itulah dikembangkan pemikiran bahwa penggunaan suatu hak atau kewenangan per definisi harus merupakan suatu tindakan menurut hukum, sehingga tidak dapat secara sekaligus juga menghasilkan suatu tindakan yang melanggar hukum.⁴³ Oleh karena itu, kerap kali dikatakan bahwa istilah penyalahgunaan hak merupakan suatu *contradictio in terminis* atau setidaknya suatu istilah yang mengandung kerancuan berpikir (*dubious*).⁴⁴

Akan tetapi, sudah sejak dahulu kala telah diterima bahwa tidak semua penggunaan hak diperkenankan.⁴⁵ Suatu ungkapan dinyatakan oleh Gaius, seorang ahli hukum Romawi kuno, yaitu *male enim nostro iure uti non debimus* yang kalau diterjemahkan secara bebas arti-

⁴² Istilah “penyalahgunaan hak” merupakan khas istilah yang dikembangkan di Eropa Kontinental. Dalam bahasa Inggris tidak dapat diterjemahkan dengan *misuse of right* karena mempunyai konotasi berbeda. Akan tetapi, dalam bahasa Perancis, *misbruik van recht* sejalan dengan *abus de droit*.

⁴³ P. van Dijk, *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 48.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*



nya “memang, kita tidak boleh menggunakan hak kita untuk tujuan tidak baik.” Hal itu berarti bahwa penggunaan suatu hak dalam arti kewenangan semata-mata dengan tujuan untuk merugikan orang lain merupakan sesuatu yang tidak dapat diterima.

Sebagai contoh klasik dalam perbincangan penyalahgunaan hak yang selalu dikemukakan adalah putusan pengadilan di Colmar pada 2 Mei 1855. Putusan itu mengenai perkara pembangunan cerobong asap palsu. Perkara itu berawal dari A dan B yang bertetangga dalam suatu rumah susun. A bertempat tinggal di lantai yang lebih tinggi dari B dan mempunyai jendela yang memungkinkan A menikmati pemandangan lewat jendela itu. B yang iri terhadap A lalu membangun cerobong asap palsu hanya untuk menghalangi pemandangan A. Pengadilan di Colmar yang memeriksa cerobong asap itu mendapati bahwa cerobong asap itu palsu. Oleh karena itulah, atas dasar penyalahgunaan hak, pengadilan memerintahkan agar cerobong asap itu dibongkar.⁴⁶

Berbagai pandangan yang ada mengenai pengertian hak dipengaruhi oleh ajaran penyalahgunaan hak. Menurut Hammerstein, penghargaan terhadap kebebasan individu makin berkurang dan lebih menekankan pada penggunaan hak yang sesuai dengan tujuan sosial.⁴⁷ Ia selanjutnya mengemukakan bahwa dalam perjalanan abad XX, melalui pengadilan dan undang-undang modern, ajaran semacam itu dikembangkan.⁴⁸ Akan tetapi, ia tidak menyitir putusan pengadilan mana pada abad XX yang mengembangkan ajaran itu. Namun demikian, mengenai undang-undang, ia memberi contoh Pasal 2 ayat 2 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Swiss yang berbunyi: “Der

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 49. Catatan: ketika Hammerstein menulis bagian ini dari revisi atas buku L.J. van Apeldoorn tahun 1985, pada saat itu masih gencar-gencarnya serangan kaum *Leftist* terhadap hukum yang ada. Tulisan-tulisan Donald Black, Selznick dan Nonet, Chambliss dan Seidman, dan penganjur *Critical Legal Studies* semua menempatkan hukum sebagai alat kaum mapan yang harus dirombak. Alternatifnya adalah hukum harus lebih melayani kepentingan sosial daripada kepentingan individu. Pada 1994 dibentuklah World Trade Organization yang di dalamnya mengandung perlindungan hukum terhadap negara-negara terbelakang—sudah barang tentu juga termasuk rakyatnya.

⁴⁸ P. van Dijk, *et al.*, *Loc. cit.*



*offenbare Mißbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz.*⁴⁹ Di samping itu, ia membandingkan dengan Pasal 1 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Uni Soviet kala itu yang diterjemahkan oleh Pataouillet dan Dafour dalam bahasa Perancis: “*Les droit civils sont protégé par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercé dans un sens contraire à leur destination économique et sociale.*”⁵⁰

Hammerstein mengemukakan bahwa menurut beberapa sarjana, ajaran penyalahgunaan hak merupakan sesuatu yang berlebihan.⁵¹ Bagi mereka, masalah-masalah tersebut dapat diselesaikan dalam kerangka ajaran perbuatan melanggar hukum.⁵²

Akan tetapi, pada akhirnya Hammerstein mengemukakan bahwa pada saat ini istilah penyalahgunaan hak telah diterima dan memperoleh pengertian yang jelas bagi setiap orang.⁵³ Sejalan dengan pengertian penyalahgunaan dalam alam pemikiran Kontinental, dalam alam pikir Anglo-American, dikembangkan *Law of Nuisance*. *Nuisance* artinya aktivitas yang timbul dari penggunaan hak milik yang tidak beralasan, tanpa maksud tertentu atau tanpa alas hak yang merugikan orang lain atau publik dengan menimbulkan ketidaknyamanan atau terganggunya orang lain atau publik tersebut. Di negara-negara dengan sistem *common law*, perbuatan semacam itu dilarang oleh undang-undang. Hal ini menunjukkan bahwa apa yang dikemukakan oleh Hammerstein pada 1985 itu tidak tepat. Amerika Serikat, Inggris, Australia, dan negara-negara lain yang nonsosialis menerapkan *Law of Nuisance*.

Sebenarnya, sejak diundangkannya *Sherman Act* pada akhir abad XIX yang kemudian dikenal dengan *Antitrust Law*, Amerika Serikat tanpa perlu menjadi negara sosialis telah melakukan pembatasan hak

⁴⁹ Terjemahannya adalah: “Penyalahgunaan hak secara terang-terangan tidak mempunyai dasar hukum”.

⁵⁰ Terjemahannya: “Hak-hak keperdataan dilindungi oleh hukum, kecuali dalam beberapa hal hak-hak itu digunakan secara bertentangan dengan tujuan ekonomi dan sosial.

⁵¹ P. van Dijk, *et al.*, *Loc. cit.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*



para pebisnis untuk melindungi pesaingnya dan konsumen. Dalam undang-undang yang kemudian disusul dengan undang-undang lainnya, para pebisnis pada dasarnya dilarang menggunakan posisinya yang kuat atau dominan untuk mempertahankan posisi itu dengan menjadi predator terhadap pesaingnya atau membuat pesaingnya bangkrut sehingga ia akan mempunyai posisi yang monopolitis dan pada akhirnya dapat menetapkan harga seenaknya yang menyengsarakan konsumen. Jika dilihat dari segi hak itu sendiri, apa yang dilakukan oleh para pebisnis yang monopolitis itu bukan merupakan pelanggaran terhadap orang lain. Posisi dominan dan kompetitif diperoleh para pebisnis tersebut melalui studi yang sungguh-sungguh dan eksperimen yang cukup lama dan mahal. Begitu juga tindakan untuk mengadakan perjanjian dengan sesamanya merupakan hak mereka.

Akan tetapi, para pendukung diundangkannya *Sherman Act* menemukan nilai yang lebih tinggi dari nilai individualistis yang berkembang pada masa *laissez faire*, yaitu *fairness*. Atas dasar *fairness* itulah penggunaan kemampuan meskipun diperoleh melalui studi dan eksperimen yang mahal yang menghalangi persaingan merupakan suatu perbuatan yang dilarang. Berdasarkan pandangan inilah D.C. Circuit Court of Appeals meneguhkan fakta yang diungkap oleh Hakim Jackson pada pemeriksaan tingkat pertama di Pengadilan District of Columbia. Pengadilan itu mengungkapkan fakta pada 5 November 1999 yang menyatakan bahwa posisi dominan pemasaran *operating system personal computer* Microsoft telah menyebabkan suatu monopoli dan bahwa Microsoft telah melakukan perbuatan-perbuatan menekan mereka yang mengancam monopoli itu termasuk Apple, Java, Netscape, Lotus Notes, Real Networks, dan Linux.

MACAM-MACAM HAK

Hak dapat ditinjau dari beberapa segi, yaitu dari segi eksistensi hak itu sendiri, dari segi keterkaitan hak itu dalam kehidupan bernegara dan dari segi keterkaitan hak itu dalam kehidupan bermasyarakat. Dari segi eksistensi hak itu sendiri, terdapat dua macam hak, yaitu hak ori-



sinal dan hak derivatif. Dalam kaitannya dengan kehidupan bernegara, terdapat hak dasar dan hak politik. Hak dasar itu sendiri dibedakan antara hak dasar yang bersifat klasik dan hak dasar sosial. Dilihat dari segi keterkaitan antara hak itu dan kehidupan bermasyarakat, terdapat hak privat yang terdiri dari hak absolut dan hak relatif. Di samping itu masih terdapat sejenis hak yang lain yang baru menjadi perbincangan pada 1890 di Amerika Serikat, yaitu *privacy*.

Hak Orisinal dan Hak Derivatif

Hak yang melekat pada manusia yang diciptakan satu paket oleh Allah dengan manusia itu sendiri dalam tulisan ini disebut hak orisinal. Akan tetapi, tidak dapat dibantah selain hak yang melekat pada diri manusia secara kodrati memang ada hak yang merupakan bentuk hukum karena diciptakan oleh hukum. Hak-hak yang merupakan bentuk hukum tersebut disebut hak derivatif. Hak orisinal berupa hak hidup, hak atas kebebasan, dan hak milik.⁵⁴ Dalam hal ini hukum bukan menciptakan hak itu, melainkan mengakui hak itu. Adapun hak derivatif timbul karena diciptakan oleh undang-undang, dipraktikkan dalam hukum kebiasaan, dan dituangkan di dalam perjanjian.

Hak orisinal menjadi landasan bagi tujuan hukum, karena hak orisinal memancarkan aspek fisik dan eksistensial manusia. Untuk mempertahankan hak orisinal itulah dikembangkan norma hukum yang berupa perintah dan larangan berkaitan dengan adanya hak tersebut. Oleh karena perintah dan larangan perlu dituangkan ke dalam aturan hukum yang bersifat konkret, aturan hukum itu harus didasarkan atas hak yang bersifat orisinal tersebut. Hak yang bersifat orisinal itulah yang menjadi pedoman bagi tujuan hukum, yaitu damai sejahtera. Berdasarkan uraian tersebut, aturan hukum harus didasarkan pada hak orisinal dan ditujukan untuk mencapai damai sejahtera.

⁵⁴ Oleh John Locke dikemukakan bahwa *Life, Liberty, and Property* sebagai hak-hak yang tidak diserahkan kepada *Pactum Unionis* dalam Teori Perjanjian Masyarakat. Pada perkembangannya, hak-hak itu kemudian dikembangkan menjadi hak asasi manusia dan dalam *The Declaration of Independence of America*, apa yang dikemukakan oleh John Locke ini dimodifikasi menjadi *Life, Liberty, and Pursuit of the Happiness*.



Hak orisinal pertama adalah hak hidup. Hak hidup ini bukan hanya berkaitan dengan aspek fisik manusia, melainkan juga dengan aspek eksistensial manusia. Hak ini sama sekali tidak boleh dirampas atas dasar apa pun. Tidak juga keamanan merupakan “dasar yang khusus”⁵⁵ bagi adanya pidana mati terhadap pelaku kejahatan terorisme yang sebenarnya merupakan perampasan hak hidup teroris. Hal ini berarti bahwa aturan-aturan hukum yang dibuat bukan saja tidak boleh bersifat merampas kehidupan individu yang hanya bertalian dengan aspek fisik, melainkan juga tidak boleh bertentangan dengan aspek eksistensialnya. Tidak dapat disangkal, bahwa pidana mati jelas-jelas merupakan aturan hukum yang merampas hak orisinal seseorang yang paling hakiki. Begitu juga aborsi dan *euthanasia* merupakan pelanggaran terhadap hak hidup. Ketiga aturan hukum tersebut bertentangan dengan aspek fisik hak hidup. Di samping itu, terdapat juga aturan hukum yang bertentangan dengan aspek eksistensial hak hidup, misalnya ketentuan mengenai upah yang ditetapkan berdasarkan kebutuhan fisik minimum, aturan yang melarang suatu kelompok atau etnis tertentu untuk melakukan pekerjaan yang sah.

Hak orisinal kedua adalah hak atas kebebasan. Sebagaimana telah dikemukakan pada Bab 3, manusia mempunyai kebebasan kehendak. Kebebasan kehendak inilah yang membedakan antara manusia dengan binatang dan makhluk hidup lainnya. Apa yang dilakukan oleh binatang didasarkan kepada naluri atau *instinct*, tetapi apa yang dikerjakan manusia didasarkan atas kehendak atau niat. Adanya kebebasan kehendak di satu pihak dan kenyataan bahwa manusia secara fisik merupakan makhluk yang rentan inilah yang membuat manusia menciptakan aturan-aturan sosial sebagai sarana pengintegrasikan bagi kelompoknya dalam menghadapi kelompok lain dalam rangka mempertahankan hidup secara berkelompok tersebut. Kebebasan kehendak yang dimiliki oleh manusia diimbangi dengan adanya nalar untuk tidak saling membinasakan di antara sesama anggota kelompok. Nalar itulah yang membatasi kebebasan kehendak manusia. Hal itu berarti

⁵⁵ Istilah itu merupakan terjemahan apa yang dikemukakan oleh Dworkin, *special basis*.



nalar menyebabkan kebebasan kehendak tidak meniadakan kebebasan kehendak orang lain. Di sinilah terlihat makna nalar dalam aspek fisik hak atas kebebasan, yaitu sebagai sarana mempertahankan kehidupan berkelompok.⁵⁶ Berdasarkan kenyataan itulah dapat dipahami kalau pandangan kaum skolastik menyatakan bahwa aturan hukum harus didasarkan atas nalar. Kiranya, H.L.A. Hart yang positivis juga secara tidak langsung mengakui bahwa hukum harus didasarkan atas nalar.

Akan tetapi di samping berkaitan dengan aspek fisik, hak atas kebebasan juga berkaitan dengan aspek eksistensial, yaitu yang orisinal berupa hak bebas untuk mencintai lawan jenisnya bukan karena seka-dar alasan prokreasi, melainkan memang adanya dorongan terdalam pada sanubari masing-masing. Dalam hal semacam ini pertimbangan nalar mungkin terdesak oleh pertimbangan perasaan. Namun demikian, aspek eksistensial ini juga harus menjadi acuan dalam pembuatan aturan hukum.

Hak orisinal yang ketiga adalah hak milik. Hak milik dipandang sebagai hak orisinal, karena manusia secara kodrati mempunyai akal pikiran untuk menguasai benda-benda atau objek-objek dan memanfaatkannya untuk mempertahankan aspek fisik maupun aspek eksistensialnya. Tanpa hak milik manusia, memang masih dapat hidup tetapi hanya sebagai *the living being* bukan *the existential being*. Oleh karena itu, meskipun hak milik juga berkait dengan pemenuhan aspek fisik manusia, kiranya hak milik lebih memberatkan kepada aspek eksistensial manusia. Berdasarkan pandangan ini, aturan hukum yang mengingkari eksistensi hak milik merupakan aturan hukum yang bertentangan dengan hakikat kemanusiaan itu sendiri. Aturan semacam

⁵⁶ Dalam teorinya, *from status to contract*, Sir Henry Maine mengemukakan bahwa pola kehidupan manusia berkembang secara evolusionis dari situasi *status* menuju situasi *contract*. Pada situasi *status*, kebebasan individu sangat ditentukan oleh kelompok dan sebaliknya dalam situasi *contract*, kehendak individu yang menonjol. Pandangan demikian kiranya tidak dapat diterima sebab sebagaimana telah dikemukakan bahwa pada hakikatnya kehidupan manusia mempunyai dua aspek, yaitu aspek fisik dan aspek eksistensial. Pada aspek fisik, yang terlihat adalah kebersamaan manusia dalam suatu kelompok mempertahankan kehidupan sosial sebagai modus *survival*. Adapun secara individual, manusia mempunyai hak untuk diakui keberadaannya.



itu tidak layak disebut sebagai aturan hukum, melainkan hanya keinginan penguasa saja yang hakikatnya merupakan kekuasaan yang dikemas sebagai aturan.

Ketiga hak orisinal itu melahirkan hak derivatif. Hak derivatif ini merupakan bentukan hukum, yaitu melalui undang-undang, dipraktikkan dalam hukum kebiasaan, dan dituangkan di dalam perjanjian. Dibentuknya hak derivatif disesuaikan dengan kebutuhan perkembangan masyarakat. Hak derivatif dari hak hidup, misalnya hak untuk menghirup udara segar merupakan kebutuhan dalam suatu ruang yang terpolusi sehingga melahirkan larangan merokok di tempat umum. Hak untuk mengejar kebahagiaan, misalnya merupakan derivasi dari hak atas kebebasan. Namun demikian, hak mengejar kebahagiaan ini tidak boleh bertentangan dengan hukum alam yang dalam hal ini berkaitan dengan aspek eksistensial manusia, misalnya hubungan seksual sesama jenis. Oleh karena itulah, aturan yang mengesahkan perkawinan sesama jenis merupakan aturan yang bertentangan dengan aspek eksistensial manusia itu sendiri. Begitu juga aturan yang melarang atau mempersulit perkawinan antarras atau antarsuku merupakan aturan yang bertentangan dengan aspek eksistensial hak atas kebebasan, yaitu hak untuk mengejar kebahagiaan. Selanjutnya, hak sewa merupakan derivasi dari hak milik.

Hak Dasar

Dalam literatur Eropa Kontinental terdapat pengertian hak dasar.⁵⁷ Secara sederhana Franken memberi pengertian hak dasar sebagai hak yang dimiliki setiap orang dan dijamin bebas dari suasana campur tangan negara.⁵⁸ Selanjutnya, ia menyatakan bahwa dari pengertian itu tecermin bahwa negara wajib untuk tidak mencampuri kehidupan individu.⁵⁹ Pemikiran mengenai hak dasar ini mulai mencuat pada abad XVIII sebagai abad Pencerahan. Akan tetapi, jauh sebelumnya telah

⁵⁷ Dalam bahasa Belanda *grondrechten* dan dalam bahasa Inggris *fundamental rights*.

⁵⁸ H. Franken, *Op. cit.*, hlm. 310.

⁵⁹ *Ibid.*



dikembangkan gagasan yang sama. Pandangan hukum alam para filsuf Yunani kuno dan pengikut Thomas Aquinas pada abad Pertengahan mengemukakan bahwa pemerintah terikat kepada norma hukum yang tidak bergantung kepada apakah ia setuju atau tidak.⁶⁰

Suatu dokumen resmi yang sangat tua, yaitu *Magna Charta*, secara jelas menetapkan batas-batas pemegang kewenangan tertinggi. Pada 15 Juni 1215, Raja Inggris yang bernama John dan disebut sebagai “John Tanpa Negeri” (karena kehilangan kekuasaannya atas sebagian besar Perancis) oleh para vasal,⁶¹ pada sebuah pulau di Sungai Thames dipaksa membubuhkan meterai kerajaan pada dokumen itu.

Pada dokumen itu John memaklumkan dalam bahasa Latin:⁶²

Johannes del gracia rex Anglie, dominus Hibernie, dux Normannie, Aquitannie et comes Andegavie, archiepiscopis, episcopis, abbatibus, comitibus, baronibus, justiciariis, forestariis, vicecomitibus, prepositis, ministris et omnibus ballivis et fidelibus suis salutem.

Sciatis nos intuitu Dei et pro salute anime nostre et omnium antecessorum et heredum nostrorum ad honorem Dei et exaltacionem sancte Ecclesie, et emendacionem regni nostri, per consilium venerabilium patrum nostrorum, Stephani Cantuariensis archiepiscopi totius Anglie primatis et sancte Romane ecclesie cardinalis, Henrici Dublinensis archiepiscopi, Willelmi Londoniensis, Petri Wintoniensis, Joscelini Bathoniensis et Glastoniensis, Hugonis Lincolniensis, Walteri Wygorniensis, Willelmi Coventrensis, et Benedicti Roffensis, episcoporum; magistri Pandulfi domini pape subdiaconi et familiaris, fratris AymERICI magistri milicie Templi in Anglia; et nobilium virorum Willelmi Mariscalli comitis Penbrocie, Willelmi comitis Sarrisberie, Willelmi comitis Warennie, Willelmi comitis Arundellie, Alani de Galeweya constabularii Scocie, Warini filii Geroldi, Petri filii Hereberti, Huberti de Burgo senescalli Pictavie, Hugonis de Nevilla, Mathei filli Hereberti, Thome Basset, Alani Basset, Philippi de Albinacio, Roberti de Roppel,

⁶⁰ W. Duk, *Recht en Slechts*, Nijmegen, Nederland: Ars Aequi Libri, 1999, hlm. 167.

⁶¹ Vasal adalah seseorang yang berkuasa atas wilayah tertentu menurut sistem feodal pada abad Pertengahan dan berjanji untuk setia dan memberi upeti kepada raja.

⁶² Pasal-pasal yang dikutip adalah pasal-pasal yang berdasarkan Charter tahun 1225 masih berlaku hingga beberapa waktu belakangan.



Johannis Mariscalli, Johannis filii Hugonis et aliorum fidelium nostrorum:

1. *In primis concessisse Deo et hac presenti carta nostra confirmasse, pro nobis et heredibus nostris in perpetuum, quod Anglicana ecclesie libera sit, et habeat jura sua integra, et libertates suas illesas; et ita volumus observari; quod apparet ex eo quod libertatem electionum, que maxima et magis necessaria reputatur ecclesie Anglicane, mera et spontanea voluntate, ante discordiam inter nos et barones nostros motam, concessimus et carta nostra confirmavimus, et eam obtinuimus a domino papa Innocentio tercio confirmari; quam et nos observabimus et ab heredibus nostris in perpetuum bona fide volumus observari. Concessimus eciam omnibus liberis hominibus regni nostri, pro nobis et heredibus nostris in perpetuum, omnes libertates subscriptas, habendas et tenendas eis et heredibus suis, de nobis et heredibus nostris.*
2. *Et civitas Londoniarum habeat omnes antiquas libertates et liberas consuetudines suas, tam per terras quam per aquas. Preterea volumus et concedimus quod omnes alie civitates, et burgi, et ville, et portus, habeant omnes libertates et liberas consuetudines suas.*
3. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.*
4. *Nulli vendemus, nulli negabimus aut differemus rectum aut justiciam.*

Dalam bahasa Inggris artinya:

John, by the grace of God, king of England, lord of Ireland, duke of Normandy and Aquitaine, and count of Anjou, to the archbishops, bishops, abbots, earls, barons, justiciars, foresters, sheriffs, stewards, servants, and to all his bailiffs and faithful subjects, greeting.

Know that, having regard to God and for the salvation of our soul, and those of all our ancestors and heirs, and unto the honour of God and the advancement of the holy Church, and for the reform of our realm,



by advice of our venerable fathers, Stephen archbishop of Canterbury, primate of all England and cardinal of the holy Roman church, Henry archbishop of Dublin, William of London, Peter of Winchester, Jocelyn of Bath and Glastonbury, Hugh of Lincoln, Walter of Worcester, William of Coventry, Benedict of Rochester, bishops; of master Pandulf, subdeacon and member of the household of our lord the Pope, of brother Aymeric (master of the Knights of the Temple in England), and of the illustrious men William Marshall earl of Pembroke, William earl of Salisbury, William earl of Warenne, William earl of Arundel, Alan of Galloway (constable of Scotland), Waren Fitz Gerald, Peter Fits Herbert, Hubert de Burgh (seneschal of Poitou), Hugh de Neville, Matthew Fitz Herbert, Thomas Basset, Alan Basset, Philip d'Aubigny, Robert of Roppesley, John Marshall, John Fitz Hugh, and of other faithful subjects.

1. In the first place we have conceded to God, and by this our present charter confirmed for us and our heirs for ever that the English church shall be free, and shall have her rights entire, and her liberties inviolate; and we wish that it be thus observed. This is apparent from the fact that we, of our pure and unconstrained will, did grant the freedom of elections, which is reckoned most important and very essential to the English church, and, and did by our charter confirm and did obtain the ratification of the same from our lord, Pope Innocent III., before the quarrel arose between us and our barons. This freedom we will observe, and our will is that it be observed in good faith by our heirs forever.

We have also granted to all freemen of our kingdom, for us and our heirs forever, all the underwritten liberties, to be had and held by them and their heirs, of us and our heirs forever:

2. And the city of London shall have all its ancient liberties and free customs, by land as well as by water. Furthermore, we decree and grant that all other cities, boroughs, towns, and ports shall have all their liberties and free customs.
3. No freeman shall be arrested or imprisoned or disseised⁶³ or out-

⁶³ Kata *disseise* atau *disseize* adalah bahasa Inggris kuno yang dalam bahasa modern berarti *to put out of actual seisin or possession; to dispossess (a person) of his estates, etc., usually*



lawed or exiled or in any other way harmed. Nor will we [the king] proceed against him, or send others to do so, except according to the lawful sentence of his peers and according to the Common Law.

4. *To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice.*

Selanjutnya, pada abad XVI hingga XVII berkecamuk pertentangan agama yang menyebabkan terjadinya perlawanan massal terhadap penguasa-penguasa yang hidup mewah.⁶⁴ Dalam suatu *Plakkat van Verlatinge* tertanggal 22 Juli 1581, Raja Spanyol Philips II oleh Dewan Perwakilan Rakyat di wilayah-wilayah Belanda—sejauh yang memberontak kepadanya—ditolak untuk menjadi penguasa di wilayah-wilayah itu.

Pada abad XVIII dengan diilhami oleh tulisan John Locke abad sebelumnya,⁶⁵ semakin tegas tuntutan terhadap hak dasar. Hak dasar dalam arti kebebasan dan tuntutan apa yang menjadi bagian warga negara yang tidak dapat diganggu gugat oleh negara pertama kali secara resmi tertuang di dalam *Bill of Rights* negara bagian Virginia yang kemudian tertuang di dalam amendemen pertama sampai kesepuluh Konstitusi Amerika Serikat. Selanjutnya dicetuskan *La Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyens* tahun 1789. Untuk kejelasan perlu dikutip latar belakang dicetuskannya deklarasi itu dan empat pasal yang esensial dalam perbincangan mengenai hak dasar. Deklarasi itu berbunyi:

Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que leurs

wrongfully or by force; to oust.

⁶⁴ W. Duk, *Loc. cit.*

⁶⁵ Lihat Bab III.



actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Etre suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen.

Art. 1er.

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Art. 2.

Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

Art. 3.

Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Art. 4.

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Terjemahan bebasnya adalah:

Wakil-wakil rakyat Perancis yang dibentuk dalam Dewan Nasional, dengan mempertimbangkan bahwa ketidakpedulian, pengabaian, atau tindakan memandang rendah hak asasi manusia itu sendiri merupakan penyebab bencana publik dan penyelewengan pemerintah, telah memutuskan untuk menyatakan dalam suatu deklarasi yang khidmat, hak alamiah, tidak dapat diasingkan, dan suci, sehingga dalam deklarasi ini secara terus-menerus dikemukakan kepada semua anggota kelompok penarikan kembali mereka tanpa mengakhiri hak



dan kewajiban mereka; sehingga tindakan mereka dalam melaksanakan kekuasaan legislatif dan melaksanakan kekuasaan eksekutif pada setiap langkah masing-masing seiring dengan tujuan institusi politik; sehingga gugatan warga negara, mulai sekarang sampai selamanya, atas dasar yang sama dan tidak dapat dibantah selalu mengacu kepada mempertahankan konstitusi dan untuk kebahagiaan semua orang.

Oleh karena itu, Dewan Nasional mengakui dan menyatakan di hadirat dan atas berkat yang mahakuasa, hak asasi manusia dan warga negara sebagai berikut:

Pasal 1

Manusia dilahirkan dan hidup bebas dan sama dalam hak-haknya. Demi kesejahteraan bersama, perbedaan sosial tidak dapat dibenarkan.

Pasal 2

Tujuan semua ikatan politis adalah memelihara hak-hak manusia yang bersifat alamiah dan tidak dapat diasingkan. Hak-hak itu adalah kebebasan, kepemilikan, keamanan, dan penolakan atas penindasan.

Pasal 3

Pada dasarnya, prinsip kedaulatan sepenuhnya berada di tangan bangsa. Tidak satu lembaga pun, tidak seorang pun dapat melaksanakan kewenangannya apabila tidak secara tegas-tegas dinyatakan.

Pasal 4

Kebebasan terdiri dari hak untuk melakukan semua yang tidak merugikan orang lain: oleh karena itu, penggunaan hak alamiah setiap orang tidak boleh melampaui batas-batas yang ditetapkan untuk anggota-anggota masyarakat lainnya dalam menikmati haknya. Batas-batas itu tidak ditetapkan dalam undang-undang.

Apa yang tertuang di dalam *Magna Charta*, *Virginia Bill of Rights*, dan *La Declaration des Droit des l'Hommes et du Citoyens* merupakan hak dasar. W. Duk membedakan antara hak dasar klasik dan hak dasar sosial. Ia memberi contoh hak dasar sosial seperti hak atas lingkungan



an hidup dan hak untuk mengembangkan budaya.⁶⁶ Pada hak dasar yang bersifat klasik terdapat kewajiban bagi pemerintah untuk tidak melakukan apa-apa untuk melindungi manusia dan warga negara sedangkan pada hak dasar sosial justru terdapat kewajiban pemerintah untuk melakukan segala sesuatu dalam melindungi manusia dan warganya. Terhadap hak dasar yang bersifat klasik, yang berupa kebebasan dan tuntutan, organ pemerintah yang bersangkutan harus menghormatinya. Organ pemerintah tidak boleh membuat aturan hukum atau aturan lainnya yang meniadakan hak itu.⁶⁷ Di antara hak dasar yang bersifat klasik terdapat hak untuk memperoleh pendidikan, hak untuk beragama,⁶⁸ hak untuk mengeluarkan pendapat dan hak untuk berseikat. Lebih jauh berupa tuntutan terhadap perlindungan dari penahanan yang sewenang-wenang, terhadap penghormatan surat rahasia, dan tuntutan untuk menghadap hakim yang berwenang.⁶⁹

Sejauh ini apa yang disebut sebagai hak dasar sosial dapat dikatakan sebagai tuntutan warga negara kepada penguasa. Tuntutan itu berupa bahwa semua organ pemerintah harus mewujudkan tujuan sebagaimana terdapat pada teks-teks tempat hak dasar dituangkan. Akan tetapi, ukuran dilaksanakannya apa yang tertuang di dalam teks itu bukan berupa hasil yang dicapai, melainkan pemerintah telah berusaha dengan cara yang memadai dan dengan segenap usaha telah melaksanakannya.⁷⁰

Pertanyaan yang dapat diajukan terhadap hak dasar ini adalah apakah hak itu perlu dituangkan ke dalam aturan hukum. Mengenai masalah ini saya berpendapat bahwa hak dasar ini baik yang bersifat klasik maupun sosial tidak harus dituangkan ke dalam aturan hukum. Hal ini disebabkan hak-hak itu bersifat orisinal, bukan bersifat derivatif. Jika harus dituangkan ke dalam aturan hukum, tidak diaturnya hak-hak itu dalam konstitusi suatu negara berarti hak-hak itu bersifat

⁶⁶ W. Duk, *Op. cit.*, hlm. 164.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Cf. Pandangan Thomas Aquinas.

⁶⁹ W. Duk, *Loc. cit.*

⁷⁰ *Ibid.*



non-eksisten. Dan, yang demikian ini jelas-jelas bertentangan dengan hakikat kemanusiaan itu sendiri. Menurut pendapat saya, justru hak dasar itulah yang menjadi acuan bagi konstitusi dalam melindungi hak itu. Apa yang tertuang di dalam konstitusi dilaksanakan lebih lanjut dalam undang-undang negara. Apabila ternyata tidak tertuang di dalam undang-undang atau konstitusi tidak berarti hak itu tidak ada. Sebaliknya, justru hak itulah yang harus diacu manakala terjadi hal demikian dalam kasus yang konkret. Dalam hal inilah saya tidak sependapat dengan pandangan Meuwissen yang mengemukakan bahwa hak dasar (*grondrechten*) ini telah dirumuskan secara konkret sehingga secara langsung dapat diterapkan oleh hakim.⁷¹ Apabila pandangan ini diikuti, secara *a contrario* berarti bahwa apabila tidak dituangkan secara konkret dalam undang-undang, hakim tidak dapat mengacu secara langsung terhadap hak itu. Hal itu berarti eksistensi hak itu ditentukan oleh adanya aturan hukum. Mungkin saja maksud Meuwissen tidak demikian, namun apa yang dikemukakannya mengesankan seolah-olah ia penganut aliran legisme yang telah lama ditinggalkan di Belanda sejak adanya ajaran dari Paul Scholten.

Hak Politik

Dalam kaitannya dengan penyelenggaraan kehidupan bernegara, di samping memiliki hak dasar sebagai individu, setiap warga negara juga mempunyai hak politik. Hak politik berupa hak untuk ikut serta baik secara langsung maupun tidak langsung dalam penyelenggaraan pemerintahan. Hak untuk ikut serta dalam pemerintahan secara langsung misalnya, hak untuk dipilih menjadi anggota lembaga politik, yaitu lembaga perwakilan rakyat dan anggota kabinet, hak untuk menjadi kepala pemerintahan dan kepala daerah. Adapun hak untuk ikut serta dalam pemerintahan secara tidak langsung adalah hak untuk memilih anggota lembaga perwakilan dan memilih kepala daerah dan memilih kepala negara di negara republik. Di samping itu, terdapat juga hak politik yang secara tidak langsung memengaruhi penyeleng-

⁷¹ Lihat P. van Dijk, *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 268.



garaan kehidupan bernegara, yaitu hak untuk berunjuk rasa yang sebenarnya juga merupakan hak dasar.

Berbeda halnya dengan hak dasar yang tidak harus dituangkan ke dalam aturan hukum karena memang merupakan hak yang bersifat orisinal, hak politik harus dituangkan ke dalam konstitusi. Hal itu disebabkan konstitusi yang berasal dari bahasa Latin, *constitutio*, yang berarti tempat menempatkan aturan pokok. Selanjutnya dituangkan ke dalam undang-undang. Dengan demikian, akan terlihat batas-batas hak itu sehingga apabila terjadi sengketa akan dapat dijadikan dasar hukum bagi yang memutuskannya. Akan tetapi, apabila undang-undang tidak mengaturnya tidak berarti bahwa hak itu memang tidak dilindungi. Apabila terjadi hal semacam itu seyogianya yang diacu adalah konstitusi. Lalu, dalam hal tidak ada konstitusi tertulis, kembali lagi yang diacu adalah yang tertuang dalam piagam-piagam.⁷²

Hak Privat

Pada perempat awal abad XX, terdapat sumbangan pemikiran yang signifikan dalam perbincangan mengenai hak, yaitu tulisan W. H. Hohfeld tahun 1923 yang berjudul *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*.⁷³ Bagi Hohfeld, kalimat “X mempunyai suatu hak terhadap R” berbeda dengan kalimat “X mempunyai sebuah buku.”⁷⁴ Kalimat pertama merupakan pernyataan yang bersifat normatif sedangkan kalimat kedua bersifat deskriptif.⁷⁵ Menurut

⁷² Dalam sistem ketatanegaraan Inggris dikenal adanya *convention*, yaitu praktik penyelenggaraan ketatanegaraan yang dijalankan berdasarkan kebiasaan-kebiasaan. Hal ini dilakukan karena Inggris tidak memiliki konstitusi tertulis. Istilah *convention* dalam bahasa Inggris Amerika berarti *a duly constituted assembly of delegates or representatives of the people of a state or nation for the purpose of framing, revising, or amending its constitution*. Contohnya adalah sebagaimana tertuang di dalam *Article V* dari Konstitusi Amerika Serikat. Pengertian *convention* dalam bahasa Inggris Amerika semacam ini disebabkan Amerika memiliki konstitusi tertulis. Oleh karena itu, istilah “konvensi” dalam bahasa Indonesia bukan merupakan adaptasi dari *convention* bahasa Inggris British, melainkan dari Inggris Amerika, karena Indonesia sama halnya dengan Amerika Serikat, yaitu memiliki konstitusi tertulis. Oleh karena itulah, istilah tersebut harus diartikan seperti bahasa Inggris Amerika.

⁷³ J.G. Riddall, *Op. cit.*, hlm. 177.

⁷⁴ Lord Lloyd of Hampstead dan M.D.A. Freeman, *Op. cit.*, hlm. 443.

⁷⁵ *Ibid.*



Hohfeld, apabila seseorang bicara mengenai hak, hal itu akan mengacu kepada *right* atau *claim*, yaitu suatu hak untuk menuntut sesuatu. Misalnya X, seorang pemegang hak milik atas sebidang tanah mempunyai hak untuk mendapatkan kembali tanahnya yang telah diduduki oleh Y tanpa alas hak yang sah berhak untuk mengusir Z, seseorang yang masuk ke lahan itu secara melanggar hukum; *privilege*, yaitu hak untuk menikmati sesuatu, misalnya X dapat melakukan apa saja atau berada di mana saja di tanah miliknya; *power*, yaitu hak untuk melakukan transaksi secara hukum, misalnya X mempunyai hak untuk menjual tanahnya kepada Y; dan *immunity*, yaitu hak untuk tidak dirugikan dalam hal-hal tertentu. Misalnya X, seorang yang pailit, mempunyai hak untuk menolak disitanya pakaiannya dan beberapa barang tertentu yang menjadi miliknya dalam suatu sita eksekusi oleh juru sita pengadilan.⁷⁶

Meskipun banyak kritik dilontarkan terhadap pandangan Hohfeld ini, tidak dapat disangkal bahwa pandangan ini masih relevan terhadap perbincangan mengenai hak. Apa yang dikemukakan oleh Hohfeld ini sebenarnya berada dalam ruang lingkup hak privat.

Hak privat dibedakan antara hak absolut dan hak relatif.⁷⁷ Perbedaan itu mengenai tiga hal.⁷⁸ *Pertama*, hak absolut dapat diberlakukan kepada setiap orang, sedangkan hak relatif hanya berlaku untuk seseorang tertentu. Dengan adanya hak relatif ini, pihak ketiga harus menghormati hubungan hukum yang ada. *Kedua*, hak absolut memungkinkan pemegangnya untuk melaksanakan apa yang menjadi substansi haknya melalui hubungan dengan orang lain. Sisi balik dari hak absolut ini adalah orang lain tidak boleh melakukan pelanggaran atas kesempatan yang dimiliki oleh pemegang hak tersebut. Adapun hak relatif menciptakan tuntutan kepada orang lain untuk memberikan sesuatu, melakukan sesuatu, atau tidak melakukan sesuatu. Dengan demikian, sisi balik hak relatif adalah kewajiban orang lain untuk memberikan sesuatu (misalnya membayar harga pembelian),

⁷⁶ J.G. Riddall, *Loc. cit.*

⁷⁷ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 52.

⁷⁸ *Ibid.*



melakukan sesuatu (misalnya, membangun suatu proyek) atau tidak melakukan sesuatu (misalnya, dalam perjanjian distributor produsen melarang distributornya untuk mendistribusikan produknya di daerah tertentu). *Ketiga*, objek hak absolut pada umumnya benda sedangkan objek hak relatif adalah prestasi, yaitu memberikan sesuatu, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Akan tetapi, pada masa sekarang yang dikategorikan sebagai benda bukan hanya barang berwujud, melainkan juga barang tidak berwujud (*intangible goods/onli-chamelijke goederen*), seperti hak kekayaan intelektual.

Hak absolut dapat dibagi menjadi hak pribadi, hak kekeluargaan, hak kebendaan, dan hak atas barang-barang tidak berwujud.

Hak pribadi adalah hak manusia dalam kaitannya dengan diri sendiri orang tersebut. Hak itu berupa hak hidup,⁷⁹ hak atas tidak dicerai secara fisik, hak untuk menggunakan nama depan dan nama keluarga, dan hak untuk dicantumkan namanya sebagai pencipta atas karyanya di bidang kesusastraan, seni, dan ilmu pengetahuan.⁸⁰ Hak pribadi tidak dapat dialihkan.

Hak absolut berikutnya adalah hak kekeluargaan, yaitu hak yang berkaitan dengan hubungan kekeluargaan. Hak kekeluargaan yang terpenting saat ini adalah kekuasaan orang tua, perwalian, dan pengampuan. Kekuasaan orang tua adalah hak seorang ayah untuk mewakili kepentingan anak-anaknya yang masih belum cukup umur manakala keluarga itu masih utuh. Akan tetapi, manakala keluarga itu bubar baik karena kematian salah seorang atau kedua orang tua ataupun karena perceraian, kekuasaan orang tua berakhir pula. Anak-anak yang masih belum cukup umur berada di bawah perwalian. Apabila salah seorang dari kedua orang tua itu meninggal dunia, yang masih hidup itulah yang biasanya menjadi wali.⁸¹ Akan tetapi apabila kedua

⁷⁹ Juga merupakan hak dasar.

⁸⁰ Di dalam studi mengenai hak kekayaan intelektual, hak ini merupakan hak moral yang harus dibedakan dengan hak ekonomis. Oleh karena adanya hak moral inilah, meskipun hak ekonomis atas suatu ciptaan itu telah dialihkan kepada pihak lain, nama pencipta harus tetap dicantumkan sebagai pencipta pada karyanya.

⁸¹ Dalam hal tertentu hakim dapat memecatnya sebagai wali dan perwalian dipegang oleh orang lain yang ditetapkan oleh hakim. Wali yang dipecat biasanya yang dipandang tidak



orang tua meninggal dunia pada saat anak-anak belum cukup umur, hakim akan menetapkan seseorang yang akan menjadi wali bagi anak-anaknya. Adapun apabila terjadi perceraian, dengan mempertimbangkan keadaan anak-anak, hakim menetapkan siapa yang akan menjadi wali bagi anak-anak mereka. Dan, terakhir adalah pengampunan, yaitu suatu hak seseorang yang ditetapkan oleh pengadilan untuk mewakili kepentingan orang lain yang sudah cukup umur tetapi mengalami gangguan mental atau kejiwaan.

Kekuasaan orang tua, perwalian, dan pengampunan merupakan kekuasaan atas orang lain. Kekuasaan itu tidak boleh digunakan untuk kepentingan yang mempunyai kepentingan itu sendiri, melainkan untuk kepentingan mereka yang diwakilinya. Hak kekeluargaan tidak mempunyai nilai uang sehingga tidak dapat diperjualbelikan.⁸²

Hak kebendaan masuk ke dalam bilangan hak atas harta kekayaan. Hak atas harta kekayaan adalah hak yang dapat dinilai dengan uang. Karakteristik hak atas harta kekayaan adalah hak itu dapat dialihkan. Yang termasuk ke dalam hak itu adalah hak milik, hak untuk menikmati warisan, hak sewa,⁸³ dan hak guna bangunan. Di samping itu dalam perkembangan saat ini, hak pakai juga merupakan salah satu hak absolut dalam ruang lingkup hak atas harta kekayaan.

Hak kebendaan memberikan kepada pemegangnya kekuasaan atas benda yang dikuasainya. Hak itu dapat berupa penggunaan atau penikmatan suatu benda atau kadang-kadang hanya merupakan tolok ukur atas suatu nilai ekonomis untuk sekadar kepastian, misalnya gadai, hipotek, dan lain-lain. Hak yang memberikan kekuasaan sempurna kepada pemegangnya adalah hak milik. Adapun yang membatasi hak milik adalah hak-hak orang lain baik yang berupa hak pribadi (misalnya, hak untuk tidak dicerai secara fisik) maupun hak kebendaan (misalnya, hak sewa), undang-undang, dan aturan hukum tidak ter-

dapat mendidik anak-anaknya karena boros atau pemabuk (saat ini bahkan yang kecanduan obat-obatan dan narkotik).

⁸² P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 53.

⁸³ Termasuk sewa beli (*hire-purchase*) dan sewa guna usaha (*leasing*).



tulis.⁸⁴ Dengan demikian, kesempurnaan hak milik bukan tidak terbatas.

Hak atas barang tidak berwujud adalah hak atas suatu produk gagasan dan intelektual manusia yang berupa hak cipta, paten, hak atas merek, desain industri, rahasia dagang, dan desain tata letak sirkuit terpadu. Hak cipta adalah hak eksklusif bagi pencipta atau penerima hak untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya atau memberi izin untuk itu dengan tidak mengurangi pembatasan-pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Hak atas merek adalah hak eksklusif yang diberikan oleh negara kepada pemilik merek yang terdaftar dalam Daftar Umum Merek kantor merek suatu negara untuk jangka waktu tertentu dengan menggunakan sendiri merek tersebut atau memberikan izin kepada pihak lain untuk menggunakannya. Paten adalah hak eksklusif yang diberikan oleh negara kepada inventor atas hasil invensinya yang untuk selama waktu tertentu melaksanakan sendiri invensinya tersebut atau memberikan persetujuannya kepada pihak lain untuk melaksanakannya. Rahasia dagang adalah informasi yang tidak diketahui oleh umum di bidang teknologi dan/atau bisnis, mempunyai nilai ekonomi karena berguna dalam kegiatan usaha, dan dijaga kerahasiaannya oleh pemiliknya. Desain industri adalah suatu kreasi tentang bentuk, konfigurasi atau komposisi garis atau warna atau garis dan warna, atau gabungan daripadanya yang berbentuk tiga dimensi atau dua dimensi yang memberikan kesan estetis dan dapat diwujudkan dalam pola tiga dimensi atau dua dimensi serta dapat dipakai untuk menghasilkan suatu produk, barang, komoditas industri, atau kerajinan tangan. Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu adalah suatu produk dalam bentuk jadi atau setengah jadi yang di dalamnya terdapat berbagai elemen dan sekurang-kurangnya satu dari elemen tersebut adalah elemen aktif, yang sebagian atau

⁸⁴ Pada saat awal berkembangnya paham sosialisme, hak milik dipandang bukan sebagai hak yang mutlak, melainkan harus mempunyai fungsi sosial. Sampai akhir tahun 1960-an di negara-negara dunia ketiga berkembang pula pandangan bahwa hak milik mempunyai fungsi sosial. Runtuhnya negara-negara Eropa Timur yang sosialis dan bubarnya Uni Soviet pada akhir 1980-an dan awal 1990 serta terbukanya Republik Rakyat Tiongkok menjadikan pandangan hak milik mempunyai fungsi sosial tidak relevan.



seluruhnya saling berkaitan serta dibentuk secara terpadu di dalam sebuah bahan semikonduktor yang dimaksudkan untuk menghasilkan fungsi elektronik. Pada masa sekarang, yaitu era informasi saat ini, hak-hak itu mempunyai peranan yang sangat signifikan dalam pembangunan ekonomi dan pergaulan sosial.

Hak atas harta kekayaan yang bukan merupakan hak kebendaan merupakan hak relatif. Hak relatif memungkinkan pemegangnya menuntut suatu hak atas subjek hukum tertentu.⁸⁵

Hak privat baik yang absolut maupun relatif timbul karena adanya peristiwa hukum, hubungan hukum, dan perbuatan hukum. Perbuatan hukum dapat dibedakan menjadi perbuatan menurut hukum dan perbuatan melanggar hukum.⁸⁶

Privacy dan Perkembangan Teknologi

Dilihat dari segi karakternya, sebenarnya *privacy* masuk ke dalam bilangan hak dasar karena melekat pada aspek eksistensial manusia. Akan tetapi sebagaimana telah dikemukakan, bahwa Franken memberi pengertian hak dasar sebagai hak yang dimiliki setiap orang dan dijamin bebas dari suasana campur tangan negara. *Privacy* lebih dari yang dikemukakan oleh Franken tersebut. Berbeda halnya dengan hak dasar yang telah berkembang ratusan tahun, perbincangan mengenai *privacy* baru marak dengan terbitnya tulisan Warren dan Brandeis, “The Right to Privacy” pada *Harvard Law Journal* tahun 1890. Artikel itu merupakan perkembangan dari argumentasi yang dikemukakan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam kasus *Wheaton v Peters* tahun 1834. Dalam kasus itu, Mahkamah Agung Amerika Serikat tersebut menyebutkan bahwa, “*defendant asks nothing – wants nothing, but to be let alone until it can be shown that he has violated the rights of another.*” Dengan demikian, *privacy* merupakan perkembangan dari ungkapan mengenai hak “*to be let alone.*” Masalah *privacy* ini semakin

⁸⁵ Lihat pandangan Hohfeld.

⁸⁶ Perbuatan melanggar hukum atau bahasa Belanda *onrechtmatige daad* tidak sama dengan *tort* dalam bahasa Inggris. Terjemahan *onrechtmatige daad* dalam bahasa Inggris adalah *unlawful act*.



mengedepan dengan adanya perkembangan teknologi terutama dengan berkembangnya teknologi informasi.

Secara umum *privacy* diartikan sebagai *the right of a person to be free from unwarranted publicity*. Melakukan publikasi yang isinya mengandung identitas seseorang—seperti nama, *image*, atau suara—atau mengkomunikasikan informasi mengenai seseorang, bukan tidak mungkin akan menimbulkan isu mengenai hak atas *privacy*. Pada umumnya, setiap orang mempunyai hak-hak untuk mengontrol penggunaan informasi dan identitas atas dirinya sendiri meskipun apabila orang lain memiliki hak cipta atas karya yang diinformasikan itu.⁸⁷

Hak atas *privacy* meliputi kesendirian seseorang, komunikasi yang dilakukan oleh seseorang, data seseorang, dan persona seseorang. Kesendirian seseorang merupakan sesuatu yang harus dihargai dan tidak boleh diganggu karena bagian dari kemanusiaannya sebagai makhluk berbudaya. Seseorang mempunyai harapan yang masuk akal (*reasonable expectation*) akan *privacy* apabila ia berada di kamar mandi.⁸⁸ Pada saat ia menutup pintu kamar mandi, dapat dimaklumi kalau ia merasa tidak ada yang mengusiknya. Oleh karena itulah apabila terdapat kamera tersembunyi, hal itu dapat dianggap merupakan gangguan terhadap *privacy* orang tersebut. Hal yang sama juga berlaku apabila ia berada di sebuah kamar di hotel. Apa yang ia perbuat di hotel apakah seorang diri atau bersama orang lain tidak boleh diketahui oleh pihak lain sehingga apabila terdapat baik kamera atau alat perekam tersembunyi lainnya merupakan suatu pelanggaran atas *privacy* seseorang dan juga temannya tersebut. Komunikasi yang dilakukan seseorang dengan profesional, seperti dokter, advokat dan konsultan hukum, dan akuntan bersifat konfidensial. Dalam melakukan komunikasi semacam itu seseorang juga mempunyai harapan yang masuk akal (*reasonable expectation*) akan *privacy*. Akan tetapi, dalam melakukan komunikasi itu bukan tidak mungkin direkam. Namun demikian, rekaman itu me-

⁸⁷ Thomas J. Smedinghoff (Ed.), *Online Law*, Reading, Massachusetts: Addison-Wesley Developers Press, 1999, hlm. 269.

⁸⁸ David Baumer dan J.C. Poindexter, *Cyberlaw & E-Commewrce*, Boston: McGraw-Hill, 2002, hlm. 158.



upakan bagian dari rahasia profesi yang tidak boleh diungkapkan kepada pihak lain. Seorang pasien mungkin saja oleh seorang dokter diharuskan membuka baju atau bahkan bertelanjang untuk kepentingan pemeriksaan; jika yang menjadi pasien seorang selebriti, dokter yang memeriksa tidak boleh menghubungi fotografer untuk menempatkan kamera secara tersembunyi sehingga apabila hasil pemotretan secara rahasia itu kemudian dimuat di suatu tabloid hal itu merupakan pelanggaran atas *privacy* selebriti tersebut. Demikian juga komunikasi yang dilakukan oleh seseorang dengan orang lain tidak boleh disadap mengenai dengan siapa ia berkomunikasi dan apa isi komunikasinya. Selanjutnya, yang sangat rawan untuk dipublikasikan saat ini adalah data seseorang yang meliputi informasi mengenai *habit*, catatan medis, agama, afiliasi politik, catatan pembayaran pajak, gaji, catatan asuransi, dan keuangan. Begitu pula persona seseorang yang meliputi nama, identitas, foto, suara, dan lain-lain sering menjadi bahan publikasi. Publikasi atas data dan persona seseorang biasanya dilakukan untuk keuntungan yang memublikasikan.

Dengan berkembangnya teknologi informasi, kesempatan untuk melakukan pelanggaran terhadap *privacy* seseorang berlipat ganda. Informasi yang tidak dienkripsi (*unencrypted information*) dan disebarluaskan di internet rawan untuk diintersepsi atau secara tidak sengaja digunakan untuk tujuan yang lain dari yang dimaksudkan oleh pemberi informasi. Hal itu menunjukkan bahwa internet bukan tempat yang aman bagi seseorang untuk mempunyai harapan yang masuk akal (*reasonable expectation*) akan *privacy*.⁸⁹

Negara-negara maju memiliki data pribadi yang lengkap tentang setiap warganya mulai dari lahir sampai meninggal dunia. Data semacam itu pada masa lalu dituangkan ke dalam dokumen yang berbasis kertas. Tidak heran kalau dalam gedung penyimpanan data atau arsip terlihat tumpukan kertas yang tidak elok pada pandangan mata dan mungkin saja menjadi sarang bakteri. Komputerisasi telah mengubah semua hal itu. Data yang berupa tumpukan kertas yang tinggi dapat

⁸⁹ *Ibid.*



dituangkan ke dalam beberapa keping *compact disc* (CD) yang tidak menyita tempat dan mudah dilacak. Pada saat belum diketemukannya penyimpanan lewat disket atau *hard disk* komputer sudah terjadi pencurian, pemalsuan, dan penyalahgunaan data. Dengan diketemukannya teknologi informasi, akses data menjadi lebih mudah, lebih marak pula pencurian, pemalsuan, dan penyalahgunaan data.

Dalam suatu sistem yang sudah *online*, tidak dapat dihindari kalau suatu perusahaan mengakses data pribadi seorang yang disimpan di instansi pemerintah untuk ditawarkan berbisnis dengan perusahaan itu. Suatu perusahaan asuransi mobil, misalnya, dapat saja mengakses data kantor pembayaran pajak kendaraan bermotor untuk mengetahui pemilik mobil mewah guna ditawarkan menjadi nasabah bagi perusahaannya. Tindakan demikian jelas-jelas melanggar *privacy* pemilik mobil itu.

Dalam kegiatan di internet terdapat tiga hal yang biasanya berpotensi menjadi pelanggaran terhadap *privacy*. Ketiga hal tersebut adalah: (1) informasi mengenai seseorang diperoleh tanpa pengetahuan atau persetujuan yang bersangkutan; (2) perusahaan yang ada di internet memasang web site tetapi tidak memiliki kebijakan mengenai *privacy*; dan (3) web site memperoleh, menyimpan, atau mengirimkan informasi seseorang yang sensitif mengenai keadaan keuangan, catatan medis, atau urusan keluarganya. Di samping itu, Internet Service Provider (ISP) juga mempunyai peranan yang signifikan dalam pengungkapan informasi di internet. ISP tidak boleh menahan atau menyadap informasi yang dikirim oleh pelanggan untuk dibukakan kepada pihak lain. Oleh karena itulah, setiap pelanggan memiliki *password* untuk menjaga kerahasiaan informasi itu.

Dalam rangka melindungi hak atas *privacy* dari serbuan teknologi informasi itulah di beberapa negara kemudian dikembangkan *privacy law*. Akan tetapi, tidak berarti dalam suatu negara yang belum mempunyai undang-undang tentang *privacy*, lalu di negara itu *privacy* tidak dihormati. Penghormatan atas *privacy* di negara-negara dengan *common law system* didasarkan atas *common law* dan di Amerika Serikat didasarkan juga atas *Fourth Amendment*.



Pertanyaan yang menggelitik adalah apakah *privacy* juga berlaku bagi figur publik. Jawabnya adalah ya, karena figur publik juga ingin wilayah pribadinya tidak diganggu orang lain. Suatu contoh konkret adalah marahnya Ratu Elizabeth terhadap pers Inggris yang terus menguntit Pangeran Charles dan Lady Diana ketika mereka berada di suatu pantai dalam rangka berbulan madu dan memuat potret mereka di surat kabar. Sang Ratu menggugat pers Inggris dan menilai pers tidak memberikan ruang untuk *privacy* mereka. Sudah barang tentu apa yang dikemukakan oleh Ratu Elizabeth tidak didasarkan pada *privacy law*, karena kala itu teknologi informasi belum berkembang dan *privacy law* juga belum ada.

Selanjutnya, yang juga perlu dikemukakan dalam tulisan ini adalah kebebasan untuk mengakses informasi publik juga tidak boleh melanggar hak atas *privacy* penyelenggara negara. Semua pejabat negara dan pemerintahan tetap memiliki hak atas *privacy* mereka. Jika mereka diduga melakukan suatu perbuatan yang berupa kejahatan atau pelanggaran atau perbuatan melanggar hukum di bidang perdata dan administrasi, hal itu bukan berada dalam ruang lingkup *privacy* dan yang demikian ini dapat diakses oleh masyarakat.

Di samping itu, kebebasan untuk memperoleh informasi publik juga tidak boleh menyentuh hal-hal yang bersifat strategis dalam kehidupan bernegara, karena akan mengganggu penyelenggaraan kehidupan bernegara. Yang dapat diakses oleh publik adalah *policy* atau *beleid*. Adapun cara melaksanakan *policy* atau *beleid* merupakan suatu *art* penyelenggara kehidupan bernegara. *Art* bersifat sangat individual dan tidak dapat diungkapkan kepada pihak lain. Oleh karena itulah, meskipun *art* bukan merupakan *privacy*, *art* bukan menjadi bagian dari sesuatu yang dapat diakses oleh publik.



BAB 5

Pengertian-pengertian Elementer dalam Hukum

HUKUM PUBLIK DAN HUKUM PRIVAT

Dilihat dari kepentingan yang diaturnya, ada dua macam hukum, yaitu hukum publik dan hukum privat. Yang pertama kali melakukan pembagian tersebut adalah Ulpianus. Menurut Ulpianus, "*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim.*"¹ Dari ungkapan ini dapat ditafsirkan bahwa *ius publicum* atau hukum publik berkaitan dengan fungsi negara sedangkan hukum privat berkaitan dengan kepentingan individu.

Ada dua alasan mengapa diadakan pembedaan itu. Alasan pertama, negara berfungsi untuk melaksanakan kehendak rakyatnya. Negara dibentuk untuk menjaga terpeliharanya kehidupan berbangsa, melindungi warganya dari serangan musuh dari luar, meningkatkan kesejahteraan sosial, dan memberdayakan warganya. Di sini negara bertindak sebagai fasilitator dalam kehidupan berbangsa. Dalam melaksanakan fungsi tersebut, diperlukan aturan-aturan hukum. Aturan-aturan hukum itu mungkin saja diadopsi dari praktik-praktik dalam pergaulan hidup bermasyarakat. Akan tetapi dengan semakin besarnya

¹ P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 36. Terjemahan bebasnya adalah studi hukum meliputi dua bidang, yaitu hukum publik dan hukum privat. Hukum publik adalah hukum yang berkaitan dengan pengaturan negara Romawi, hukum privat berkaitan dengan kepentingan orang secara individual: sebenarnya, yang satu melayani kepentingan masyarakat dan yang lain melayani kepentingan individu.

organisasi yang terdiri dari kebhinekaan suku, budaya, dan adat-istiadat, harus ada aturan-aturan yang lain daripada yang ditetapkan oleh masyarakat. Aturan-aturan itulah yang diciptakan oleh organisasi negara dalam rangka melaksanakan fungsinya. Hal ini merupakan alasan ontologis eksistensi hukum publik. Alasan kedua adalah mengenai hubungan yang diaturnya. Hukum melayani bermacam-macam kepentingan. Kepentingan-kepentingan yang diatur oleh hukum dapat dibedakan antara kepentingan umum dan kepentingan khusus. Kepentingan umum berkaitan dengan kebersamaan dalam hidup bermasyarakat. Penguasa melalui hukum publik harus memelihara kepentingan umum. Sebaliknya, dalam suatu kehidupan bermasyarakat, warga masyarakat mempunyai kebebasan untuk mengadakan hubungan di antara sesamanya. Dalam hubungan yang demikian, yang terlibat adalah kepentingan mereka yang mengadakan hubungan yang dalam hal ini disebut kepentingan khusus. Kepentingan demikian diatur oleh hukum privat.

Persoalan yang timbul dari digunakannya ukuran kepentingan untuk membedakan hukum publik dari hukum privat adalah apakah yang disebut kepentingan umum dan manakah yang merupakan kepentingan khusus? Kepentingan politik karena berkaitan dengan negara jelas dapat dikualifikasi sebagai kepentingan umum. Begitu juga keamanan merupakan kepentingan bersama warga masyarakat sehingga dapat dikategorikan sebagai kepentingan umum. Oleh karena itulah, hukum tata negara dan hukum administrasi negara yang berkaitan dengan negara dan hukum pidana bersama-sama dengan hukum acara pidana karena berkaitan dengan kepentingan bersama diklasifikasikan sebagai hukum publik. Sebaliknya, kepentingan yang bersifat pribadi, misalnya berdomisili, perkawinan, kepemilikan harta kekayaan, dan pewarisan merupakan kepentingan khusus sehingga yang mengaturnya adalah hukum privat.

Memang, secara tradisional yang termasuk ke dalam bilangan hukum publik adalah hukum tata negara, hukum administrasi, hukum pidana dan hukum acara pidana. Dalam perkembangan selanjutnya, terdapat bidang-bidang hukum yang penegakannya harus dilakukan



oleh negara karena dipandang berkaitan dengan kepentingan umum sehingga masuk ke dalam pengaturan hukum publik, misalnya hukum lingkungan. Penentuan mana yang merupakan kepentingan umum sehingga masuk ke wilayah hukum publik dan yang mana yang merupakan kepentingan khusus sehingga masuk ke dalam wilayah hukum privat bergantung kepada pembuat undang-undang. Namun pembuat undang-undang juga dipengaruhi oleh faktor ekonomi, sosial, politik, dan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Namun mereka bebas membuat pilihan mengenai faktor apakah yang paling dipertimbangkan dalam membuat putusan sesuai dengan pandangan partai yang menguasai lembaga pembuat undang-undang itu.²

Di dalam wilayah hukum publik, hukum tata negara merupakan suatu esensialitas dalam hidup bernegara. Oleh karena itu, tidak salah jika dalam literatur hukum tata negara disebut sebagai *basic law*, yaitu hukum yang mendasari eksistensi hukum-hukum lainnya. Hal itu berarti tanpa hukum tata negara tidak ada hukum-hukum yang lain. Namun demikian, tidak selalu hukum tata negara itu bersifat tertulis. Dalam suatu masyarakat kecil yang di dalamnya terdapat beberapa orang yang mengendalikan persekutuan itu, tentu saja kepada mereka diberikan kewenangan-kewenangan tertentu meskipun tidak tertulis. Hal ini merupakan embrio hukum tata negara.

Hukum tata negara adalah hukum yang berkaitan dengan organisasi negara. Hal yang menjadi objek pengaturan hukum tata negara adalah kewenangan organ-organ negara, hubungan antar-organ negara, hak asasi manusia, kewarganegaraan, keabsahan undang-undang dan peraturan-peraturan, partai politik, dan pemilihan umum. Apabila ditelaah, hukum tata negara kewenangan dan tugas organ negara, hak dan kewajiban warga negara dan hak asasi manusia dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara.

Berbeda halnya dengan hukum administrasi. Jika hukum tata ne-

² Pembentuk undang-undang di negara-negara dengan sistem parlementer adalah parlemen, yaitu Dewan Perwakilan Rakyat. Di Amerika Serikat, pembentuk undang-undang adalah *Congress*, yang terdiri dari dua lembaga, yaitu *The House of Representatives* (Dewan Perwakilan Rakyat) dan *Senates* (Wakil Negara Bagian).



gara berkaitan dengan semua organ negara, hukum administrasi hanya berkaitan dengan organ administrasi saja dalam kerangka bekerjanya kekuasaan eksekutif. Secara umum hukum administrasi diartikan sebagai hukum yang mengatur hubungan antara organ administrasi dengan warga masyarakat. Ciri khas hukum administrasi adalah selalu berbentuk tertulis. Jika dalam hukum tata negara dimungkinkan adanya konvensi,³ yaitu kebiasaan-kebiasaan dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara yang dianggap mengikat meskipun tidak tertulis, dalam hukum administrasi tidak ada tempat bagi hukum kebiasaan. Bidang-bidang yang menjadi objek pengaturan hukum administrasi adalah perizinan, pegawai negeri, pajak, pendaftaran yang menciptakan hak, dan tindakan organ administrasi.

Bidang hukum selanjutnya yang secara tradisional masuk ke dalam bilangan hukum publik adalah hukum pidana. Hukum pidana adalah hukum yang menetapkan perbuatan-perbuatan apa saja yang dilarang dan menetapkan sanksi bagi yang melakukan perbuatan-perbuatan itu. Perbuatan-perbuatan itu mungkin merupakan suatu tindakan atau suatu pembiaran artinya harus berbuat sesuatu tetapi tidak berbuat apa-apa. Gagasan dasar diadakannya hukum pidana adalah untuk mencegah terjadinya perbuatan-perbuatan yang merugikan masyarakat. Akan tetapi, tidak semua perbuatan yang merugikan masyarakat merupakan perbuatan pidana. Jadi, yang menetapkan perbuatan apa saja yang merupakan perbuatan yang diancam dengan pidana bagi yang melakukannya adalah pembuat undang-undang. Dengan demikian, tidak semua perbuatan yang merugikan masyarakat dapat dikenai sanksi pidana. Dalam hukum pidana berlaku asas legalitas.

Asas legalitas tersebut tertuang dalam bahasa *Nullum delictum*,

³ Konvensi dalam hal ini berasal dari kata *convention* dalam bahasa Inggris British yang artinya kebiasaan-kebiasaan dalam kenegaraan. Dalam bahasa Inggris Amerika, istilah itu merujuk kepada pertemuan-pertemuan atau konferensi partai politik dalam rangka pencalonan presiden atau anggota senat di samping juga konferensi untuk amandemen UUD. Dalam hukum internasional istilah *convention* merupakan perjanjian internasional. Di samping itu, istilah *convention* secara umum juga digunakan untuk menyebut pertemuan atau konferensi.



nulla poena sine praeve lege poenali,⁴ yang artinya, “tidak ada seorang pun dapat dipidana karena melakukan sesuatu perbuatan jika tidak ada aturan undang-undang yang mengatur sebelum perbuatan itu dilakukan.” Proposisi itu pertama kali dikemukakan oleh Anselm von Feuerbach, seorang yuris bangsa Jerman dalam karyanya *Lehrbuch des peinlichen Recht*. Akan tetapi, ungkapan demikian tidak dapat dijumpai dalam hukum Romawi purba yang ditulis dalam bahasa Latin. Moeljatno, yang mencari asal mula ungkapan itu menemukan bahwa dalam suatu artikel yang berjudul *Tijdschrift v Strafrecht* disebutkan bahwa pada masa Romawi terdapat perbuatan-perbuatan pidana yang disebut *crimina extra ordinaria*, yaitu perbuatan-perbuatan pidana yang tidak diatur oleh undang-undang.⁵ Salah satu *crimina extra ordinaria* disebut *crimina stellionatus*, yang secara harfiah diterjemahkan sebagai perbuatan jahat. Perbuatan pidana semacam itu tidak diatur dalam undang-undang pada masa Romawi. Ketika hukum Romawi diterima di Eropa Barat pada abad Pertengahan, pengertian *crimina extra ordinaria* juga diterima oleh raja yang memerintah. Penerimaan itu memungkinkan raja melaksanakan kekuasaan absolutnya untuk menjatuhkan pidana terhadap orang-orang yang berbuat salah dalam rangka mengamankan posisinya.⁶

Begitu absolutisme tumbuh pesat pada *Ancient Regime*, terdapat tuntutan mengenai perlindungan hukum bagi warga negara dari kekuasaan raja yang bersifat absolut. Dalam bukunya yang terkenal, *L'Esprit des Lois*, Montesquieu memperkenalkan doktrin pemisahan kekuasaan yang oleh Immanuel Kant disebut *Trias Politica*. Menurut doktrin tersebut, tugas hakim terbatas pada penerapan hukum yang dibuat oleh kekuasaan legislatif.⁷ Pernyataannya yang terkenal adalah:

⁴ Terjemahan harfiahnya adalah “tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pemidanaan tanpa aturan undang-undang yang telah ada sebelumnya yang memidananya.” Jelaslah bahwa asas legalitas merujuk kepada adanya undang-undang terlebih dahulu. Kata *lege* dalam asas tersebut merupakan deklensi dari *lex* yang artinya undang-undang. Hukum dalam bahasa Latin disebut *ius*. Lihat Bab 1.

⁵ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 2002, hlm. 24.

⁶ *Ibid.*

⁷ Paul Scholten, *Op. cit.*, hlm. 2.



*“Les juges de la nation ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de la loi: des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.”*⁸ Di samping itu, ia menyatakan, *“Plus le gouvernement approche de la république plus la manière de juger devient fixe.”* Montesquieu mengemukakan tiga tipe negara: *l'état despotique* (negara despotisme), *l'état monarchique* (negara monarki), dan *l'état républicain* (negara republik). Menurut Montesquieu, negara republik adalah tipe negara yang ideal. Pada masa Montesquieu hidup, Perancis merupakan negara monarki. Dalam penglihatan Montesquieu, *“Dans les états monarchiques il y a une loi; là où elle est précise le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit.”*¹⁰ Sebaliknya, dalam negara despotisme *“il n'y a pas de lois; le juge est lui-même sa règle.”*¹¹ Ia merindukan negara republik yang untuk hal itu ia menyatakan, *“Dans l'état républicain il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi.”*¹² Pernyataan tersebut secara implisit menyuarakan adanya asas legalitas.

Karya Montesquieu dan penulis-penulis lain semasanya, yaitu Rousseau dan Voltaire, telah memberi inspirasi terhadap Revolusi Perancis 14 Juli 1789. Revolusi itu telah menghasilkan *La Declaration des droit de l'homme et du citoyen* (Deklarasi Hak-hak Manusia dan Warga Negara), yang di dalamnya tertuang asas legalitas. Pada abad XX, asas tersebut tertuang di dalam Pasal 11 (2) *the Universal Declaration of Human Rights* Perserikatan Bangsa-Bangsa dan Pasal 7 *Treaty of Rome on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

Akhirnya, yang secara tradisional termasuk ke dalam wilayah hu-

⁸ Terjemahan bebasnya adalah: Hakim bangsa ini bukanlah mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang; ada suatu kesadaran untuk tidak melunakkan kekuatan maupun ketegarannya. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris: Gallimard, 1995, Livre XI, Chapitre VI, hlm. 337.

⁹ Terjemahannya: Semakin pemerintahan mendekati bentuk republik, semakin kaku cara kerja hakim. *Ibid.* Livre VI, Chapitre III, hlm. 200.

¹⁰ Di negara-negara monarki, ada satu hukum; apabila ditemukan hukum yang tepat, hakim mengikuti huruf-huruf itu secara tepat; apabila tidak ditemukan secara tepat, ia mencari semangat hukum itu. *Ibid.*

¹¹ Tidak ada hukum; hakim sendiri yang menjadi hukum. *Ibid.*

¹² Dalam suatu negara republik, merupakan suatu hakikat konstitusi bahwa hakim mengikuti huruf-huruf undang-undang. *Ibid.*



kum publik adalah hukum acara pidana. Hukum acara pidana adalah hukum yang berisi tentang prosedur penanganan perkara pidana apabila ada dugaan telah terjadi perbuatan pidana. Hal-hal yang diatur dalam hukum tersebut adalah penyelidikan, penyidikan, keabsahan dan kewenangan pengadilan, penuntutan, pembuktian, penjatuhan sanksi, dan eksekusi terhadap terpidana. Dalam hukum acara pidana ini inisiatif untuk mulai beperkara berada di tangan negara yang diwakili oleh jaksa. Oleh karena itu, hukum acara pidana ini masuk ke dalam bilangan hukum publik.

Apabila hukum publik secara tradisional meliputi hukum tata negara, hukum administrasi, hukum pidana, dan hukum acara pidana, maka hukum privat secara tradisional hanya meliputi hukum perdata dan hukum acara perdata saja. Pada masa sekarang, cakupan hukum privat lebih dari itu. Jika hukum administrasi masuk ke dalam bilangan hukum publik, tidak demikian halnya dengan hukum acara peradilan administrasi. Berbeda dengan peradilan pidana yang inisiatif untuk menyelenggarakan peradilan dilakukan oleh negara, pada peradilan administrasi, inisiatif untuk menyelenggarakan peradilan dilakukan oleh individu yang dirugikan oleh tindakan atau keputusan organ administrasi. Hal ini menyerupai hukum acara perdata yang inisiatif untuk beperkara dilakukan oleh individu bukan oleh negara. Dalam hal negara mengajukan gugatan perdata kepada individu, kapasitas negara tersebut sebagai individu bukan sebagai organ publik. Di samping hukum acara peradilan administrasi yang merupakan bidang baru dalam cakupan hukum privat adalah hukum bisnis.

Hukum perdata mengatur status seseorang, kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum dengan akibatnya, domisili, perkawinan dengan segala akibatnya, hak kebendaan dan hak atas orang, pewarisan, dan kekedaluwarsaan. Bidang-bidang itu memang bersifat pribadi, akan tetapi dalam rangka kepastian hukum,¹³ negara juga diundang untuk membuat peraturan di bidang-bidang itu. Bahkan negara, juga karena pertimbangan moral juga dapat membatasi kehendak

¹³ Lihat Bab Tujuan Hukum.



seseorang yang bersifat sangat pribadi. Sebagai contoh dalam hal ini adalah adanya ketentuan *legitieme portie* dalam hukum waris yang ter-tuang di dalam *Burgerlijk Wetboek* Indonesia yang menetapkan bagian terkecil ahli waris *ab intestato* (tidak lewat testamen) yang tidak boleh diganggu dengan testamen sekalipun dan adanya batas minimum usia kawin dalam undang-undang Perkawinan.

Hukum bisnis merupakan perkembangan hukum perdata. Jika titik berat hukum perdata adalah masalah-masalah yang bersifat pribadi, pada hukum bisnis yang menjadi fokus pengaturan adalah hubungan individu dengan individu lainnya dalam rangka sama-sama mencari keuntungan. Adapun yang menjadi cakupan hukum bisnis adalah hukum kontrak, hukum perseroan, hukum pasar modal, hukum ketenagakerjaan, hukum hak kekayaan intelektual, hukum perbankan, hukum asuransi, hukum transportasi, dan hukum penyelesaian sengketa alternatif.

Akhirnya, yang secara tradisional masuk ke dalam wilayah hukum privat adalah hukum acara perdata. Hukum ini mengatur mengenai gugatan yang objeknya meliputi juga objek yang diatur dalam hukum bisnis, keabsahan dan kewenangan pengadilan, pembuktian, penjatuh-an putusan, dan eksekusi putusan.

Apabila ditelaah, dalam perbincangan mengenai hukum privat, hukum bisnis telah dimasukkan ke dalam wilayah hukum privat. Hal ini mengandung pengertian bahwa kepentingan bisnis dipandang sebagai kepentingan khusus bukan kepentingan umum. Akan tetapi, tidak demikian halnya dengan kepentingan ekonomi. Kepentingan ekonomi masih dipandang sebagai kepentingan umum. Oleh karena itulah, hukum ekonomi masuk ke dalam wilayah hukum publik.

Hukum ekonomi mempunyai konotasi campur tangan pemerintah dalam bidang ekonomi. Menurut Clive Smitthoff, *economic law* adalah *regulation of state interference with the affairs of commerce, industry, and finance*.¹⁴ Pandangan ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Dagenkamp yang mengatakan bahwa *economisch recht* adalah *die*

¹⁴ Clive Smitthoff, *The Concept of Economic Law in England*, Stevens & Sons, 1977, hlm. 39.



*onderdelen van het recht die overheden ten dienste staan bij het voeren van hun economisch beleid.*¹⁵ Adapun mengenai hukum bisnis Smitthoff menyatakan bahwa:¹⁶

“In this country, a considerable body of laws is nowadays applied and developed not only by the members of the legal profession but also professionally trained business administrators and advisers. Business Law includes, therefore, if necessity, the law-creating practice of professional accountants, company secretaries, bankers, insurers, exporters, and other sections of business community.”

Adanya pandangan sebagaimana dikemukakan oleh Smitthoff dan Dagenkamp tersebut tidak dapat dilepaskan dari perkembangan teori ekonomi. Teori ekonomi yang relevan dengan perbincangan tentang kepentingan umum dan kepentingan khusus ini adalah teori pendapatan.

Teori pendapatan ini pertama kali dikemukakan oleh ekonom mazhab klasik. Asumsi dasar teori ini adalah tenaga kerja dan sumber-sumber daya lainnya selalu habis terpakai semuanya.¹⁷ Hal itu disebabkan adanya asumsi bahwa barang yang diproduksi selalu habis dikonsumsi. Oleh karena itu, para ekonom mazhab klasik berasumsi bahwa kelebihan produksi dan pengangguran tidak bakal terjadi atau sesuatu yang mustahil dalam situasi normal. Kalau saja ada sedikit penurunan dalam pemakaian sumber daya, hal itu akan berlangsung sebentar saja dan situasi demikian merupakan situasi yang abnormal. Menurut ekonom mazhab klasik, situasi demikian terjadi karena campur tangan pemerintah atau karena adanya monopoli perusahaan tertentu atau disebabkan oleh salah perhitungan para pebisnis. Jika situasi telah kembali normal, keseimbangan (*equilibrium*) kembali terjadi. Menurut kaum klasik, kebijakan *laissez-faire* menjamin terpakainya sumber daya secara keseluruhan. Hal itu disebabkan menurut mereka, *laissez-*

¹⁵ Dagenkamp, *Economisch Recht*, Tjeenk-Willink, 1982, hlm. 3.

¹⁶ Clive Smitthoff, *Op. cit.*, hlm. 41.

¹⁷ K. K. Dewett *et al.*, *Modern Economic Theory*, New Delhi: Shyam Lal Charitable Trust, 2005, hlm. 452.



faire bersifat *self-adjusting*.¹⁸ Oleh karena itulah, kepentingan ekonomi merupakan kepentingan khusus. Dalam hal demikian, pemerintah tidak perlu melakukan intervensi dalam aktivitas di bidang ekonomi. Dengan demikian, kepentingan itu merupakan wilayah pengaturan hukum privat.

Pada 1929-1934 terjadi *the Great Depression*, yaitu suatu keadaan terdapatnya pengangguran secara luas dan rendahnya pendapatan nasional. Ternyata teori pendapatan tidak dapat menerangkan adanya kenyataan semacam itu. Oleh karena itulah, seorang ekonom Inggris bernama John Maynard Keynes melalui bukunya *General Theory of Employment, Interest, and Money* membenarkan peranan pemerintah dalam memulihkan keseimbangan. Hal itu disebabkan pada kenyataannya sistem ekonomi tidak bersifat *self-adjustment* sebagaimana dugaan mazhab klasik. Begitu juga asumsi bahwa produksi selalu habis dikonsumsi apabila sebagian pendapatan disimpan untuk ditabung.¹⁹ Permintaan secara agregat tidak selalu sama dengan penawaran secara agregat. Menurut Keynes, akar penyebab terjadinya keseimbangan tetapi minimnya penyerapan tenaga kerja atau keseimbangan tetapi disertai pengangguran adalah berkurangnya permintaan secara agregat. Berkurangnya permintaan tersebut disebabkan oleh adanya perbedaan antara pendapatan dan konsumsi. Begitu pendapatan naik, konsumsi juga naik tetapi tidak proporsional. Apabila investasi naik, hal itu dapat menjembatani perbedaan antara pendapatan dan konsumsi. Menurut Keynes, keseimbangan yang di dalamnya banyak terjadi pengangguran merupakan ciri khas perekonomian tanpa campur tangan pemerintah. Untuk meningkatkan lapangan kerja, menurut Keynes, pemerintah harus melakukan investasi sendiri dan tidak menyerahkannya kepada investor swasta.²⁰ Di samping itu, melalui anggaran pendapatan dan belanjanya, pemerintah harus meningkatkan permintaan secara agregat.²¹ Oleh karena itulah, kepentingan ekonomi

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 457.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 463.

²¹ Muana Nanga, *Makro Ekonomi*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2001, hlm. 42.



terutama yang berkaitan dengan kebijakan investasi dan permintaan secara agregat dalam rangka meningkatkan pendayagunaan tenaga kerja guna meningkatkan pendapatan merupakan kepentingan umum. Dengan demikian, untuk masalah-masalah tersebut perlu diatur oleh hukum publik.

Meskipun Keynes melegitimasi peranan pemerintah dalam aktivitas ekonomi, maksud utama Keynes adalah untuk menyelamatkan sistem ekonomi pasar.²² Oleh karena itu, kegiatan ekonomi selain yang berkaitan dengan peningkatan pendapatan dan pencegahan pengangguran masih dipandang sebagai kepentingan khusus. Konsekuensinya, pengaturan di luar bidang tersebut merupakan wilayah pengaturan hukum privat.

Perbedaan hukum publik dan hukum privat juga ditentukan oleh siapa yang melakukan perbuatan.²³ Apabila yang melakukan perbuatan itu penguasa, yang menguasai adalah hukum publik. Sebaliknya, jika yang melakukan perbuatan adalah individu, perbuatan itu dikuasai oleh hukum privat. Perbuatan yang dilakukan itu baik oleh penguasa maupun oleh masyarakat adalah dalam rangka memaksimalkan kemanfaatan. Pembedaan semacam itu jelas dipengaruhi oleh pandangan utilitarianisme.

Pembedaan hukum publik dan hukum privat atas dasar tersebut pertama kali dikemukakan oleh Thorbecke.²⁴ Pandangan yang sama juga dikemukakan oleh Loeff. Ia adalah seorang penganut kedaulatan negara yang ketat. Dalam pandangannya, semua hukum berkaitan dengan *utilitas publica*. Ukuran untuk membedakan hukum publik dan hukum privat menurut Loeff adalah untuk hubungan apakah negara menetapkan ketentuan-ketentuan itu. Ketentuan yang bersifat privat mengatur hubungan di antara sesama individu. Adapun ketentuan yang bersifat publik mengatur hubungan antara negara dengan warga masyarakat. Oleh karena itulah, ia sampai kepada pandangan bahwa

²² M. Dawam Rahardjo, *Perekonomian Indonesia*, Jakarta: LP3ES, 1987, hlm.34.

²³ Henk Simon, *Publiekrecht Of Privaatrecht*, Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink, 1993, hlm. 73.

²⁴ *Ibid*.



hukum privat mengatur hubungan yang sederajat dan hukum publik mengatur hubungan yang tidak sederajat yang dalam hal ini negara mempunyai posisi yang lebih tinggi daripada individu.

Di samping pandangan Loeff tersebut, terdapat ajaran mengenai hukum sehari-hari yang dibangun antara lain oleh Hamaker dan dikembangkan lebih lanjut oleh pengikutnya.²⁵ Menurut ajaran ini, hukum privat antara lain dipandang sebagai hukum sehari-hari yang hidup dan ada dalam masyarakat yang dapat disimpangi oleh penguasa hanya melalui undang-undang dan peraturan-peraturan. Penyimpangan demikian merupakan pelaksanaan wewenang. Dalam pandangan ini, hukum publik dan hukum privat berada pada posisi sebagai hukum yang bersifat umum dan hukum yang bersifat khusus yang berhadapan satu terhadap lainnya.

Kedua pandangan itu tidak dapat dilepaskan dari ajaran kekuasaan mengenai kewenangan. Kewenangan penguasa dapat dilacak dari keberadaan negara. Negara mempunyai kedaulatan, sehingga penguasa sebagai wakil dari kekuasaan yang berdaulat dalam pelaksanaan tugasnya hanya terikat kepada aturan-aturan internal yang bukan menjadi kompetensi hakim peradilan umum. Dengan perkataan lain, dalam bidang yang terbatas tempat penguasa beraktivitas, harus terdapat kebebasan yang besar.²⁶

Mengenai ajaran hukum sehari-hari perlu dikemukakan pandangan Paul Scholten secara lebih perinci. Ia mengemukakan perbedaan dua macam hukum: yang mengatur tingkah laku individu di suatu masyarakat dan yang mengenai organisasi masyarakat itu sendiri. Ia menyebut yang pertama sebagai hukum sehari-hari dan yang terakhir sebagai aturan hukum yang bersifat lain daripada hukum sehari-hari, karena aturan itu bukan mengenai tingkah laku individu dalam hidup bermasyarakat, tetapi berkaitan dengan pembentukan dan mempertahankan hukum.

Memang, apa yang secara klasik disebut hukum sebagai hukum

²⁵ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 37.

²⁶ *Ibid.*



privat, oleh Paul Scholten disebut sebagai hukum sehari-hari. Hukum ini meliputi pengaturan tentang jual beli, perkawinan, perjanjian kerja dan lain-lain.²⁷ Adapun hukum yang bukan hukum sehari-hari berkaitan dengan cara pembentukan undang-undang, kekuasaan kehakiman, dan hubungan antara raja dengan parlemen. Dilihat dari pola pikir semacam itu logislah kalau dikatakan bahwa keberadaan apa yang secara klasik disebut hukum privat ditentukan oleh hukum publik. Oleh karena itu dengan mengikuti pola pikir demikian, tepatlah yang dikatakan oleh Baco bahwa hukum privat berada dalam naungan hukum publik.²⁸

Untuk menanggapi pandangan seperti itu, Paul Scholten mengemukakan bahwa hukum sebagai aturan-aturan tingkah laku telah ada bersamaan dengan adanya masyarakat hukum.²⁹ Aturan-aturan itu oleh legislatif ditetapkan sebagai undang-undang dan atas dasar undang-undang itulah hakim membuat putusan.³⁰ Dengan demikian, aturan-aturan itu sebenarnya telah ada sebelum dirumuskan oleh penguasa. Hukum publik dalam hal ini menempatkan hukum privat pada posisi yang layak. Berdasarkan pemikiran itu, hukum privat terbentuk bukan diciptakan oleh negara. Oleh karena itu, kurang tepatlah pandangan Baco yang menyatakan bahwa hukum privat dalam naungan hukum publik. Menurut Paul Scholten, hukum publik dan hukum privat berada dalam satu garis. Negara memang merupakan pemegang kekuasaan atas hukum. Akan tetapi sebaliknya, kekuasaan negara berdasar pada hukum yang di dalamnya terdapat asas-asas hukum sehari-hari.³¹ Berdasarkan hal ini Paul Scholten sampai kepada persangkaan tunduknya organ negara kepada hukum sehari-hari. Bahkan dalam melakukan tugasnya, organ negara bukan tidak mungkin menyimpangi ketentuan yang dibuat oleh negara. Lebih-lebih lagi jika memang undang-undang tidak memberikan pengaturan, yang menjadi

²⁷ Paul Scholten, *Op. cit.*, hlm. 28.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, hlm. 29.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*



kan landasan dalam menyelenggarakan tugas tersebut adalah hukum sehari-hari.³²

Dari apa yang telah dikemukakan ternyata telah banyak penulis yang menggunakan waktunya untuk memperbincangkan perbedaan antara hukum publik dan hukum privat. Suatu kriteria lain yang perlu dikemukakan dalam membedakan hukum publik dan hukum privat adalah siapa yang dibebani untuk mempertahankan aturan tertentu. Aturan-aturan hukum privat mempunyai ciri khas bahwa pihak yang diatur oleh hukum itu mempunyai kebebasan untuk membuat pilihan apakah ia akan mempertahankan kepentingannya atau tidak melalui aturan-aturan itu. Sebagai contoh, seseorang menderita kerugian karena perbuatan orang lain tidak memenuhi kewajiban yang tertuang di dalam perjanjian. Orang tersebut dapat mempertahankan kepentingannya dengan menggugat orang yang merugikan atau ia menerima keadaannya tanpa melakukan tindakan apa-apa. Dalam hal ia tidak melakukan tindakan apa pun, negara tidak dapat mempunyai inisiatif untuk mempertahankan hak orang yang dirugikan tersebut. Dengan demikian, kriteria dalam membedakan hukum publik dan hukum privat adalah siapa yang dibebani untuk mempertahankan aturan tertentu selalu dikaitkan dengan kepentingan yang dilindungi. Berdasarkan pemikiran tersebut, dapat dikatakan bahwa hukum publik adalah aturan-aturan hukum yang objek utamanya adalah kepentingan umum dan yang mempertahankannya adalah penguasa, sedangkan hukum privat adalah aturan-aturan hukum yang objek utamanya adalah kepentingan khusus yang dipertahankan atau tidaknya kepentingan itu terserah kepada yang berkepentingan.³³

Sudah barang tentu terhadap perbedaan itu tidak tertutup untuk dikritik. Sebenarnya, perbedaan antara kepentingan umum dan kepentingan khusus tidak terlalu tajam.

Pertama, kepentingan umum terdapat dalam setiap aturan hukum. Sebagai contoh, menurut hukum perjanjian Indonesia, sesuai dengan

³² *Ibid.*, hlm. 31.

³³ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 38.



Pasal 1320 *Burgerlijk Wetboek* Indonesia, untuk terjadinya perjanjian yang sah, perlu dipenuhi empat syarat: kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya, kecakapan untuk membuat suatu perjanjian, adanya objek tertentu, dan adanya suatu sebab yang tidak dilarang. Adapun dalam Pasal 1337 *Burgerlijk Wetboek* Indonesia dinyatakan bahwa: “Suatu sebab adalah terlarang, jika sebab itu dilarang oleh undang-undang atau bila sebab itu bertentangan dengan kesusilaan atau dengan ketertiban umum.” Dari contoh ini jelaslah bahwa perjanjian yang merupakan wilayah pengaturan hukum privat tidak dapat melepaskan pertimbangan kepentingan umum. Bahkan pada saat ini terdapat kecenderungan bahwa kepentingan umum telah memasuki bidang-bidang yang sebenarnya dikuasai oleh hukum privat, seperti Undang-Undang Perlindungan Konsumen, Undang-Undang Anti Monopoli, Undang-Undang Ketenagakerjaan, bahkan tepat yang dikemukakan oleh Paul Scholten bahwa hukum publik sudah masuk ke hukum keluarga (perkawinan dan perlindungan anak).³⁴ Terhadap bidang-bidang semacam itu biasanya disebut hukum campuran.³⁵

Kedua, kekaburan antara hukum publik dan hukum privat disebabkan oleh banyak hal. Di Belanda, peradilan administrasi telah lama ada. Sementara itu, dalam mencari perlindungan hukum dari campur tangan negara, individu mengajukan perkaranya ke peradilan umum sebagai perkara perdata, perlu kiranya alasan pembenar mengenai apakah peradilan umum berwenang menangani perkara itu. Dengan demikian, perkara semacam itu diarahkan menjadi suatu paket dalam bidang hukum perdata. Secara berangsur, pengujian terhadap perbuatan penguasa oleh peradilan umum melalui sengketa perdata semakin banyak seiring dengan adanya konsep perbuatan melanggar hukum oleh penguasa.

Dengan adanya hal seperti itu, antara asas-asas hukum administrasi dan asas-asas hukum perdata benar-benar tak terpisahkan. Oleh karena itulah, tidak dapat disangkal bahwa dengan menguji tindakan-

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, hlm. 39.



tindakan penguasa, hakim peradilan umum ikut serta menggunakan asas-asas penyelenggaraan pemerintahan yang baik yang telah berkembang dalam hukum administrasi.³⁶ Di lain pihak, penguasa dalam menjalankan tugasnya makin banyak menggunakan aturan-aturan hukum privat. Suatu contoh, misalnya apa yang disebut sebagai perjanjian dalam kerangka pelaksanaan kebijakan atau dalam bahasa Belanda disebut *beleidsvereenkomst*. Pada perjanjian semacam ini, penguasa dalam melaksanakan rencana tertentu bukan dengan cara membuat aturan yang bersifat memaksa kepada warga masyarakat, melainkan mengadakan perjanjian dengan warga masyarakat untuk bersama-sama melaksanakan rencana itu. Ternyata penggunaan hukum privat oleh negara bukan terbatas pada perjanjian dalam kerangka pelaksanaan kebijakan, melainkan juga pada saat negara mengadakan perjanjian sewa-menyewa, pengadaan barang dan jasa, dan lain-lain.³⁷

Kriteria mengenai siapa yang mempertahankan aturan-aturan itu juga tidak dapat menjelaskan perbedaan hukum publik dan hukum privat. Tidak dapat disangkal, bahwa kejaksan atas nama negara bisa mengajukan gugatan ganti rugi. Apabila kriteria itu diikuti, proses peradilan atas gugatan itu berada dalam ruang lingkup hukum publik karena yang mempertahankan hukum itu adalah organ penguasa. Apakah memang demikian halnya? Tentu saja tidak. Hal itu berarti siapa yang mempertahankan hukum itu tidak dapat dijadikan kriteria untuk membedakan hukum publik dan hukum privat.

Pada saat sekarang, perbuatan penguasa dan perbuatan warga masyarakat sudah saling jalin-menjalin ditambah lagi dengan semakin meningkatnya distribusi kewenangan yang berkaitan dengan pemeliharaan utilitas publik, pembedaan antara hukum publik dan hukum privat menjadi diragukan. Akan tetapi, keengganan untuk mengakui pembedaan itu diduga dari pandangan yang bersifat *étatisme*, yaitu pandangan yang berorientasi kepada negara. Buktinya, saat ini sema-

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Untuk penggunaan instrumen hukum privat oleh negara, lihat Yohanes Sogar Simamora, *Prinsip Hukum Kontrak Bisnis dalam Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah*, Disertasi, Universitas Airlangga, 2005, hlm. 50-93.



kin banyaknya hubungan yang secara klasik sebenarnya dalam ruang lingkup hukum privat telah dimasuki oleh hukum publik. Sebagai contoh dapat dikemukakan semua undang-undang Indonesia dalam bidang hak kekayaan intelektual untuk lisensi mengandung ketentuan sebagai berikut:

1. Perjanjian lisensi dilarang memuat ketentuan yang dapat menimbulkan akibat yang merugikan perekonomian Indonesia atau memuat ketentuan yang mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku.
2. Agar dapat mempunyai akibat hukum terhadap pihak ketiga, perjanjian lisensi wajib dicatatkan di direktorat jenderal.
3. Direktorat jenderal wajib menolak pencatatan perjanjian lisensi yang memuat ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Ketentuan seperti itu jelas-jelas merupakan campur tangan negara untuk mengetahui apa yang diperjanjikan oleh para pihak yang merupakan hal yang sangat pribadi. Bahkan jika penguasa melakukan tindakan dalam ruang lingkup hukum privat, hukum publik tetap mengaturnya. Sebagai contoh, dalam hal negara mengadakan perjanjian dengan individu atau negara menggunakan instrumen hukum privat, hukum publik harus tetap menjadi acuan. Di Indonesia, Pasal 50 Undang-Undang tentang Perbendaharaan Negara menentukan:

Pihak mana pun dilarang melakukan penyitaan terhadap:

1. Uang atau surat berharga milik negara/daerah baik yang berada pada instansi pemerintah maupun pada pihak ketiga;
2. Uang yang harus disetor oleh pihak ketiga kepada negara/daerah;
3. Barang bergerak milik negara/daerah baik yang berada pada instansi pemerintah maupun pada pihak ketiga;
4. Barang tidak bergerak dan hak kebendaan lainnya milik negara/daerah; dan
5. Barang milik pihak ketiga yang dikuasai oleh negara/daerah yang diperlukan untuk penyelenggaraan tugas pemerintahan.



Sebenarnya hal yang sama juga terjadi di negara-negara lain, seperti Amerika Serikat, India, dan Singapura yang menempatkan negara mempunyai imunitas terhadap pengadilan. Namun, dalam hal negara melakukan tindakan komersial, yaitu dalam ruang lingkup hukum privat, negara-negara itu dapat menuangkan klausul melepaskan hak imunitasnya dalam perjanjian dengan individu.

Pada saat ini, terdapat hukum yang secara substansial mengandung elemen hukum publik maupun hukum privat, seperti hukum lingkungan, hukum perlindungan konsumen, hukum kesehatan, hukum anti monopoli, dan lain-lain. Oleh karena itu, lalu timbul pemikiran bahwa sebaiknya ditinggalkan saja pembagian hukum publik dan hukum privat dan beralih kepada pembagian yang bersifat fungsional.

Saya keberatan terhadap pandangan demikian. Betapa pun, di dunia ini masih ada hubungan antara negara dan individu, hubungan antar-organ negara, dan hubungan antar-individu. Dalam hubungan antara negara dan individu terdapat hubungan-hubungan yang bersifat politis, sosial, dan administratif. Hubungan yang bersifat politis adalah hubungan antara individu dan negara yang berkaitan dengan kenegaraan, seperti kewarganegaraan, partai politik, dan pemilihan umum. Hubungan yang bersifat sosial adalah hubungan antara negara dan individu dalam kerangka mempertahankan ketertiban umum dan meningkatkan kesejahteraan masyarakat. Adapun hubungan yang bersifat administratif adalah hubungan antara negara dan individu dalam rangka individu melakukan tindakan yang memerlukan persetujuan dari negara karena apa yang dilakukan itu berkaitan dengan pemeliharaan kepentingan umum, seperti perizinan. Hubungan yang bersifat administratif dapat juga berarti sebaliknya, yaitu negara menetapkan kewajiban kepada individu untuk melakukan sesuatu demi pemeliharaan kepentingan umum, seperti pembayaran pajak. Hukum yang mengatur hubungan-hubungan tersebut masuk ke dalam bilangan hukum publik. Berdasarkan pandangan yang dikemukakan ini, hukum tata negara, hukum pidana, hukum acara pidana, hukum administrasi, dan hukum acara tata usaha negara merupakan hukum publik. Adapun di luar itu merupakan hukum privat.



Lalu, bagaimana dengan hukum internasional? Hukum internasional dapat dibedakan antara hukum internasional publik dan hukum internasional privat. Penyebutan hukum internasional saja merujuk kepada hukum internasional publik. Adapun hukum internasional yang bersifat privat, atau biasa disebut sebagai hukum privat internasional, sebenarnya merupakan hukum nasional karena ketentuan-ketentuan mengenai hal itu diatur di dalam undang-undang nasional masing-masing negara. Sebenarnya apa yang disebut sebagai hukum privat internasional itu merupakan hukum perselisihan mengenai status kebangsaan orang-orang yang mengadakan perjanjian, status negara tempat para pihak berdomisili, dan status di negara mana perbuatan hukum dilakukan. Oleh karena itulah, dalam bahasa Inggris hukum privat internasional disebut sebagai *international conflict of law*. Hukum internasional yang berkaitan dengan bidang-bidang yurisdiksi, organisasi internasional, perjanjian internasional, dan penyelesaian sengketa internasional masuk ke dalam hukum internasional publik. Sebaliknya, yang berkaitan dengan masalah bisnis yang lahir dari adanya kontrak yang bersifat komersial masuk ke dalam ruang lingkup hukum privat.

Akhirnya, bagaimana dengan hukum-hukum yang disebut sebagai hukum-hukum yang fungsional? Di dalam suatu undang-undang mungkin terdapat beberapa ketentuan yang merupakan bidang hukum publik dan ketentuan-ketentuan lainnya merupakan ketentuan-ketentuan dalam bidang hukum publik. Dalam hal demikian, perlu dielaborasi yang mana yang berkarakter politis, sosial, atau administratif dan mana yang tidak mempunyai karakter-karakter tersebut. Pada Undang-Undang Pasar Modal, misalnya, terdapat ketentuan-ketentuan yang merupakan instrumen hukum publik dalam hal ini pendaftaran kepada dan persetujuan oleh pihak berwenang; sedangkan di lain pihak juga terdapat ketentuan-ketentuan tentang kontrak antara emiten dan penjamin emisi. Di samping itu, juga terdapat ketentuan-ketentuan pidana. Menghadapi hal semacam ini sebenarnya masih perlu ditelaah mengenai hakikat dari undang-undang itu. Pada contoh ini, misalnya pasar modal pada hakikatnya bukan merupa-



kan bidang pengaturan hukum publik. Esensi Undang-Undang Pasar Modal berada pada bidang pengaturan hukum privat. Dengan melihat kepada hakikat kepentingan yang diaturnya tetap saja dapat diidentifikasi apakah hukum itu masuk ke dalam bilangan hukum publik ataukah hukum privat.

HUKUM YANG MEMAKSA DAN HUKUM YANG MENGATUR

Dilihat dari segi bekerjanya aturan hukum, hukum dapat dibedakan menjadi hukum yang bersifat memaksa dan hukum yang bersifat mengatur. Menurut Van Apeldoorn, istilah hukum yang memaksa (*dwingend recht*) merupakan istilah yang menyesatkan karena semua hukum dapat dipaksakan.³⁸ Kata “memaksa” dalam hal ini dimaksudkan bahwa pembuat undang-undang tidak memberikan keleluasaan kepada para pihak untuk menerapkan atau tidak menerapkan aturan itu. Dengan perkataan lain, aturan itu tidak boleh disimpangi oleh mereka yang melakukan hubungan hukum. Ketentuan-ketentuan yang bersifat memaksa itu berlaku bagi para pihak yang bersangkutan maupun hakim sehingga hukum itu harus diterapkan meskipun para pihak mengatur sendiri hubungan mereka. Sebagai contoh adalah ketentuan Pasal 913 *Burgerlijk Wetboek* Indonesia yang berbunyi:

Legitieme portie atau bagian warisan menurut undang-undang ialah suatu bagian dari harta benda yang harus diberikan kepada para ahli waris dalam garis lurus menurut undang-undang, yang terhadapnya orang yang meninggal dunia tidak boleh menetapkan sesuatu, baik sebagai hibah antara orang-orang yang masih hidup, maupun sebagai wasiat.

Berdasarkan ketentuan itu, pewaris dengan testamen sekalipun tidak boleh mengurangi bagian terkecil ahli waris. Tan Swie Ling alias Suwito Linggarjati Tandyo, misalnya, mempunyai seorang wanita simpanan yang sangat disukainya dan ia telah hidup bersama di luar perkawinan dengan wanita itu sejak istrinya meninggal dunia. Mengingat

³⁸ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 41.



tiga orang anaknya semua sudah hidup mewah, ia lalu menulis testamen yang isinya mewariskan seluruh hartanya kepada wanita simpanan itu. Oleh karena testamen semacam itu bertentangan dengan ketentuan Pasal 913 BW, testamen itu tidak dapat dieksekusi. Ketiga anaknya tetap saja mendapat warisan sesuai dengan Pasal 914 BW tentang besarnya *legitieme portie* yang berhak diterima oleh tiga orang anak; barulah sisanya dapat diwaris oleh wanita simpanan itu. Jika testamen semacam itu dibuat di hadapan seorang notaris, seyogianya kalau notaris memberitahukan ketentuan Pasal 913 dan 914 BW itu kepada pemberi wasiat.

Sama halnya dengan istilah hukum yang bersifat memaksa, menurut Van Apeldoorn, istilah hukum yang bersifat mengatur (*regelend*) juga keliru karena semua hukum bersifat mengatur.³⁹ Maksud digunakannya istilah hukum yang bersifat mengatur adalah hukum itu akan dijadikan acuan bagi para pihak manakala para pihak tidak membuat sendiri aturan yang berlaku bagi hubungan mereka. Selanjutnya, Van Apeldoorn mengemukakan bahwa hukum yang bersifat mengatur memberikan disposisi kepada para pihak dan mengisi kekosongan aturan untuk hal-hal yang tidak diatur oleh para pihak, akan tetapi para pihak tersebut dapat menetapkan sendiri bahwa mereka ingin menyimpangi aturan-aturan itu dan menetapkan sendiri aturan-aturan yang berlaku bagi hubungan mereka. Sebagai contoh adalah Pasal 84 Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang berbunyi “Setiap saham yang dikeluarkan mempunyai satu hak suara, *kecuali anggaran dasar menentukan lain.*” Berdasarkan ketentuan pasal 84 UU PT tersebut, suatu perseroan melalui anggaran dasarnya dapat menetapkan bahwa setiap saham yang dikeluarkan mempunyai lebih dari satu suara. Akan tetapi, apabila dalam anggaran tidak ditentukan lain, ketentuan Pasal 84 UU PT itulah yang menjadi acuan mengenai harga suara setiap saham. Dengan demikian, ketentuan itu merupakan ketentuan yang bersifat mengatur (*directory provision*).

Menurut Bellefroid, sebenarnya, pembentuk undang-undang Be-

³⁹ *Ibid.*, hlm. 42.



landa tidak menggunakan istilah hukum yang memaksa dan hukum yang mengatur.⁴⁰ Pembentuk undang-undang Belanda menggunakan istilah undang-undang yang memaksa dan undang-undang yang mengatur.⁴¹ Apa yang dikemukakan oleh Bellefroid ini masih kurang tepat, sebab dalam suatu undang-undang terdapat ketentuan-ketentuan baik yang bersifat memaksa maupun bersifat mengatur. Oleh karena itulah, lebih tepat kalau disebut ketentuan-ketentuan yang bersifat memaksa dan ketentuan-ketentuan yang bersifat mengatur. Hal itu sejalan dengan istilah bahasa Inggris *mandatory provision* untuk ketentuan yang bersifat memaksa dan *directory provision* untuk ketentuan yang bersifat mengatur. Di dalam *Black's Law Dictionary* disebutkan bahwa:

A "mandatory provision" in a statute is one the omission to follow which renders the proceedings to which it relates void, while a "directory" provision is one the observance of which is not necessary to validity of the proceeding. It is also said that when the provision of a statute is the essence of the thing required to be done, it is mandatory; otherwise, when it relates to form and manner, and where an act is incident, or after jurisdiction acquired, it is directory merely.

Ada semacam kesan yang kuat bahwa ketentuan yang bersifat memaksa merupakan hukum publik. Memang kesan demikian tidak dapat dihindari. Adalah suatu kenyataan bahwa ketentuan yang bersifat memaksa berpeluang untuk menjadi hukum publik. Sebagai contoh, dalam semua undang-undang Indonesia di bidang hak kekayaan intelektual terdapat ketentuan yang mewajibkan pendaftaran perjanjian lisensi.⁴² Perjanjian sebenarnya masuk ke dalam bilangan hukum privat, tetapi kewajiban pendaftaran adalah ketentuan yang bersifat memaksa; bahkan Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual oleh undang-undang diberi wewenang untuk menolak pendaftaran perjanjian lisensi yang mengandung klausul yang merugikan perekonomian Indonesia dan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Hal serupa ter-

⁴⁰ J. H. P. Bellefroid, *Op. cit.*, hlm. 145.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Lihat bagian pertama bab ini.



dapat pada Undang-Undang Hak Tanggungan. Sebelum diundangkannya undang-undang ini, untuk jaminan barang tidak bergerak berlaku ketentuan-ketentuan tentang hipotek yang terdapat pada Buku II BW. Ketentuan itu tidak mewajibkan debitor untuk memasang hipotek. Oleh karena itulah di dalam praktik, kreditor hanya minta debitor menandatangani Surat Kuasa Memasang Hipotek. Mengenai dipasang atau tidaknya hipotek, hal itu bergantung kepada opsi kreditor. Ketentuan-ketentuan tentang Hipotek dalam Buku II BW tersebut, dengan demikian, bersifat mengatur. Tidak demikian halnya dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat pada Undang-Undang Hak Tanggungan. Baik ketentuan-ketentuan dalam undang-undang di bidang hak kekayaan intelektual yang mewajibkan pendaftaran perjanjian lisensi pada Dirjen Hak Kekayaan Intelektual Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia maupun ketentuan-ketentuan yang mewajibkan pendaftaran hak tanggungan pada Kantor Pertanahan, sulit menghindari kesan bahwa ketentuan yang bersifat memaksa itu bukan termasuk ke dalam bilangan hukum publik mengingat kedua lembaga tempat pendaftaran perjanjian itu merupakan bagian dari organ administrasi.

Akan tetapi, menurut Van Apeldoorn, ketentuan yang bersifat memaksa semacam itu tidak serta-merta membuat hukum yang di dalamnya terdapat ketentuan yang memaksa itu menjadi hukum publik.⁴³ Ketentuan yang bersifat memaksa itu, menurut Van Apeldoorn hanya membuat kebebasan para pihak dalam mempertahankan kepentingan khususnya menjadi hilang atau dibatasi. Dommering mengemukakan bahwa pembentuk undang-undang semakin banyak menggunakan instrumen hukum privat untuk mewujudkan tujuan dalam kerangka kepentingan umum.⁴⁴

Masih menurut Van Apeldoorn, perbedaan besar antara suatu aturan yang bersifat memaksa dari hukum privat dengan suatu aturan hukum publik adalah pada yang pertama pemilik kepentingan memiliki kemungkinan untuk menyimpang dari aturan itu. Selama tidak

⁴³ P. van Dijk, *Loc. cit.*

⁴⁴ *Ibid.* Lihat juga bagian pertama bab ini tentang hukum publik dan hukum privat.



ada sengketa yang dibawa ke pengadilan, hubungan hukum yang bertentangan dengan suatu aturan hukum yang bersifat memaksa tetap saja berlangsung dan keharusan-keharusan yang tidak disukai yang sedang timbul karena dibuat oleh pembentuk undang-undang akan menjadi perhatian. Apabila yang dikemukakan oleh Van Apeldoorn ini diterapkan kepada ketentuan-ketentuan perjanjian lisensi seperti yang telah dikemukakan sebagai contoh, para pihak yang mengadakan perjanjian, yaitu pemberi lisensi dan penerima lisensi, sepakat untuk tidak mendaftarkan perjanjian itu di Dirjen Hak Kekayaan Intelektual, perjanjian itu tetap sah dan mengikat kedua belah pihak meskipun di dalamnya terdapat klausul-klausul yang merugikan perekonomian Indonesia. Jika dalam perjanjian tersebut dicantumkan juga klausul penyelesaian sengketa melalui arbitrase, benarlah apa yang telah dikemukakan oleh Van Apeldoorn bahwa hubungan hukum itu tetap berlangsung sementara ketentuan kewajiban untuk mendaftarkan perjanjian lisensi tetap saja berlaku.

Pembedaan ketentuan yang bersifat memaksa dan ketentuan yang bersifat mengatur hanya terjadi pada bidang hukum privat. Pada hukum publik tidak terdapat pembedaan semacam itu. Dengan perkataan lain, semua ketentuan dalam hukum publik bersifat memaksa.

Dalam hukum privat semakin banyak dituangkan ketentuan yang bersifat memaksa. Menurut Van Apeldoorn, hal itu disebabkan oleh empat hal. *Pertama*, pembentuk undang-undang ingin melindungi pihak yang lemah dari pihak yang kuat dalam banyak bidang yang semakin berkembang. Langemeijer menyatakan bahwa perlindungan terhadap pihak yang lemah merupakan suatu pemikiran keadilan yang sama sekali baru setelah kitab undang-undang yang lama di bidang hukum perdata berhenti berlaku.⁴⁵ Dalam banyak hal, ketidaksamaan hanya dilihat dari segi ekonomi. Tetapi, sebenarnya ketidaksamaan juga harus dilihat dari segi sosial dan psikologis, bahkan juga dari segi keahlian, yaitu antara yang tidak ahli berhadapan dengan yang ahli. Berdasarkan alasan-alasan inilah dapat diterangkan bahwa Undang-

⁴⁵ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 43.



Undang Ketenagakerjaan, Undang-Undang Perlindungan Konsumen, dan lain-lain berisi ketentuan-ketentuan yang bersifat memaksa. *Ke-dua*, aturan-aturan yang di dalamnya tersangkut kepentingan umum dan ketertiban umum bersifat memaksa. Aturan-aturan semacam itu acap kali berasal dari hukum yang bersifat campuran antara hukum publik dan hukum privat, misalnya Undang-Undang Ketenagakerjaan. *Ketiga*, dalam banyak hal pembentuk undang-undang harus melindungi orang-orang dari ketidaktahuan. Contoh: dalam Undang-Undang Perlindungan Konsumen informasi yang tidak memadai dianggap sebagai salah satu cacat produk. Dan *keempat*, undang-undang masih mengakui bekerjanya ketentuan-ketentuan yang mensyaratkan berlakunya perbuatan-perbuatan hukum, misalnya ketentuan-ketentuan mengenai kecakapan dan bentuk-bentuk perbuatan tertentu. Syarat-syarat semacam itu mau tidak mau bersifat memaksa.⁴⁶

Lalu, apakah ciri-ciri ketentuan yang bersifat memaksa? Ciri pertama adalah biasanya dalam undang-undang digunakan kata “wajib.” Sebagai konsekuensi dari ketentuan “wajib” biasanya terdapat juga ketentuan mengenai sanksi jika kewajiban itu dilanggar. Suatu hal yang perlu dikemukakan di sini adalah ketentuan yang bersifat memaksa dalam perbincangan ini adalah dalam kerangka hukum privat. Sebagaimana telah dikemukakan bahwa ketentuan dalam hukum publik bersifat memaksa. Ciri kedua adalah apabila ketentuan dalam hukum privat itu menyangkut kepentingan umum atau ketertiban umum.

SUBJEK HUKUM

Istilah subjek hukum merupakan terjemahan dari bahasa Belanda *rechtssubject*. Kata *subject* dalam bahasa Belanda dan Inggris berasal dari bahasa Latin *subjectus* yang artinya di bawah kekuasaan orang lain (subordinasi). Berdasarkan pengertian dalam bahasa Latin ini Franken menyatakan, bahwa kata *subject* memberikan gambaran yang pasif dalam arti lebih banyak menerima kewajiban daripada mampu-

⁴⁶ *Ibid.*



nyai hak.⁴⁷ Oleh karena itu, istilah subjek hukum sebenarnya kurang tepat jika istilah itu diperuntukkan bagi mereka yang mempunyai hak. Dalam bahasa Inggris, dikenal istilah *person* untuk menyebut sesuatu yang mempunyai hak. Menurut Paton, istilah *person* berasal dari bahasa Latin *persona* yang ekuivalen dengan bahasa Yunani *prosopon*. Baik *persona* maupun *prosopon* pada awalnya merujuk kepada topeng yang dikenakan oleh pemain untuk menggambarkan dewa atau pahlawan dalam suatu drama.⁴⁸ Barulah pada abad VI Boethius mendefinisikan *persona* sebagai sosok makhluk yang rasional.⁴⁹ Pada perkembangannya, *person* diartikan sebagai sesuatu yang dapat mempunyai hak dan kewajiban. Sebenarnya lebih tepat istilah *person* dalam bahasa Inggris diadaptasi dalam bahasa Indonesia. Akan tetapi, istilah subjek hukum atau dalam bahasa Belanda *rechtssubject* sudah menjadi istilah yang baku dalam studi hukum Indonesia maupun Belanda, kiranya istilah tersebut dapat dipertahankan.

Subjek hukum atau *person* dalam bahasa Inggris merupakan suatu bentukan hukum artinya keberadaannya karena diciptakan oleh hukum. Salmond menyatakan: “*So far as legal theory is concerned, a person is being whom the law regards as capable of rights and duties. Any being that is so capable is a person, whether a human being or not, and no being that is not so capable is a person, even though he be a man.*”⁵⁰ Dari apa yang dikemukakan oleh Salmond tersebut jelas bahwa baik manusia maupun bukan manusia mempunyai kapasitas sebagai subjek hukum atau istilah Salmond *person* kalau dimungkinkan oleh hukum. Manusia sekalipun pada masa perbudakan oleh hukum tidak dipandang sebagai subjek hukum atau *person*. Sebaliknya, bukan manusia tetapi oleh hukum dipandang sebagai cakap untuk memegang hak dan kewajiban merupakan subjek hukum atau *person*.

Pada masa sekarang semua manusia merupakan subjek hukum. Manusia merupakan subjek hukum selama ia masih hidup, yaitu sejak

⁴⁷ H. Franken *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 202.

⁴⁸ G.W. Paton, *Op. cit.*, hlm. 392.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 391.



saat dilahirkan sampai meninggal dunia. Bahkan dalam sistem *civil law* dikenal ungkapan (*maxim*) *nasciturus pro iam nato habetur*, yang artinya “anak yang belum dilahirkan yang masih dalam kandungan dianggap telah dilahirkan apabila kepentingannya memerlukan.” *Maxim* demikian tertuang di dalam Pasal 2 BW yang menetapkan bahwa, “anak dalam kandungan seorang wanita dianggap telah lahir, setiap kali kepentingannya menghendakinya. Bila telah mati waktu dilahirkan, dia dianggap tidak pernah ada.” Pada saat ini, terdapat persamaan nilai yang fundamental bagi semua orang sehingga tidak boleh adanya perlakuan yang berbeda atas dasar jenis kelamin, ras, kepercayaan, dan status sosial.

Sebagaimana dikemukakan oleh Salmond bahwa *person* dapat dibedakan antara manusia dan bukan manusia.⁵¹ Manusia dalam literatur bahasa Inggris biasanya disebut *natural person* atau bahasa Belanda *natuurlijke persoon* atau dalam bahasa Indonesia disebut orang, sedangkan yang bukan manusia biasanya dalam bahasa Inggris disebut sebagai *legal person* atau bahasa Belanda *rechtspersoon* dan dalam bahasa Indonesia badan hukum. Selanjutnya menurut Salmond, “*a legal person is any subject matter other than human being to which the law attributes personality.*”⁵² Karakteristik badan hukum adalah didirikan oleh orang, mempunyai kekayaan sendiri yang terpisah dari kekayaan pendiri dan pengurusnya, mempunyai hak dan kewajiban terlepas dari hak dan kewajiban pendiri atau pengurusnya.

Badan hukum dapat dibedakan menjadi badan hukum publik dan badan hukum privat. Badan hukum publik adalah negara dan bagian-bagian negara, seperti daerah, kota, dan lain-lain. Adapun badan hukum privat adalah suatu organisasi yang bergerak di luar bidang-bidang politik dan kenegaraan, Badan hukum privat didirikan untuk mencari keuntungan atau untuk tujuan sosial. Badan hukum privat yang didirikan untuk mencari keuntungan adalah perseroan terbatas⁵³ dan ko-

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Meskipun di dalam transaksi di bursa efek terdapat PT yang tidak mencari *profit* atau *gain* (laba), tidak dapat disangkal bahwa didirikannya PT tersebut adalah untuk mendapat-



perasi.⁵⁴ Adapun badan hukum yang didirikan bukan untuk mencari keuntungan adalah yayasan. Jika yayasan digunakan untuk mencari keuntungan, hal itu merupakan penyalahgunaan status yayasan.

Sekarang, di mana kedudukan Badan Usaha Milik Negara (BUMN)? Untuk menjawab pertanyaan tersebut, perlu diketahui tujuan didirikannya BUMN. Secara umum, BUMN dapat dibedakan antara BUMN yang berfungsi untuk pelayanan umum (*public service*) dan BUMN yang didirikan untuk mencari *profit*. Adanya BUMN yang didirikan dalam rangka mencari keuntungan ini disebabkan negara sebagai suatu entitas politik tidak boleh melakukan kegiatan bisnis. Berdasarkan tujuan didirikannya BUMN itulah dapat dibedakan bahwa apabila BUMN itu didirikan dalam rangka untuk pelayanan umum, badan hukum itu masuk ke dalam bilangan badan hukum publik dan sebaliknya, apabila BUMN itu didirikan untuk mencari keuntungan, badan hukum itu masuk ke dalam bilangan hukum privat.

PERISTIWA HUKUM DAN TINDAKAN HUKUM

Di dalam kehidupan nyata terdapat banyak fakta, yaitu segala sesuatu yang benar-benar ada. Di dalam ilmu hukum dikenal adanya dua macam fakta, yaitu fakta biasa dan fakta hukum. Fakta hukum adalah fakta yang diatur oleh hukum. Seseorang yang mengatakan kepada temannya bahwa ia kehilangan sepeda motor yang biasa dinaikinya merupakan suatu fakta karena secara nyata ia memang kehilangan sepeda motor itu. Tetapi, dari fakta tersebut terdapat empat kemungkinan untuk menjadi fakta hukum. *Pertama*, apakah sepeda motor itu tanpa sepengetahuannya dibawa orang pergi; dalam hal demikian fakta hukumnya adalah telah terjadi pencurian. *Kedua*, apabila ia ditodong oleh seseorang dan dipaksa untuk menyerahkan kendaraan itu fakta hukumnya adalah telah terjadi pemerasan. *Ketiga*, apabila sepeda motor itu dipinjamkan kepada seseorang yang ia kenal dan tidak dikem-

kan penambahan nilai yang secara umum dapat dikatakan keuntungan.

⁵⁴ Tujuan koperasi memang untuk menyejahterakan anggotanya, tetapi bagaimana anggotanya dapat sejahtera kalau koperasi tidak untung?



balikan kepadanya, fakta hukumnya adalah telah terjadi penggelapan. *Keempat*, apabila sepeda motor itu ia serahkan kepada seseorang yang dengan kata-kata manis dan memikat minta sepeda motor itu diserahkan kepadanya, fakta hukumnya adalah telah terjadi penipuan.

Identifikasi fakta hukum merupakan suatu hal yang sangat esensial dalam praktik hukum karena bersangkutan paut dengan hak dan kewajiban seseorang. Sebagai contoh lain adalah direksi suatu perusahaan oleh pemegang saham mayoritas dilaporkan ke polisi karena telah membuat perusahaan itu menderita kerugian secara signifikan meskipun tidak sampai menyebabkan perusahaan itu pailit. Polisi yang mempelajari laporan itu harus mampu mengidentifikasi apakah fakta itu merupakan fakta hukum atau bukan. Jika kerugian itu disebabkan oleh salah urus atau salah prediksi dalam kegiatan usaha, hal itu bukan merupakan fakta hukum sehingga tidak perlu melibatkan polisi dan polisi harus berani menolak laporan itu. Berlainan halnya kalau polisi menemukan adanya indikasi penyalahgunaan keuangan oleh direksi, hal itu merupakan fakta hukum yang dalam hal ini adalah penggelapan.

Alasan mengapa fakta diatur oleh hukum adalah fakta itu berkaitan dengan hak dan kewajiban subjek hukum. Menurut Paton, fakta dapat terjadi karena peristiwa dan karena tindakan manusia.⁵⁵ Fakta yang terjadi karena peristiwa adalah sesuatu yang terjadi di luar campur tangan manusia; sedangkan fakta karena tindakan manusia adalah fakta yang terjadi karena dikendalikan oleh manusia.

Oleh karena dalam hukum fakta dapat dibedakan antara fakta biasa dan fakta hukum, peristiwa juga dapat berupa peristiwa biasa dan peristiwa hukum. Peristiwa hukum adalah peristiwa yang diatur oleh hukum. Dilihat dari segi isinya, peristiwa hukum dapat terjadi karena:

1. Keadaan tertentu, misalnya orang yang sakit gila menyebabkan pengadilan memutuskan bahwa orang tersebut harus ditempatkan di bawah pengampuan.

⁵⁵ G.W. Paton, *Op. cit.*, hlm. 309.



2. Kejadian alam, misalnya sebatang pohon disambar petir dan tumbang menimpa seorang pengantar surat yang sedang bertugas dengan mengendarai motor dan menewaskannya sehingga menimbulkan masalah asuransi dan tunjangan-tunjangan yang diterima oleh keluarganya.
3. Kejadian fisik yang menyangkut kehidupan manusia, yaitu kelahiran, kematian, dan usia tertentu yang menyebabkan seseorang dianggap cakap untuk melakukan tindakan hukum.

Adanya orang gila, pohon disambar petir, kelahiran, pertumbuhan, dan kematian seseorang sebenarnya merupakan peristiwa-peristiwa biasa. Namun, karena peristiwa-peristiwa itu berkaitan dengan hak dan kewajiban subjek hukum, peristiwa-peristiwa itu menjadi peristiwa-peristiwa hukum. Dari uraian tersebut jelaslah bahwa sebagaimana subjek hukum merupakan bentukan hukum, peristiwa hukum juga merupakan bentukan hukum.

Begitu juga halnya dengan tindakan hukum merupakan bentukan hukum sehingga sebagaimana dapat dilakukan pembedaan antara peristiwa biasa dan peristiwa hukum, pembedaan juga dapat dilakukan terhadap tindakan manusia menjadi tindakan biasa dan tindakan hukum. Tindakan hukum adalah tindakan yang diatur oleh hukum, yaitu:

1. Tindakan menurut hukum, misalnya jual beli, membuat testamen, melangsungkan perkawinan, dan lain-lain;
2. Tindakan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang, misalnya jual beli narkoba, menghilangkan nyawa orang lain, dan lain-lain;
3. Tindakan yang melanggar hukum, misalnya perbuatan merugikan orang lain, persaingan curang, dan lain-lain;
4. Tindakan karena tidak memenuhi kewajiban yang di dalam hukum hal itu disebut wanprestasi (*default*), misalnya tidak membayar utang, tidak mengirim barang yang dipesan oleh pembeli, dan lain-lain.

Norma hukum memang ditujukan untuk mengatur tingkah laku



lahiriah manusia. Tingkah laku lahir atau tindakan dapat diartikan sebagai berbuat sesuatu atau tidak berbuat suatu apa pun yang seharusnya diperbuat. Dalam istilah hukum, berbuat sesuatu adalah melakukan perbuatan sedangkan tidak berbuat sesuatu yang seharusnya ia perbuat merupakan pengabaian (*omission/nalaten*). Akan tetapi, istilah pengabaian (*omission/nalaten*) ini lebih berkonotasi dengan hukum publik, khususnya hukum pidana. Sebagai contoh, seorang penjaga palang pintu lintasan kereta api yang harus menutup palang pintu lintasan kereta api pada saat terdengar tanda kereta mau lewat tidak menutupnya pada saat kereta lewat; ada korban atau tidak ada, penjaga tersebut telah melakukan pengabaian (*omission/nalaten*). Contoh lain adalah seorang komandan polisi yang bertugas membubarkan suatu unjuk rasa telah menjumpai anak buahnya melakukan tindakan yang menyalahi prosedur tetapi ia tidak menghentikannya sehingga menimbulkan korban jiwa dan luka-luka berat. Apa yang seharusnya dilakukan oleh komandan tersebut tetapi tidak dilakukannya merupakan suatu pengabaian (*omission/nalaten*). Pengabaian (*omission/nalaten*) hanya mungkin dilakukan oleh manusia atau dengan perkataan lain, badan hukum tidak mungkin melakukan pengabaian. Jika ada salah seorang personel divisi atau bagian dari suatu badan hukum, misalnya personel bagian penagihan suatu bank memukuli atau mengancam nasabah debitur yang tidak mau membayar dan pimpinan divisi tersebut tidak melakukan pencegahan atau tidak minta maaf atas perbuatan anak buahnya itu, yang dianggap melakukan pengabaian adalah pimpinan divisi tersebut bukan bank itu secara korporat. Hal yang sama juga terjadi pada badan hukum publik.

Tindakan seseorang yang mempunyai relevansi dengan hukum itulah yang diatur oleh hukum. Tindakan yang mempunyai relevansi dengan hukum adalah tindakan yang mempunyai kaitan dengan adanya hak dan kewajiban subjek hukum. Oleh karena itulah, tindakan-tindakan yang tidak bersangkut paut dengan hak dan kewajiban subjek hukum tidak diatur oleh hukum. Memang, tidak semua apa yang dilakukan dan diucapkan seseorang perlu diatur oleh hukum. Dalam kehidupan sehari-hari sangat banyak tindakan yang berupa perbuatan



dan pengabaian yang tidak harus diatur oleh hukum. Perbuatan yang tidak diatur oleh hukum adalah perbuatan biasa, misalnya seorang pria menggandeng tangan seorang wanita apakah ia temannya atau istrinya dan masih banyak contoh lain di kehidupan nyata perbuatan yang tidak diatur oleh hukum.

Untuk dapat melakukan perbuatan hukum, diperlukan syarat-syarat tertentu. L. J. van Apeldoorn menyatakan bahwa subjek hukum adalah setiap orang yang mempunyai kemampuan untuk memegang hak.⁵⁶ Kemampuan untuk memegang hak menurut Van Apeldoorn harus dibedakan dari kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Orang-orang yang masih di bawah umur dan mereka yang berada di bawah pengampuan adalah subjek hukum sehingga mereka mempunyai hak. Akan tetapi, oleh hukum mereka dipandang tidak cakap melakukan perbuatan hukum. Di sini terlihat yang menentukan cakap tidaknya subjek hukum adalah hukum, bukan keadaan nyata subjek hukum tersebut. Bahkan dalam Pasal 108 dan 110 BW Indonesia dinyatakan bahwa wanita yang bersuami dianggap tidak cakap melakukan perbuatan hukum.⁵⁷ Adanya gerakan emansipasi dan kesetaraan gender membuat undang-undang negara modern tidak lagi memuat ketentuan-ketentuan seperti yang tertuang di dalam Pasal 108 dan 110 BW tersebut. Di Indonesia sendiri meskipun secara formal ketentuan-ketentuan itu masih berlaku, di dalam praktik ketentuan-ketentuan itu telah ditinggalkan. Bahkan telah terjadi perkembangan baru, yaitu seorang suami yang mengajukan permohonan kredit ke

⁵⁶ P. van Dijk, *Op. cit.*, hlm. 59.

⁵⁷ Oleh Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 3 tahun 1963 Gagasan Menganggap *Burgerlijk Wetboek* Tidak sebagai Undang-Undang. Sebagai konsekuensi dari gagasan ini, maka Mahkamah Agung menganggap tidak berlaku lagi antara lain pasal-pasal berikut dari *Burgerlijk Wetboek*:

1 Pasal 108 dan 110 KUHPerd. (dalam naskah aslinya ditulis B.W.) tentang wewenang seorang istri untuk melakukan perbuatan hukum dan untuk menghadap di muka pengadilan tanpa izin atau bantuan dari suami. Dengan demikian, tentang hal ini tidak ada lagi perbedaan di antara semua warga negara Indonesia.

Akan tetapi surat edaran Mahkamah Agung bukan undang-undang, sedangkan BW berstatus undang-undang, sehingga secara formal ketentuan itu masih berlaku karena belum pernah dicabut oleh undang-undang.



bank untuk kepemilikan rumah atau mobil perlu mendapat tanda-tangan serta (*counter sign*) dari istrinya.

Dari uraian itu dapat dikemukakan bahwa sebenarnya semua orang dianggap mampu melakukan tindakan hukum kecuali undang-undang menetapkan lain. Pada saat sekarang, yang dinyatakan tidak cakap melakukan perbuatan hukum oleh undang-undang hampir semua negara adalah mereka yang masih belum cukup umur (*minderjarigen/minors*) dan mereka yang ditempatkan di bawah pengampuan (*curandi*).

Mengenai berapa usia seseorang untuk dinyatakan sebagai cukup umur atau usia berapakah yang disebut cukup umur (*legal age*) bergantung kepada undang-undang nasional setiap negara. Menurut BW Indonesia, seseorang yang belum berusia 21 tahun penuh dan belum kawin dianggap belum cukup umur sehingga tidak cakap melakukan perbuatan hukum. Batas usia tersebut oleh Undang-Undang Jabatan Notaris telah direduksi menjadi 18 tahun. Usia 18 tahun sebagai patokan untuk menetapkan seseorang cukup umur sehingga cakap untuk melakukan perbuatan hukum kiranya digunakan oleh banyak negara. *Nieuw Burgerlijk Wetboek* Belanda juga menetapkan 18 tahun sebagai awal usia cukup umur. Dalam bahasa Indonesia, seyogianya digunakan istilah orang cukup umur untuk mereka yang sudah mencapai usia 18 tahun penuh. Istilah demikian mempunyai padanan dalam bahasa Belanda *meerderjarig* atau bahasa Inggris *major*. Dalam banyak buku berbahasa Indonesia digunakan istilah “dewasa” untuk menyebut bahasa Belanda *meerderjarig* atau bahasa Inggris *major*; bahkan dalam BW terjemahan Subekti Tjitrosudibjo *et al.* yang telah dipakai oleh sebagian besar akademisi maupun praktisi hukum, *minderjarig* diterjemahkan “belum dewasa.” Dengan demikian, cukup umur lalu diterjemahkan “dewasa.” Kata “dewasa” dalam bahasa Belanda adalah *volwassen* dan dalam bahasa Inggris *adult*. Baik *volwassen* maupun *adult* bukan istilah hukum, melainkan istilah sehari-hari.

Peristiwa hukum dan perbuatan hukum menimbulkan akibat hukum, yaitu akibat yang diatur oleh hukum. Suatu peristiwa hukum dapat menimbulkan beberapa akibat hukum. Dari contoh peristiwa



hukum sebatang pohon yang disambar petir dan tumbang menimpa seorang pengantar surat yang sedang bertugas dengan mengendarai motor dan menewaskannya dapat terjadi dua akibat hukum, yaitu pewarisan hak milik pengantar surat itu dan kewajiban asuransi membayarkan santunan kepada keluarganya. Begitu pula suatu perbuatan hukum dapat menimbulkan lebih dari satu akibat hukum. Sebagai contoh, jual beli menimbulkan akibat hukum pembeli wajib membayar barang yang dibeli dan berhak atas barang yang dibeli; sebaliknya, penjual wajib menyerahkan barang dan berhak menerima pembayaran atas harga barang tersebut.

Di samping itu, peristiwa hukum dan perbuatan hukum mempunyai relevansi dengan status subjek hukum, karena peristiwa atau perbuatan hukum bisa menetapkan atau mengubah status subjek hukum.

Dilihat dari segi aturan yang mengatur perbuatan itu perbuatan hukum, dapat dibedakan antara perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum privat dan perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum publik. Dalam hal ini, pelaku perbuatan bukan merupakan kriteria untuk perbedaan ini. Kelalaian seseorang untuk membayar pajak, meskipun hal itu dilakukan oleh individu yang bukan merupakan subjek hukum publik merupakan suatu perbuatan (dalam hal ini perbuatan melanggar hukum) dalam ruang lingkup hukum publik karena membayar pajak merupakan kewajiban publik bagi wajib pajak. Sebaliknya, apabila pemerintah daerah atau pemerintah kabupaten menyewa sebuah rumah dari seorang warga di suatu lokasi tertentu untuk kantor kecamatan, pemerintah tersebut telah melakukan perbuatan dalam ruang lingkup hukum privat meskipun pemerintah merupakan subjek hukum publik.

Menurut Franken, perbuatan pemerintah dalam ruang lingkup hukum publik yang paling penting adalah *beschikking*⁵⁸ yang kalau di Indonesia membuat Keputusan Tata Usaha Negara. Menurut Pasal 1 angka 3 Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 yang telah diubah dengan UU No. 9 Tahun 2004 berbunyi:

⁵⁸ H. Franken *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 206.



Keputusan tata usaha negara adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata

Sebenarnya istilah keputusan tata usaha negara merupakan istilah yang kurang tepat. Dalam tulisan ini untuk istilah tersebut digunakan keputusan administratif. Keputusan administratif ada yang berisi pemberian hak atau adakalanya justru berisi kewajiban. Keputusan bupati suatu kabupaten tertentu yang memenangkan perusahaan peserta tender hak untuk mengelola suatu tempat hiburan tertentu merupakan suatu keputusan yang berisi pemberian hak. Sebaliknya, keputusan walikota suatu pemerintah kota tertentu yang mewajibkan setiap rumah di dalam wilayah pemerintah kota itu untuk menanam bunga lavender guna menghilangkan nyamuk merupakan suatu keputusan yang meletakkan kewajiban.

Selanjutnya Franken mengemukakan perbedaan antara keputusan administratif dan perbuatan hukum dalam ruang lingkup harta kekayaan.⁵⁹ *Pertama*, suatu keputusan administratif menimbulkan akibat hukum yang bersifat publik. Mengenai hal ini ia memberi contoh bahwa pemilik surat izin mengemudi menurut Undang-Undang Lalu Lintas mempunyai kewenangan untuk mengendarai kendaraan bermotor dan menggunakan jalan umum.⁶⁰ Adapun perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum harta kekayaan mengubah posisi harta kekayaan subjek hukum. Untuk hal ini ia memberi contoh suatu perjanjian hibah menyebabkan harta kekayaan penerima hibah bertambah. Terhadap perbedaan pertama ini perlu diberi catatan bahwa apa yang dikemukakan oleh Franken tersebut memang benar kalau keputusan administratif menimbulkan akibat hukum yang bersifat publik; namun, akibat

⁵⁹ Sebenarnya *vermogensrechtelijke rechtshandeling* berada dalam ruang lingkup hukum privat. Akan tetapi agar tidak mengurangi maksud, Franken menggunakan istilah itu dalam tulisan ini dikemukakan terjemahan yang bersifat harfiah.

⁶⁰ H. Franken *et al.*, *Loc. cit.*



hukum yang bersifat publik juga dapat terjadi oleh perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum privat; sebagaimana telah dicontohkan bahwa kelalaian membayar pajak merupakan perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum publik sehingga hal itu akan menimbulkan akibat hukum yang bersifat publik yang dalam hal ini terkena tindakan administratif berupa denda atau pencabutan izin usaha. *Kedua*, perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum harta kekayaan dapat dilakukan oleh semua subjek hukum, sedangkan keputusan administratif hanya dapat dilakukan oleh badan atau pejabat administrasi saja. *Ketiga*, dasar hukum perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum harta kekayaan adalah kehendak subjek hukum; sedangkan keputusan administratif harus berdasarkan kewenangan yang ditetapkan dalam ketentuan perundang-undangan sehingga badan atau pejabat administrasi tidak bebas membuat keputusan.⁶¹

HUBUNGAN HUKUM

Hubungan hukum adalah hubungan yang diatur oleh hukum. Hal itu berarti hubungan yang tidak diatur oleh hukum bukan merupakan hubungan hukum. Pertunangan dan lamaran, misalnya, bukan merupakan hubungan hukum. Hubungan hukum bisa terjadi di antara sesama subjek hukum dan antara subjek hukum dengan barang. Hubungan antara sesama subjek hukum dapat terjadi antara seorang dan seorang lainnya, antara seseorang dan suatu badan hukum, serta antara suatu badan hukum dan badan hukum lainnya. Adapun hubungan antara subjek hukum dan barang berupa hak apa yang dikuasai oleh subjek hukum itu atas barang tersebut baik barang berwujud atau tidak berwujud dan barang bergerak atau tidak bergerak. Secara umum, barang dapat diartikan sebagai tiap benda dan tiap hak yang dapat menjadi objek dari hak milik. Barang dapat dibedakan menjadi barang berwujud (*tangible/lichamelijk*) dan barang tidak berwujud (*intangible/onlichamelijk*). Di samping itu, juga terdapat barang bergerak (*movable/roerend*) dan barang tak bergerak (*immovable/onroerend*).

⁶¹ *Ibid.*, hlm. 207.



Dilihat dari sifat hubungannya, hubungan hukum bisa dibedakan antara hubungan hukum yang bersifat privat dan hubungan hukum yang bersifat publik. Dalam menetapkan hubungan hukum apakah bersifat publik atau privat yang menjadi indikator bukanlah subjek hukum yang melakukan hubungan hukum itu, melainkan hakikat hubungan itu atau hakikat transaksi yang terjadi (*the nature of transaction*). Oleh karena itulah, hubungan antara individu dengan organ negara atau badan hukum publik bukan presumtif hubungan hukum dalam ruang lingkup hukum publik. Pada perbincangan mengenai hukum publik dan hukum privat, dikemukakan bahwa dalam perjanjian dalam kerangka pelaksanaan kebijakan, atau dalam bahasa Belanda disebut *beleidsovereenkomst*, perjanjian sewa-menyewa, dan perjanjian pengadaan barang dan jasa digunakan instrumen hukum privat. hubungan hukum yang timbul dari perjanjian semacam itu adalah hubungan hukum yang bersifat privat.

Hubungan hukum yang diciptakan oleh para pihak mengenai sesuatu yang berada dalam ruang lingkup keluarga dan harta kekayaan merupakan hubungan yang bersifat privat. Hubungan hukum dalam ruang lingkup hukum keluarga hanya dapat diciptakan oleh subjek hukum manusia. Adapun hubungan hukum dalam ruang lingkup hukum harta kekayaan dapat terjadi antara subjek hukum manusia dan badan hukum, baik badan hukum privat maupun badan hukum publik. Hubungan antara negara dan individu terdapat hubungan yang bersifat politis, sosial, dan administratif masuk ke dalam bilangan hubungan hukum yang bersifat publik. Berbeda halnya dengan hubungan hukum yang bersifat privat yang terjadinya karena diciptakan oleh para pihak, hubungan hukum yang bersifat publik terjadi karena diciptakan oleh negara. Di dalam perbincangan mengenai hukum publik dan hukum privat telah dikemukakan terjadinya hubungan antara negara dan warga masyarakat.

Arti penting mengetahui hakikat hubungan hukum adalah untuk mengetahui rezim hukum yang menguasai hubungan itu. Hal ini mempunyai arti penting untuk menentukan pengadilan mana yang mempunyai kompetensi absolut untuk menyelesaikan sengketa yang



timbul dari masalah itu. Apabila hakikat hubungan itu bersifat privat, hubungan itu dikuasai oleh hukum privat. Apabila dalam hubungan itu timbul sengketa, siapa pun yang menjadi pihak dalam sengketa itu, sengketa itu berada dalam kompetensi peradilan perdata kecuali sengketanya mempunyai sifat khusus, misalnya kepailitan, yang berkompeten mengadili adalah pengadilan khusus juga kalau memang undang-undang negara itu menentukan demikian. Demikian apabila hakikat hubungan itu bersifat publik, yang menguasai adalah hukum publik. Dan, yang mempunyai kompetensi untuk menangani sengketa demikian adalah pengadilan dalam ruang lingkup hukum publik, apakah peradilan administrasi, peradilan pidana, dan lain-lain.

PERTANGGUNGJAWABAN DAN KESALAHAN

Dalam dunia hukum dikenal adanya lambang seorang dewi, yaitu Dewi Iustitia dengan mata tertutup sambil memegang pedang di tangan kanannya dan timbangan di tangan kirinya. Makna dari lambang itu adalah hukum tidak memandang kedudukan, kekayaan, atau prestise seseorang yang dihadapkan kepadanya. Semua hal itu sama di dalam hukum. Hal yang ditimbang oleh Dewi Iustitia adalah kesalahan orang itu dan apabila memang dijumpai kesalahan pada orang itu, dengan pedangnya sang dewi akan menghukumnya. Dengan demikian, lambang tersebut seolah-olah menyatakan bahwa tiada seorang pun berada di atas hukum.

Akan tetapi, dalam dunia nyata tidak demikian halnya. Apa yang dilakukan manusia bukanlah sesuatu yang bersifat mekanik atau naluriyah seperti perilaku binatang. Tindakan manusia baik berupa perbuatan maupun pengabaian (*omission/nalaten*) didasarkan atas kesadaran manusia untuk memilih antara melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu. Kesadaran manusia semacam itu di dalam hukum menimbulkan pengertian tentang kesalahan. Lalu, sampai sejauh mana kesalahan seseorang atas tindakan yang dilakukannya menjadi pertimbangan dalam penyelesaian sengketa hukum? Pada saat ini, telah berkembang pandangan bahwa seseorang dianggap mempunyai kesalahan kalau ia mampu bertanggung jawab. Pengertian “tanggung



jawab” dan “kesalahan” ini merupakan pengertian-pengertian yang fundamental dalam hukum. Hanya dengan pengecualian seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan dinyatakan tidak mempunyai kesalahan.

Di dalam tulisan ini, yang dimaksud dengan suatu tindakan adalah sesuatu yang dapat dihindari sebagaimana yang dikehendaki oleh seseorang artinya orang tersebut dapat menentukan pilihan melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Berdasarkan pemikiran ini, seorang yang normal adalah orang yang sanggup menentukan kehendaknya dan sanggup bertindak sesuai dengan kehendak tersebut. Apabila seseorang tidak sanggup menentukan kehendaknya dan tidak bertindak sesuai dengan yang dikehendaknya, orang tersebut dianggap tidak normal. Dalam hal demikian, tindakan orang itu tidak dapat dipertanggungjawabkan. Terhadap orang semacam itu harus diterapkan aturan hukum yang khusus guna melindungi orang itu sendiri dan pihak ketiga atas tindakannya yang abnormal itu.

Suatu pandangan yang menyatakan bahwa seorang normal adalah orang yang sanggup menentukan kehendaknya dan sanggup bertindak sesuai dengan kehendaknya tersebut sehingga tindakan-tindakannya secara umum dapat dipertanggungjawabkan, merupakan pandangan yang didasarkan atas teori kehendak bebas. Sebagai lawan dari teori kehendak bebas adalah teori determinisme. Menurut teori determinisme, kehendak seseorang tidak bebas, melainkan ditentukan oleh faktor dari luar dan dari dalam diri manusia itu sendiri. Faktor dari luar manusia, misalnya lingkungan, menurut teori itu sangat berpengaruh terhadap kepribadian seseorang yang menentukan pembentukan kehendaknya. Begitu juga bakat dan karakter seseorang menentukan seseorang dalam bertindak. Dengan perkataan lain, pengambilan keputusan yang dilakukan oleh seseorang tunduk kepada hukum kausalitas. Seseorang tidak mempunyai pilihan satu terhadap lainnya untuk bertindak. Ia tidak dapat menghendaki atau bertindak lain kecuali melakukan hal itu karena apa yang ia kehendaki dan lakukan sejak awal ditentukan oleh serangkaian sebab yang panjang yang ada di sekitarnya dan keadaan pribadi orang itu sendiri.



Dalam pandangan determinisme, tidak ada tempat untuk pengertian tanggung jawab dan kesalahan. Akan tetapi dalam kenyataannya, penganut determinisme yang kuat adalah penganut teori kehendak bebas yang tidak ekstrem. Atau sebaliknya, dapat dikatakan bahwa tidak ada penganut determinisme yang ekstrem. Oleh karena itulah, pengertian tanggung jawab dan kesalahan mempunyai tempat dalam ilmu hukum.

TANGGUNG GUGAT

Tanggung gugat (*liability/aansprakelijkheid*) merupakan bentuk spesifik dari tanggung jawab. Pengertian tanggung gugat merujuk kepada posisi seseorang atau badan hukum yang dipandang harus membayar suatu bentuk kompensasi atau ganti rugi setelah adanya peristiwa hukum atau tindakan hukum. Ia, misalnya, harus membayar ganti kerugian kepada orang atau badan hukum lain karena telah melakukan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) sehingga menimbulkan kerugian bagi orang atau badan hukum lain tersebut. Istilah tanggung gugat berada dalam ruang lingkup hukum privat.

Kesalahan bukan merupakan unsur yang harus dipenuhi pada setiap kasus agar seseorang bertanggung gugat. Di samping itu, seseorang atau badan hukum dimungkinkan bertanggung gugat atas tindakan orang atau badan hukum lainnya. Sebagai contoh dapat dikemukakan, orang tua bertanggung gugat atas tindakan anaknya yang masih di bawah umur, seorang wali bertanggung gugat atas tindakan seorang anak yang berada di bawah perwaliannya, dan suatu perseroan terbatas bertanggung gugat atas tindakan agennya yang juga perseroan terbatas atau terhadap buruhnya. Oleh karena itulah, unsur kesalahan tidak disyaratkan untuk dipenuhi oleh orang atau badan hukum yang bertanggung gugat. Bahkan, peristiwa-peristiwa yang tidak disebabkan oleh tindakan manusia sekalipun dapat menyebabkan adanya tanggung gugat. Misalnya, hewan-hewan potong yang telah dipotong di rumah potong hewan terjangkit penyakit sehingga konsumen yang mengonsumsi daging hewan-hewan itu menjadi sakit. Jelas sekali, bahwa terjangkitnya hewan-hewan itu oleh penyakit bukan karena tindakan



manusia; namun petugas rumah potong hewan seharusnya mengetahui bahwa hewan-hewan itu terjangkit penyakit sehingga seharusnya ia melarang hewan-hewan itu dipotong yang dengan demikian dapat menghindarkan konsumen dari sakit akibat mengonsumsi daging hewan sakit. Oleh karena itulah, dalam hal ini petugas tersebut bertanggung gugat bukan karena kesalahannya menyebabkan hewan terjangkit penyakit, melainkan karena ia seharusnya dapat menghindari suatu kerugian tetapi hal itu tidak dilaksanakannya.

pustaka-indo.blogspot.com



BAB 6

Sistem Civil Law dan Common Law

SEJARAH TERJADINYA SISTEM CIVIL LAW DAN COMMON LAW

Sejak awal abad Pertengahan sampai pertengahan abad XII, hukum Inggris dan hukum Eropa Kontinental masuk ke dalam bilangan sistem hukum yang sama, yaitu hukum Jerman. Hukum tersebut bersifat feodal baik substansinya maupun prosedurnya.¹ Satu abad kemudian terjadi perubahan situasi. Hukum Romawi yang merupakan hukum materiel dan hukum Kanonik² yang merupakan hukum acara telah mengubah kehidupan di Eropa Kontinental. Adapun di Inggris terluput dari pengaruh tersebut. Di negeri itu masih berlaku hukum asli rakyat Inggris. Saat dikotomi itu terjadi dapat ditentukan secara tepat, yaitu pada masa pemerintahan Raja Henry II.³

Sistem yang dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental yang didasarkan atas hukum Romawi disebut sebagai sistem *civil law*. Disebut demikian karena hukum Romawi pada mulanya bersumber kepada karya agung Kaisar Iustinianus *Corpus Iuris Civilis*. Adapun sistem yang dikembangkan di Inggris karena didasarkan atas hukum asli rakyat Inggris disebut sistem *common law*. Sistem *civil law* dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental sehingga kerap disebut juga sistem

* Istilah *civil law* dan *common law* sengaja tidak diterjemahkan karena apabila diterjemahkan akan sulit mendapatkan yang tepat atas kedua istilah itu.

¹ R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators, and Professors*, London: Cambridge University Press, 1987, hlm. 114.

² Hukum Kanonik merupakan hukum acara atau prosedur yang ditetapkan oleh gereja.

³ R.C. van Caenegem, *Loc. cit.*

Kontinental. Sebaliknya, *common law* dianut oleh suku-suku Anglika dan Saksa yang mendiami sebagian besar Inggris sehingga disebut juga sistem Anglo-Saxon. Suku Scott yang mendiami Skotlandia tidak menganut sistem hukum itu. Meskipun berada di tanah Inggris mereka menganut sistem *civil law*. Negara-negara bekas jajahan negara-negara Eropa Kontinental juga menganut sistem *civil law*. Sama halnya negara-negara berbahasa Inggris yang merupakan bekas jajahan Inggris menganut *common law*. Akan tetapi, Amerika Serikat sebagai bekas jajahan Inggris mengembangkan sistem yang berbeda dari yang berlaku di Inggris meskipun masih dalam kerangka sistem *common law*. Di lain pihak perkembangan politik, ekonomi, dan teknologi yang terjadi di Amerika Serikat lebih pesat daripada yang terjadi di Inggris. Perkembangan demikian menyebabkan terjadinya transaksi dengan negara-negara lain. Hal ini berimplikasi pada banyaknya hukum Amerika Serikat yang dijadikan acuan atau landasan transaksi yang bersifat internasional. Oleh karena itu, sistem *common law* pada saat ini lazim disebut sebagai sistem Anglo-American.

Hukum Romawi yang merupakan sumber dari sistem *civil law* telah menempuh sejarah yang panjang untuk sampai kepada tingkat perkembangan yang tinggi. Semua itu bermula dari penemuan *Corpus Iuris Civilis*. Kodifikasi itu merupakan puncak pemikiran hukum Romawi yang sudah ratusan tahun. Sebenarnya kodifikasi tersebut merupakan suatu kompilasi kasus-kasus yang diselesaikan di Romawi bagian barat. *Corpus Iuris Civilis* tidak diundangkan di kekaisaran Romawi Barat.

Orang-orang Romawi dengan kejeniusannya dalam membangun institusi dan akal sehatnya yang praktis dapat menghasilkan penyelesaian yang memuaskan atas masalah-masalah hukum yang dihadapkan kepada mereka. Penyelesaian itu dilakukan dengan merujuk kepada hukum yang diberlakukan oleh kekaisaran itu. Hukum tersebut merupakan pencerminan perkembangan politik, ekonomi, dan kehidupan sosial yang tinggi sehingga dapat memenuhi kebutuhan masyarakat yang maju secara ekonomis dan budaya.

Tidak dapat diragukan bahwa timbulnya dan berkembangnya



sistem *civil law* seiring dengan perjalanan kekaisaran Romawi. Pada kenyataannya, sebagian besar Eropa Barat pada hari ini, termasuk bagian-bagian dari Inggris, telah diromawikan selama 400 tahun sebelum kekaisaran Romawi Barat diruntuhkan oleh suku-suku Jerman yang secara formal mengakhiri kekaisaran itu.⁴ Pada tahun 476 Odoaker mendepak Romulus Augustulus, anak seorang pemimpin serdadu Romawi yang merupakan pertanda akhir pemerintahan imperialis di Barat.⁵ Jatuhnya kekaisaran Romawi membuat kaum barbar yang telah lama menduduki provinsi-provinsi tetapi yang secara nominal mengakui supremasi kaisar, dengan runtuhnya kekaisaran itu, tidak lagi mengakui adanya kekuasaan politik yang tersentralisasi di barat. Akibatnya, paripurna sudah disintegrasi kekaisaran Romawi Barat.

Runtuhnya kekaisaran Romawi Barat menyebabkan lenyapnya kekuatan politik dan budaya yang mampu menciptakan dan mempertahankan kesatuan politis dan hukum. Akan tetapi, kerajaan-kerajaan orang-orang barbar yang wilayahnya adalah Mediterania tetap mempertahankan karakteristik yang esensial dan menonjol dari peradaban purba mereka untuk memberi corak karakteristik Mediteranianya. Mediterania adalah jalan lintas perdagangan dunia yang besar bagi bangsa Romawi. Laut yang dikelilingi daratan relatif memudahkan komunikasi dan transportasi. Hal itu memberikan landasan yang esensial baik bagi kesatuan dan kehidupan perdagangan Kekaisaran Romawi. Bahkan setelah runtuhnya kekaisaran itu, jalan lalu lintas tetap memenuhi fungsinya untuk perdagangan.

Setelah kekaisaran Romawi Barat runtuh, kekaisaran Romawi masih tetap berlanjut di bagian timur dengan ibu kota Konstantinopel. Kiranya kekaisaran Romawi Timur inilah yang mempunyai arti penting bagi perkembangan hukum Romawi. Di kekaisaran Romawi Timur inilah Kaisar Iustinianus menyusun kompilasi yang terkenal sebagai *Corpus Iuris Civilis* yang sebagaimana telah dikemukakan pada Bab 1 terdiri atas *Caudex*, *Novellæ*, *Instituti*, *Digesta*.

⁴ Arthur von Mehren dan James Russell Gordley, *The Civil Law System*, Boston: Little Brown and Company, 1977, hlm. 4.

⁵ *Ibid.*



Pada awal abad X, Venesia mulai mengembangkan perdagangan penting di Mediterania. Meletusnya Perang Salib pertama tahun 1096 menandai bermulanya pembukaan kembali Mediterania secara definitif sebagai rute perdagangan Eropa Barat. Pada abad XII, ekspansi perdagangan secara besar-besaran terjadi baik di Mediterania maupun di pantai utara Eropa Barat. Saat itu tempat-tempat untuk melakukan transaksi perdagangan berkembang secara pesat. Kota-kota berubah menjadi pusat perdagangan. Pilar ekonomi warganya adalah perdagangan. Daerah pertanian mulai menghasilkan surplus agar dapat memenuhi kebutuhan kota dan memperoleh *item* dari perdagangan tersebut. Meningkatnya produksi menyebabkan berkembangnya ekonomi pertanian yang lebih rasional dengan spesialisasi dalam produksi, misalnya memproduksi anggur atau wol.⁶ Transaksi semacam itu meningkatkan peredaran uang. Di lain pihak, nilai riil upeti dalam pola pikir feodalisme menurun. Akibatnya, para tuan tanah memodifikasi sistem manorial.⁷ Tanah-tanah diolah dan dapat dimanfaatkan. Para budak dibebaskan dan mereka mendapatkan lahan untuk bercocok tanam baik dengan membeli lahan itu atau menyewanya dengan meminjam uang dari pemberi pinjaman.⁸ Perubahan pola transaksi ini memerlukan suatu hukum yang baru agar transaksi itu dapat berlangsung sebagaimana mestinya. Kebiasaan yang selama itu dijadikan acuan dalam kehidupan masyarakat yang mata pencahariannya bercocok tanam dan menguasai tanah tidak lagi memadai bagi mereka yang kehidupannya didasarkan atas perdagangan dan industri.⁹ Adanya perubahan semacam itu mengharuskan hukum lama untuk diganti dengan hukum yang baru.

Pembentukan suatu hukum yang baru di Eropa Kontinental dan di Inggris memang melalui proses yang panjang dan kompleks. Seja-

⁶ *Ibid.*, hlm. 7.

⁷ Di Eropa, pada masa feodalisme, seorang keturunan bangsawan mempunyai kekuasaan atas suatu daerah tertentu dan penduduk yang menghuni daerah itu tunduk kepada aturan-aturan hukum yang ditetapkan oleh penguasa tersebut dan membayar sejumlah uang tertentu kepada penguasa itu.

⁸ Arthur von Mehren dan James Russell Gordley, *Loc. cit.*

⁹ *Ibid.*



rah perkembangannya tidak dapat dilepaskan dari sejarah ekonomi, politik, dan intelektual Eropa Barat. Hukum yang baru terbangun dari jalinan berbagai unsur, yaitu kebiasaan-kebiasaan dan praktik-praktik yang ada, kebiasaan-kebiasaan para saudagar, hukum kanonik, hukum Romawi, dan pada tahap yang paling akhir filsafat hukum alam.¹⁰ Banyak pihak yang mempunyai saham dalam pembentukan hukum baru tersebut, yaitu para praktisi, hakim, administrator, akademisi, pengguna hukum, kaum gerejani, dan filsuf. Pada periode itu, yaitu sejak akhir abad XI hingga awal abad XIV terjadi divergensi sistem *civil law* yang berkembang di Eropa Kontinental dan *common law* yang berkembang di Inggris.¹¹ *Civil law* yang dikembangkan di Jerman dan Perancis merupakan kebangkitan kembali hukum Romawi yang tertuang dalam *Corpus Iuris Civilis*. Sebaliknya, pada periode yang sama, raja-raja Inggris menciptakan suatu sistem pengadilan yang efektif bagi pelaksanaan hukum kerajaan.

Kebangkitan kembali hukum Romawi di Eropa Kontinental pada masa itu memang suatu keniscayaan. Perubahan-perubahan yang terjadi dalam pola kehidupan masyarakat di Eropa Barat telah menimbulkan masalah-masalah baru yang tidak dapat diselesaikan dengan hukum yang ada pada waktu itu. Mencengangkan, justru *Corpus Iuris Civilis* yang dapat dijadikan acuan secara memuaskan dalam menyelesaikan masalah-masalah masyarakat agraris dan industri. Kiranya, mengacunya kembali ke *Corpus Iuris Civilis* bukannya tanpa dasar. Karya Iustinianus tersebut dipandang sebagai pencerminan budaya Romawi yang ideal dan setelah dilakukan interpretasi dan komentar dari *Glossator* dan *Commentator*, mahakarya itu dapat diterapkan dalam menghadapi perkara-perkara yang terjadi pada masa itu.¹²

Pada abad XI, studi hukum di Italia dan Perancis mengalami perubahan secara drastis. Hukum yang sedang dikembangkan secara berangsur-angsur menggantikan karakteristik pikiran hukum primitif yang berkembang pada periode sebelumnya. Kuliah-kuliah yang

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 8.

¹¹ *Ibid.*

¹² Mengenai tugas *Glossator* dan *Commentator*, lihat Bab 1.



diberikan oleh Irnerius di Universitas Bologna tentang *Digesta* merupakan jawaban atas gagasan-gagasan dan tuntutan-tuntutan yang berkembang di berbagai tempat yang berbeda di wilayah Eropa yang lebih beradab. Apa yang disampaikan oleh Irnerius tersebut tepat pada waktunya. Dua area kehidupan, yaitu politik dan perdagangan, membutuhkan pemecahan hukum yang baru. Secara politis, masalah yang besar adalah membentuk suatu kekuatan sentral yang kokoh untuk menghindari terpecah belahnya kekuasaan pemerintahan. Secara ekonomis, perlu mengembangkan teknik-teknik hukum yang memungkinkan berlangsungnya perkembangan perdagangan lebih jauh.

Hukum lokal ternyata tidak memadai untuk mengatasi masalah-masalah tersebut. Peradilan didesentralisasi dan kekurangan tenaga yang terdidik dan mempunyai spesialisasi. Sistem feodal dengan kecenderungan lokal, tidak memungkinkan pembangunan lembaga pengadilan secara terpusat yang dapat mengembangkan hukum yang berlaku secara lebih luas bagi semua unit politis dan ekonomis yang sedang tumbuh. Karena kekurangan tenaga terdidik dan yang mempunyai spesialisasi, hukum kebiasaan lokal kurang memiliki kekuatan untuk bertumbuh.

Ternyata, hukum lokal bukan sekadar tidak memadai. *Corpus Iuris Civilis* yang baru saja diketemukan memang memiliki kekuatan berlaku secara langsung sebagai *imperium romanum*.¹³ Menurut Koschaker, kenyataan demikian menyebabkan cepat diterimanya *Corpus Iuris Civilis* bukan karena secara substantif lebih mantap daripada hukum lokal.¹⁴ Apa yang dikemukakan oleh Koschaker ini dapat dipahami karena Kekaisaran Romawi Timur meliputi juga yang sekarang wilayah Italia bagian selatan. Roma, kejayaan, dan persatuannya tidak mudah hilang dari ingatan orang. Hukum Romawi merupakan salah satu pengungkapan akan kejayaan dan persatuan yang selalu dirindukan orang. Hukum Romawi menghendaki kewenangan yang tersentralisasi. *Corpus Iuris Civilis* berisi hukum yang dapat menyelesaikan

¹³ *Imperium romanum* artinya perintah dari Kekaisaran Romawi.

¹⁴ Arthur von Mehren dan James Russell Gordley, *Loc. cit.* Catatan kaki.



secara memuaskan berbagai masalah ekonomi yang lebih aktif dan masalah masyarakat yang lebih berkembang dalam menggunakan tanahnya. Hukum Romawi menawarkan unifikasi hukum yang berlaku bagi semua unit politis. Sebenarnya, hukum Romawi—setidaknya sebagian—terbentuk dari berbagai kebiasaan dan pranata sosial Eropa Barat. *Corpus Iuris Civilis*, dengan demikian, bukan sesuatu yang asing sama sekali; bahkan merupakan bagian masa lalu yang masih diikuti dan tidak semuanya dilupakan.

Tetapi, para *Commentator* yang menggantikan para *Glossator* mulai berusaha untuk tidak semata-mata mendasarkan karyanya pada *Corpus Iuris Civilis*. Pada 1140, seorang rahib Bologna bernama Gratian telah memublikasikan suatu kompilasi pernyataan dewan-dewan gereja dan sumber-sumber lain yang menyatakan bahwa pengadilan gereja bersifat otoritatif, artinya mempunyai kompetensi. Hukum Kanonik lalu menjadi mata kuliah bersama-sama dengan *Corpus Iuris Civilis* para *Glossator*. Lagi pula, pada abad berikutnya, para filsuf dan teolog mulai mempelajari secara sistematis karya-karya Aristoteles dan dengan memberikan komentar terhadap *Ethica* dan *Politeia*, mereka mengembangkan secara sistematis filsafat hukum alam. Filsafat mereka berkaitan dengan masalah-masalah hukum yang menyebabkan mereka harus menghadapi masalah-masalah yang dihadapi oleh kaum Kanonis dan ahli *civil law*. Para ahli *civil law* tidak dapat mengabaikan karya yang sedang dikerjakan dalam disiplin-disiplin lain dan mulai mencari hal-hal di luar apa yang telah dilakukan oleh para *Glossators* guna mendapatkan komentar yang lebih sistematis dan juga tidak hanya menyandarkan kepada hukum Romawi semata-mata, melainkan juga sumber-sumber hukum Romawi dalam kerangka pemahaman dari sudut hukum Kanonik dan dari sudut pandang teologi skolastik.¹⁵

Ternyata, dalam perkembangannya, karya para *Commentator* bukan semata-mata karya yang hanya berguna bagi keperluan akademis semata-mata. Sebelum tahun 1200, karya tersebut telah menjadi hu-

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 10.



kum yang berlaku di Italia, setidaknya dalam arti sebagai hukum yang diberlakukan manakala kebiasaan lokal atau perundang-undangan lokal tidak mampu mengatasi masalah yang dihadapi. Hal ini berarti hukum Romawi diselaraskan dengan hukum lokal dalam mengatasi masalah-masalah praktis yang baru.

Pertama kali yang meresepsi hukum Romawi adalah kota-kota di Italia.¹⁶ Selanjutnya seluruh Eropa Barat melakukan resepsi terhadap hukum Romawi dan menempatkan hukum tersebut sebagai hukum yang memiliki otoritas untuk digunakan di pengadilan-pengadilan di wilayah tersebut. Melalui resepsi itu, *Corpus Iuris Civilis* bukan lagi sekadar hukum yang dicita-citakan yang hanya diajarkan di universitas, melainkan telah memiliki kekuatan untuk dipraktikkan di pengadilan.

Resepsi dilakukan dalam waktu yang berbeda-beda dan dengan berbagai cara. Di Italia, studi hukum yang bergengsi, kebutuhan terhadap hakim-hakim dan para pejabat yang terlatih di masyarakat yang sedang tumbuh, dan adanya kenyataan bahwa sebagian besar mahasiswa Universitas Bologna adalah orang-orang Italia menyebabkan resepsi atas hukum Romawi terjadi lebih awal. Di Perancis, apa yang tertuang di dalam hukum Romawi tidak dipraktikkan hingga abad XIII dan pemerintahan serta perekonomian tetap bersifat feodal dan agraris. Kebiasaan yang bersifat turun-temurun dan hukum yang bersifat feodal sebegitu lamanya masih tetap berlaku. Di bagian selatan yang hukum kebiasaannya merupakan hukum Romawi yang masih belum tersistematisasi. Adanya *Corpus Iuris Civilis* merupakan hal baru bagi mereka yang diam di daerah itu sehingga mereka melakukan resepsi secara seutuhnya terhadap hukum Romawi tersebut. Akibatnya, terdapat perbedaan hukum yang berlaku antara yang di daerah selatan dan daerah utara. Daerah selatan disebut *pays de droit écrit* dan daerah utara disebut *pays de coutumes*.¹⁷ Namun demikian di da-

¹⁶ Istilah meresepsi berasal dari kata dasar resepsi. Kata resepsi merupakan adaptasi dari bahasa Latin *receptio* yang artinya penerimaan atau hal menerima.

¹⁷ *Pays de droit écrit* artinya daerah dengan hukum tertulis, dan *pays de coutumes* artinya daerah kebiasaan.



erah utara, cabang-cabang tertentu hukum Romawi, misalnya hukum kontrak dan perbuatan melanggar hukum, diresepsi untuk menyelesaikan perkara-perkara yang terjadi karena hukum kebiasaan tidak bisa apa-apa tentang hal-hal seperti itu. Sebaliknya, di daerah selatan masih terdapat kebiasaan-kebiasaan lokal yang berlaku hingga abad Pertengahan.

Lain halnya dengan di Jerman. Hukum Romawi baru diresepsi di Jerman pada akhir abad Pertengahan. Akan tetapi resepsinya bersifat secara total.¹⁸ Alasan formal resepsi Jerman sebagaimana tertuang di dalam *Reichskammergerichtordnung* 1495 sebenarnya masih merupakan sesuatu yang misterius.¹⁹ Suatu penjelasan yang dapat dikemukakan adalah keandalan hukum Romawi dalam menangani masalah-masalah sosial dan ekonomi pada periode itu.²⁰ Pada masa itu sesungguhnya di kota-kota yang baru tumbuh dan daerah-daerah pedesaan, berkembang hukum Jerman yang mempunyai daya keandalan yang tinggi. Namun, pandangan konstitusional yang berkembang pada abad Pertengahan menjelaskan bahwa resepsi Jerman terhadap hukum Romawi disebabkan kaisar Jerman merupakan penerus sah kaisar Romawi. Oleh karena itulah, bukan sesuatu yang tidak wajar kalau hukum privat di wilayah Jerman adalah hukum Romawi. Penelitian historis yang paling baru mengungkapkan bahwa apa yang tertuang dalam konstitusi itu hanya memfasilitasi bukan menyebabkan berlakunya hukum Romawi.²¹

Sebenarnya, resepsi hukum Romawi oleh Jerman disebabkan oleh beberapa faktor. *Pertama*, tidak adanya unifikasi hukum di Jerman dan tidak memadainya hukum Jerman yang beraneka ragam mendorong untuk resepsi hukum Romawi. *Kedua*, tidak adanya hukum tertulis sulit untuk mendapatkan aturan yang pasti. *Ketiga*, tidak adanya hukum tertulis dipandang sebagai suatu penyebab utama tidak sistematis dan

¹⁸ Arthur von Mehren dan James Russell Gordley, *Loc. cit.* Resepsi secara total dalam istilah hukum disebut *receptio in complexu*.

¹⁹ Arthur von Mehren dan James Russell Gordley, *Loc. cit.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, hlm. 11.



tidak terstruktur secara rasional hukum Jerman. *Keempat*, terfragmentasinya tertib hukum menyebabkan tidak terciptanya profesi hukum yang kuat dengan pengetahuan yang luas. *Kelima*, sumber daya manusia yang terlatih di bidang hukum semakin dibutuhkan untuk menggantikan para administrator kerajaan yang tidak terlatih dan mereka yang dapat direkrut sebagai tenaga-tenaga terlatih tidak lain adalah para mahasiswa yang mengenyam pendidikan hukum Romawi dari universitas-universitas di Italia. Akhirnya, suatu reorganisasi *Imperial Chamber of Justice* pada 1495 secara signifikan mengurangi relevansi praktis hukum Jerman. Aturan baru yang disebut *Gemeines Recht*, yaitu hukum yang berlaku bagi semua yang tidak lain daripada hukum Romawi, diterapkan untuk semua sengketa kecuali kalau para pihak memang menerapkan hukum Jerman yang diterima oleh pengadilan.²² Hukum Romawi yang diresepsi bukan hanya *Corpus Iuris Civilis* yang disusun pada abad VI, melainkan juga produk-produk para *Glossator* dan *Commentator*. Akan tetapi, derajat resepsi hukum Romawi di Jerman berbeda-beda. Semakin ke utara, semakin kuat mempertahankan hukum Jerman. Bahkan, hingga abad XIV dan XV pun beberapa kota masih mempertahankan sistem hukum Jerman. Namun demikian, dapat dikatakan bahwa untuk pertama kalinya terjadi resepsi terhadap sekumpulan hukum yang besar.²³

Sebelum terjadinya resepsi hukum Romawi abad XIII oleh Eropa Kontinental, di Inggris telah berkembang suatu peradilan nasional yang tersentralisasi dan efisien yang menerapkan hukum kebiasaan.²⁴ Pada 1006, invasi orang-orang Normandia membawa serta sekelompok administrator yang cakap dalam menjalankan tugas yang diberikan oleh mereka yang menyatakan memiliki kekuasaan politis terpusat berdasarkan hak penaklukan.²⁵ Dalam alam pikiran feodal, Inggris merupakan suatu *fief*, yaitu negeri yang dapat diwarisi dari seorang tuan tanah sebagai imbalan atas pengabdian kepada tuan tanah ter-

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, hlm. 12.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*



sebut.²⁶ Oleh karena itu, harus ada suatu kekuasaan yang kuat, efektif, dan terpusat yang dapat diterima oleh seantero negeri. Keadaan seperti itu merupakan dasar berpijak raja-raja Inggris mula-mula untuk menciptakan institusi-institusi yang ditujukan untuk mengamankan dan meningkatkan kewenangan pemerintah.²⁷ Salah satu institusi yang paling penting untuk mempertahankan dan memperkuat kewenangan pusat yang dikembangkan oleh Raja William dan para penggantinya adalah pengadilan kerajaan.²⁸ Pada abad XII, Raja Henry I mulai mengirim para utusannya ke seantero negeri untuk mengadili perkara di pengadilan-pengadilan lokal. Sebelum berakhirnya abad itu, pengadilan kerajaan bersama dengan pengadilan bawahannya merupakan institusi politis yang paling kuat di Inggris. Pengadilan kerajaan dikelola oleh pejabat-pejabat yang terlatih yang secara teratur mengunjungi setiap bagian negeri. Oleh karena pengadilan kerajaan sangat kuat yang membawahi pengadilan lokal dan hanya sedikit menangani masalah-masalah kaum ningrat sedangkan di lain pihak pengadilan rakyat yang lama tidak lagi digunakan, hukum yang dikembangkan oleh pengadilan kerajaan secara cepat menjadi suatu hukum yang umum (*common*) bagi semua orang di seantero negeri. Itulah sebabnya sistem hukum Inggris disebut sistem *common law*.

Pada masa pemerintahan Raja Henry II, di Inggris dilakukan reformasi dalam organisasi peradilan dan hukum acara. Reformasi tersebut telah memodernisasi hukum Inggris.²⁹ Perubahan yang berarti yang dilakukan oleh Raja Henry II adalah diletakkannya fondasi keberadaan kelompok hakim kerajaan yang mempunyai kompetensi mengadili pada tingkat pertama bagi seluruh kerajaan untuk menyelesaikan jenis-jenis sengketa tanah tertentu, yaitu sengketa-sengketa feodal dan diintroduksinya juri untuk perkara-perkara pidana dan perdata sebagai modus pembuktian yang standar.³⁰ Para pihak yang

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ R.C. van Caenegem, *Loc. cit.*

³⁰ *Ibid.*, hlm. 115.



bersengketa memang benar-benar mendayagunakan pengadilan-pengadilan baru itu beserta hukum acara yang diterapkan oleh pengadilan-pengadilan itu dan para hakim membangun suatu hukum feodal yang berlaku umum (*common*). Peranan itu kemudian diperluas dengan diterbitkannya penetapan-penetapan baru oleh pengadilan yang memungkinkan lebih banyak jenis perkara yang dapat dihadapkan kepada pengadilan kerajaan.³¹

Akan tetapi, tidak boleh dilupakan bahwa inovasi yang penting ini bukan semata-mata tipikal Inggris; tidak dapat disangkal bahwa inovasi itu berbau Anglo-Norman.³² Raja Henry II memperkenalkan penetapan-penetapan baru dan juri di suatu *duchy* Normandia, yaitu wilayah yang dikuasai oleh pangeran-pangeran Normandia³³ dan di seluruh kerajaan Inggris. Hukum feodal yang diterapkan di wilayah-wilayah yang dikuasai oleh pangeran-pangeran Normandia dan di seluruh kerajaan Inggris adalah sama dan hakim-hakim yang menanganinya mempunyai kelas yang sama dengan pangeran-pangeran yang berbahasa Perancis yang pada saat bersamaan menguasai tanah-tanah keluarga mereka di Normandia dan tanah-tanah yang baru mereka peroleh di Inggris. Penaklukan Normandia oleh raja Perancislah dan introduksi secara perlahan-lahan hukum Perancis yang terinspirasi hukum Romawi di wilayah-wilayah yang didudukinya membuat hukum Anglo-Norman menjadi murni hukum Inggris. Sebenarnya apa yang saat ini merupakan *common law* Inggris bermula dari hukum Anglo-Norman yang dianut secara bersama-sama oleh suatu kerajaan dan suatu *duchy*.

Alasan mengapa perkembangan begitu pesat pada masa pemerintahan Henry II tidaklah sulit untuk dilacak.³⁴ Hal itu bukan disebabkan

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Duke* adalah seorang bangsawan yang bersifat turun-temurun yang kedudukannya di bawah *prince* dan menguasai suatu wilayah yang disebut *duchy*. Akan tetapi, *duke* juga dapat diartikan sebagai *prince* yang menguasai wilayah yang merdeka. Pengertian yang terakhir itulah yang tepat untuk masalah ini karena orang-orang Normandia bukan keturunan orang Anglika dan orang Saksa.

³⁴ R.C. van Caenegem, *Loc. cit.*



kan oleh sikap keras kepala orang Inggris atau rasa kebangsaan yang berlebihan, melainkan oleh keadaan sejarah yang spesifik. Sebenarnya, sistem hukum yang baru bukan merupakan sistem hukum Inggris melainkan Anglo-Norman bahkan lebih Normandia daripada Inggris. Akan tetapi, suatu kenyataan bahwa Henry II merupakan *monarch* yang sangat kuat dan diterima oleh semua pihak, baik mereka yang berbahasa Inggris maupun yang berbahasa Perancis, dan feodalisme benar-benar berada di bawah kendali kerajaan; bahkan gereja pun juga merasakan dampaknya. Inggris sangat mampu untuk mendanai sejumlah besar hakim di pusat kerajaan yang profesional.³⁵

Pengadilan kerajaan merupakan solusi atas perasaan ketidakpuasan dalam penanganan perkara. Pengadilan-pengadilan lokal lemah dan tidak mampu menangani perkara-perkara yang sedang berkembang. Setiap tuan tanah yang mempunyai beberapa vasal³⁶ dapat menguasai pengadilan, akan tetapi dalam menghadapi pemberontak apa yang bisa ia perbuat dan dengan cara apakah putusan dijatuhkan, terutama dalam perlindungan hak penguasaan atas tanah tidak memadai. Adanya kepelbagaian kebiasaan diragukan dan terdapat kerancuan antara hukum Inggris kuno dengan aturan-aturan yang ditetapkan oleh orang-orang Normandia.³⁷ Begitu pula penuntutan dalam bidang pidana tidak memadai dan kebanyakan menjadi kompetensi individu dan berbagai eksperimen telah dilakukan untuk mengatasi hal ini. Akhirnya, tetapi tidak kalah pentingnya adalah rasa tidak puas terhadap prosedur pembuktian kuno yang masih dilakukan. Penanganan perkara yang efisien, kuat, dan cepat yang ditawarkan oleh sang raja dan para hakim tampaknya merupakan pemecahan masalah. Hanya pemerintah pusat yang dapat mengatasi masalah-masalah yang sesuai dengan keadaan yang ada. Akan tetapi, acuan apakah yang dapat digunakan oleh pemerintah pusat dalam menangani masalah-masalah tersebut? Jawabannya ternyata bukan hukum Romawi atau hukum Kanonik Romawi. Tidak mungkin dilakukan transplantasi hukum.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 116.

³⁶ Pengertian vasal, lihat catatan kaki no. 61 Bab 4.

³⁷ R.C. van Caenegem, *Loc. cit.*



Oleh karena itu, jawabannya adalah menggunakan dan membentuk kembali bahan-bahan yang ada untuk dijadikan baru dan memadai. Hal itu berarti melakukan *judisialisasi* terhadap ketentuan-ketentuan raja,³⁸ terutama yang berkaitan dengan perlindungan hak atas penguasaan tanah sehingga rakyat dapat menghitung masa panen berikutnya. Begitu juga penggunaan juri secara sistematis mempunyai arti penting dalam pembentukan kembali bahan-bahan yang telah ada. Hal itu berarti bahwa perlu diadakannya suatu lembaga peradilan kerajaan yang terpusat yang berkedudukan di suatu tempat tertentu. Dengan demikian, terjadilah modernisasi hukum dan peradilan yang bebas dari pengaruh hukum Romawi.³⁹

PERKEMBANGAN COMMON LAW

Apa yang telah dikemukakan di atas menunjukkan bahwa *common law* memiliki karakter yang sangat berbeda dari hukum Romawi pada saat-saat awal terbentuknya. Akan tetapi, perbedaan tersebut ternyata terbawa hingga berabad-abad bahkan sampai masa kini. Namun demikian, tidak berarti bahwa pikiran Kontinental bukan sama sekali tidak pernah hadir di negeri Inggris. Pengaruh hukum Romawi dan hukum Kanonik yang merupakan hukum acara dapat dirasakan di pengadilan-pengadilan selain pengadilan *common law*. Pengadilan Gereja, misalnya, kental dengan pengaruh hukum Romawi dan dalam acaranya menggunakan hukum Kanonik. Betapa besar pengaruh itu terhadap pengadilan Inggris dapat ditunjukkan adanya yurisprudensi yang memuat kasus-kasus secara lengkap dan mendetail yang dikumpulkan oleh pengadilan di Provinsi Centerbury pada abad XIII.⁴⁰ Pengadilan gereja di provinsi itu menunjukkan adanya cara penanganan litigasi yang berbeda dari yang dilakukan di pengadilan *common law*.

³⁸ Dalam hal demikian ketentuan raja dinyatakan sah oleh pengadilan.

³⁹ R.C. van Caenegem, hlm. 117.

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 120



Pada *Court of Chancery*,⁴¹ *chancellor*⁴² menggunakan kompetensinya secara adil untuk memperbaiki, melengkapi atau menghaluskan pengadilan *common law* yang dirasakan kurang atau terlalu kasar. Sebenarnya, *Court of Chancery* menawarkan cara-cara penyelesaian sengketa yang secara prosedural profesional tetapi pengadilan-pengadilan *common law* tidak menyediakan prosedur demikian. Mengingat hampir setiap *chancellor* adalah seorang uskup yang menguasai pengadilan yang muncul setelah hukum acara yang berupa hukum Kanonik telah lama ada sehingga tidak mengherankan kalau hukum acara yang digunakan di *Court of Chancery* lebih menyerupai hukum Kanonik daripada hukum acara yang dianut *common law*.

*Court of Admiralty*⁴³, yang melakukan pencatatan secara teratur sejak 1524 dan selanjutnya, juga mengikuti hukum acara model sistem *civil law* dan menerapkan hukum perdagangan dan maritim yang bersifat kosmopolitan dan telah akrab dengan berbagai bentuk bisnis yang tidak dikenal dalam *common law*. *Star Chamber*⁴⁴ juga menerapkan hukum acara yang lebih tegas dan melakukan campur tangan lebih langsung terhadap litigasi daripada acara menurut *common law* karena di mahkamah itu tidak diperlukan adanya jury. Lebih dari itu, teori mengenai *civil law* dan Hukum Kanonik diajarkan di dua universitas di Inggris.

Adanya resepsi Hukum Romawi di berbagai daerah di Eropa Kontinental pada abad XVI menyebabkan adanya pemikiran di kalangan sarjana Inggris untuk mengganti hukum Inggris yang telah berkembang sejak abad Pertengahan dengan hukum Romawi sehingga ter-

⁴¹ *Court of Chancery* adalah suatu pengadilan yang kompetensinya menangani sengketa-sengketa nonhukum yang dalam melaksanakan keadilan dan dalam memutus sengketa berdasarkan atas prinsip-prinsip, doktrin, dan preseden yang telah diputuskan oleh pengadilan serupa. Pengadilan ini adanya di negara-negara dengan sistem *common law*.

⁴² Hakim ketua pada persidangan di *Court of Chancery*.

⁴³ Suatu pengadilan yang mempunyai kompetensi mengadili perkara-perkara maritim dan pelanggaran-pelanggaran di lautan.

⁴⁴ Pada mulanya disebut *Sterred Chambre*: disebut demikian karena langit-langitnya dihias dengan ornamen bintang-bintang. Suatu mahkamah kerajaan Inggris yang melakukan pemeriksaan tidak secara terbuka, tanpa juri, untuk mendapatkan pengakuan dilakukan penyiksaan dan putusan diambil secara absolut. Mahkamah ini dihapuskan tahun 1641.



dapat hukum yang dianut secara umum oleh Eropa yang beradab. Pandangan demikian bukan saja dikemukakan oleh para sarjana yang mengenyam pendidikan Eropa Kontinental, melainkan juga datang dari penguasa. Didirikannya *regius chairs*⁴⁵ yang mengajarkan *civil law* oleh Raja Henry VIII merupakan bukti pengaruh demikian. Monarch yang satu ini mempunyai penghormatan yang besar terhadap segala sesuatu yang bersifat kekaisaran terutama hukum kekaisaran Romawi dan juga penghormatan besar terhadap kaisar-kaisar Roma Kristen yang menurutnya merupakan garis keturunannya sehingga ia menganggap Inggris sebagai kekaisarannya.

Kejadian-kejadian abad XVII tidak dapat dilepaskan dari politik yang dijalankan oleh Raja Stuart. *Common law* dan para ahli *common law* dipandang sebagai biang keladi terjadinya supremasi parlemen yang berhadapan dengan raja. Sebenarnya, tidak semua hakim di pengadilan-pengadilan *common law* mempunyai pendirian yang berseberangan dengan raja. Ahli hukum terkenal seperti Sir Matthew Hale mempunyai pandangan positif terhadap Hukum Romawi. Ia malah mengeluhkan betapa kurangnya pemahaman mengenai *Digesta* di Inggris.⁴⁶

Hukum Romawi dan pengadilan-pengadilan yang didirikan berdasarkan hak prerogatif raja identik dengan absolutisme. Kaum Puritan yang mendominasi parlemen sudah barang tentu tidak menyukai hukum Romawi. John Selden (meninggal 1654), seorang ahli hukum, ahli sejarah dan sekaligus politikus anggota parlemen yang dalam disertasi yang disusunnya mengungkapkan penolakan Inggris terhadap penggunaan Hukum Romawi. Ia mengemukakan dua alasan mengapa *civil law* tidak banyak digunakan oleh ahli hukum Inggris. Yang pertama, penolakan secara terang-terangan oleh kakek moyang bangsa Inggris yang hanya bersandar pada prinsip-prinsip pemerintahan oleh rakyat (*regimen publicum*);⁴⁷ dan kedua, adanya penghargaan yang

⁴⁵ Profesor-profesor yang diangkat oleh kerajaan Inggris yang mengampu mata kuliah tertentu.

⁴⁶ R.C. van Caenegem, hlm. 122.

⁴⁷ Artinya pemerintahan untuk kepentingan umum.



tinggi atas Hukum Inggris atau *common law* dan tetap setianya orang Inggris terhadap hukum itu merupakan bukti adanya suasana kebati-nan bangsa Inggris yang telah lama terpelihara (*gentis hujus genio ab intima antiquitate adaptata*).⁴⁸

Pada abad XVIII, hukum Romawi menjadi sasaran kritik di Ero-pa Kontinental sendiri. Sebaliknya, Inggris pada saat itu mengalami masa kejayaan. Oleh karena itulah bangsa Inggris merasa superior atas bangsa-bangsa lain. Berdasarkan superioritas itulah kemudian mereka berpandangan bahwa Hukum Inggris atau *common law* lebih unggul daripada *civil law*. Dengan demikian, mereka tetap mengembangkan *common law*.

Suatu hal yang unik terjadi di Skotlandia. Wilayah itu merupakan bagian dari kerajaan Inggris (*United Kingdom*). Pada awalnya Skot-landia menganut *common law*. Pada abad XVI wilayah itu mengganti sistem hukumnya dengan sistem *civil law* sebagaimana yang dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental. Hal itu disebabkan oleh pen-garuh Perancis.

SISTEM HUKUM AMERIKA SERIKAT

Amerika Serikat merupakan bekas jajahan Inggris. Akan tetapi dalam perjalanan kehidupan bernegara mereka, Amerika Serikat mengembangkan sendiri sistem hukum maupun substansi hukum-nya. Namun demikian mayoritas negara bagian masih dalam bilan-gan sistem *common law*. Hanya satu negara bagian, yaitu Louisiana yang menganut *civil law* karena kuatnya pengaruh Perancis di negara bagian itu.

Banyak penelitian dilakukan mengenai sistem hukum pada masa penjajahan Inggris. Sebagian besar tentang koloni bagian utara teruta-ma Massachusetts. Sistem hukum di daerah itu benar-benar menyim-pang dari sistem hukum Inggris atau setidaknya menyimpangi praktik-praktik yang berlaku di pengadilan kerajaan Inggris di Lon-don.

⁴⁸ R.C. van Caenegem, hlm. 123.



Namun demikian, sebenarnya hukum yang berlaku di daerah itu berakar pada hukum Inggris. Hanya saja bahasa dan cara penerapannya aneh apabila dilihat dari sistem hukum Inggris yang berlaku di kerajaan Inggris. Hal itu dapat dimaklumi karena yang menerapkan hukum itu bukan para *lawyers* atau orang-orang Inggris yang mempunyai kedudukan tinggi.⁴⁹ Hukum yang pertama kali dibawa oleh orang-orang Inggris ke tanah Amerika bukan hukum yang diterapkan di pengadilan kerajaan Inggris, melainkan hukum lokal, yaitu berupa kebiasaan-kebiasaan masyarakat. Lawrence M. Friedman menyebut kebiasaan-kebiasaan itu sebagai “*remembered folk-law*.”⁵⁰ Sudah barang tentu hukum semacam itu berbeda dengan hukum yang resmi digunakan oleh bangsa Inggris. Unsur-unsur pokok dalam hukum itu sebenarnya Hukum Inggris; namun demikian, hukum Inggris yang digunakan oleh rakyat jelata seperti bahasa pasaran bukan hukum yang tersusun rapi.⁵¹

Hukum Amerika pada masa kolonial Inggris dapat dipahami dengan mengibaratkan sebuah kapal yang ditumpangi oleh sekelompok mahasiswa terdampar di suatu pulau yang sepi. Para penumpang itu terpaksa membangun sebuah masyarakat baru. Mereka kemudian juga membentuk semacam pemerintahan dan mereka juga menciptakan sesuatu yang disebut sistem hukum yang tentu saja berbeda dengan sistem hukum yang mereka tinggalkan. Beberapa substansi hukum tidak mereka perlukan, misalkan hukum tentang lalu lintas. Sebaliknya, mereka justru menetapkan aturan-aturan baru yang mereka butuhkan dalam kehidupan mereka. Di samping itu, ideologi juga mempunyai peranan penting karena mereka berasal dari berbagai negara dan berbagai agama.⁵²

Menurut Lawrence M. Friedman, sistem hukum Amerika pada masa kolonial terbentuk dari tiga unsur, yaitu “*remembered folk-law*”,

⁴⁹ Lawrence M. Friedman, *American Law: An Introduction*, W.W. Norton & Company, New York, 1984, hlm. 39.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*



hukum baru yang diciptakan karena kebutuhan, dan hukum yang dibuat atas dasar ideologi para pendatang. Jika ditelaah, dapat diidentifikasi hukum yang dibawa dari Inggris, hukum yang diciptakan karena kebutuhan mereka di wilayah baru, dan hukum yang benar-benar didasarkan atas agama. Keberadaan juri dan para hakim, dokumen-dokumen tentang testamen, dan hak milik pribadi jelas merupakan “bagasi memori” yang mereka bawa dari Inggris dan diambil alih begitu saja. Sedangkan aturan-aturan yang melarang penjualan senjata kepada orang-orang Indian merupakan hukum yang mereka ciptakan sesuai kebutuhan mereka karena aturan-aturan semacam itu tidak terdapat di Inggris. Selanjutnya adanya aturan anti-Jesuit dan anti perdukunan atau penyihir dan yang melarang ajaran yang menentang dogma resmi gereja jelas-jelas menunjukkan bahwa para pendatang merupakan orang-orang yang sangat ketat dalam agama mereka.⁵³

Pada abad XVIII orang-orang di tanah jajahan mulai benar-benar menggunakan model hukum Inggris. Hal itu disebabkan pihak Inggris memang memaksakan berlakunya hukum mereka. Kerajaan Inggris berusaha memperlakukan tanah jajahannya sebagai suatu imperiumnya. Ternyata, upaya demikian membuahkan suatu petaka. Kaum terjajah melakukan perlawanan. Ketika kerajaan Inggris menetapkan pajak-pajak baru dan membentuk pengadilan-pengadilan baru dan secara keseluruhan bertindak selaku imperialis, pecahlah revolusi.⁵⁴ Hasilnya, Amerika menjadi negeri merdeka.

Akan tetapi tekanan untuk menyesuaikan dengan model hukum Inggris merupakan suatu hal yang wajar. Terlepas dari perbedaan politik di antara kedua negara itu, tidak dapat diingkari bahwa bekas negeri jajahan itu mempunyai hubungan perdagangan yang erat dengan bekas negeri induknya. Pada pertengahan abad XVIII, Amerika merupakan tempat yang menarik daripada seabad sebelumnya. Populasinya menjadi lebih besar; kota-kota tumbuh; kawula negeri jajahan di samping memerlukan hukum yang berlaku bagi masyarakat kecil dan

⁵³ *Ibid.*, hlm. 39-40.

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 41.



tradisional juga membutuhkan hukum yang dapat digunakan dalam transaksi perdagangan; lebih-lebih bagi para saudagar yang mempunyai kapal yang berlayar ke Inggris, Jamaica, dan semua pelabuhan di seluruh dunia, tak ayal lagi mereka butuh *mercantile law* yang dipraktikkan di Inggris dan negara-negara Eropa lainnya.⁵⁵

Di samping itu, mau tidak mau diakui bahwa Amerika mempunyai ikatan budaya yang kuat dengan Inggris. Para *lawyers* yang berpraktik di tanah jajahan adalah orang-orang Inggris. Bahkan beberapa di antara mereka mengenyam pendidikan hukum di Inggris. Bahan-bahan hukum yang mereka gunakan adalah hukum Inggris. Negeri jajahan tidak pernah memublikasi buku-buku hukum pribumi. Semua buku hukum (*treatises*) berisi hukum Inggris. Semua kasus yang dipublikasikan berbahasa Inggris. Setiap orang yang ingin belajar tentang hukum harus membaca buku-buku Inggris dan buku-buku ini sudah barang tentu berbicara tentang hukum Inggris bukan hukum Amerika.⁵⁶ Oleh karena itulah tidak dapat dielakkan jika sistem hukum Amerika Serikat masuk ke dalam bilangan sistem *common law* sebagaimana bekas negeri-negeri jajahan Inggris lainnya.

Namun demikian, Amerika Serikat sebagai suatu negara merdeka bahkan lebih berkembang daripada Inggris baik dari segi politik maupun ekonomi mulai mengembangkan karakteristik hukumnya yang berbeda dari hukum Inggris. Karakteristik pertama adalah hukum tertinggi di Amerika Serikat bersifat tertulis, yaitu Konstitusi Amerika Serikat. Inggris tidak mengenal konstitusi tertulis. Praktik ketatanegaraan Inggris didasarkan atas *convention*.⁵⁷ Konstitusi Amerika Serikat sebagai rujukan atas undang-undang dan apabila terdapat undang-undang bertentangan dengan konstitusi, undang-undang itu tersisihkan dan dianggap tidak berlaku. Setiap pengadilan dapat menyatakan bahwa suatu ketentuan dalam undang-undang tidak sah apabila pengadilan itu berpendapat bahwa ketentuan itu bertentangan dengan konstitusi. Kegiatan inilah yang disebut sebagai *judicial re-*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Mengenai *convention* ini telah diterangkan pada catatan kaki di Bab IV.



view.⁵⁸ Kegiatan semacam ini tidak terdapat di Inggris. Di Inggris, dianut supremasi Parlemen. Apa yang ditetapkan oleh parlemen sebagai wakil rakyat merupakan suatu produk hukum tertinggi. Karakteristik kedua adalah karena pesatnya perkembangan ekonomi dan industri Amerika Serikat, sekalipun sama-sama terikat oleh doktrin *stare decisis*⁵⁹, hakim-hakim Amerika Serikat lebih berani untuk melakukan *distinguish*⁶⁰ terhadap putusan-putusan hakim terdahulu untuk kasus-kasus serupa daripada hakim-hakim Inggris atas dasar terjadinya perubahan filsufis atas *reasoning* yang melandasi putusan itu. Akhirnya, yang membedakan antara hukum Inggris dan Amerika Serikat adalah Amerika Serikat lebih mengembangkan kodifikasi baik untuk negara bagian maupun negara federal daripada Inggris. Hal itu disebabkan luas dan populasi Amerika Serikat jauh lebih besar daripada Inggris dan lebih beragam.

Suatu hal yang menarik dalam perbincangan hukum Amerika Serikat adalah sistem hukum negara bagian Louisiana. Sebagaimana Skotlandia di negeri Inggris menganut sistem *civil law*, begitu pula yang terjadi di negara bagian Louisiana. Di negara bagian itu, tradisi Spanyol dan Perancis benar-benar tertanam sehingga *common law* tidak pernah berhasil menggantikan kedudukan tradisi tersebut. Merupakan suatu langkah yang menentukan ketika negara bagian itu mengadopsi *Digests* pada 1808, yaitu suatu Kitab Undang-undang dengan meniru Kode Napoleon. Dengan demikian, negara bagian itu menganut sistem *civil law*.

⁵⁸ Di Indonesia *judicial review* dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi atas suatu ketentuan undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 atau oleh Mahkamah Agung atas ketentuan yang lebih rendah dari undang-undang terhadap undang-undang. Di Amerika Serikat, setiap pengadilan – bukan hanya *Supreme Court* (Mahkamah Agung) – yang mempunyai kewenangan untuk melakukan *judicial review*. Mengingat Amerika Serikat merupakan negara federasi dan setiap negara bagian mempunyai konstitusinya sendiri-sendiri, yang dijadikan acuan bagi suatu *review* atas undang-undang bukan hanya *US Constitution*, melainkan juga *State Constitution* dan yang di-*review* juga bukan *Federal Law*, melainkan *State Law*.

⁵⁹ Mengenai doktrin *stare decisis*, lihat Bab III.

⁶⁰ Melakukan *distinguish* terhadap putusan-putusan hakim terdahulu artinya tidak menggunakannya sebagai pedoman untuk memutuskan kasus-kasus serupa. Lihat sekali lagi doktrin *stare decisis* pada Bab III.



KARAKTERISTIK SISTEM CIVIL LAW

Sistem *civil law* mempunyai tiga karakteristik, yaitu adanya kodifikasi, hakim tidak terikat kepada preseden sehingga undang-undang menjadi sumber hukum yang terutama, dan sistem peradilan bersifat inkuisitorial. Ketiga hal tersebut membedakan sistem *civil law* dari sistem *common law*.

Sebagaimana telah dikemukakan pada bagian pertama, Bab ini bahwa di Perancis sebelum terjadinya revolusi terdapat perbedaan hukum yang berlaku antara yang di daerah selatan dan daerah utara. Daerah selatan disebut *pays de droit écrit* dan daerah utara disebut *pays de coutumes*. Meskipun bagian selatan disebut sebagai *pays de droit écrit* (daerah hukum tertulis) dan hukum tertulis tersebut merupakan hukum Romawi, hal itu bukanlah kode Iustinianus, melainkan hukum yang berlaku di kekaisaran Romawi Barat abad V.⁶¹ Sedangkan *coutumes* yang berlaku di daerah utara merupakan kebiasaan-kebiasaan lokal yang beragam dan sangat berbeda satu terhadap lainnya.

Hukum kebiasaan yang pada mulanya hanya dicatat bagian-bagian yang diperlukan saja oleh warga masyarakat yang berkepentingan sejak tahun 1453 diberi kekuatan resmi menjadi peraturan raja.⁶² Akan tetapi peraturan itu ternyata tidak terlalu mendapat tanggapan yang memadai. Hanya saja kalau *coutumes* tidak dapat menyelesaikan masalah yang dihadapi barulah kebiasaan yang telah mempunyai kekuatan resmi tersebut diacu. Hal itu menyebabkan timbulnya pemikiran bahwa kebiasaan-kebiasaan yang telah dituangkan menjadi peraturan raja menjadi hukum yang berlaku secara umum. Berdasarkan pengalaman itu timbul kebutuhan terhadap kesatuan hukum yang mempunyai kepastian. Pengalaman itu ditambah oleh kenyataan bahwa para hakim dalam menyelesaikan sengketa telah menggunakan metode yang saat itu dipandang sebagai penyelesaian yang bersifat ilmiah dengan merujuk kepada hukum Romawi dan hukum Kanonik. Hal itu disebabkan para hakim itu mengenyam pendidikan universitas yang bahan ajarnya hu-

⁶¹ Paul Scholten, *Op. cit.*, hlm. 170.

⁶² *Ibid.*



kum Romawi dan hukum Kanonik. Tidak dapat disalahkan kalau kemudian mereka memutus sengketa berdasarkan Hukum Romawi dan hukum Kanonik. Ternyata, dengan merujuk kepada hukum Romawi dan hukum Kanonik terdapat adanya kepastian hukum. Dari sinilah timbul pemikiran bahwa undang-undang yang merupakan *droit écrit* lebih menjamin kepastian hukum daripada *coûtures*.

Namun demikian, masih saja terdapat kepelbagaian hukum. Situasi semacam itu sudah barang tentu tidak sesuai dengan tuntutan yang ada ketika terjadi Revolusi Perancis. Semboyan Revolusi Perancis *liberté, fraternité*, dan *égalité* di samping memerlukan kepastian hukum juga memerlukan kesatuan hukum. Dari sinilah timbul gagasan kodifikasi.

Revolusi Perancis yang meletus 14 Juli 1789 telah menjungkalkan struktur institusi-institusi lama, khusus-nya parlemen yang langsung dibubarkan.⁶³ Kekuasaan politik dan pemerintahan secara tersentralisasi berada di tangan orang-orang yang sebelumnya kurang dikenal di Perancis. Yang jelas, mereka ini bukan golongan aristokrat yang ditumbangkan.

Tidak dapat ditunda-tunda lagi, gagasan kodifikasi mulai dilancarkan. Pada tanggal 5 Juli 1790, Dewan Konstituante memutuskan “hukum perdata harus ditinjau kembali dan direformasi oleh legislator dan harus dibuat suatu kitab undang-undang yang bersifat umum, sederhana, jelas, dan memadai bagi konstitusi. Bab Pertama Konstitusi tahun 1791 ditutup dengan janji “Suatu Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang berlaku umum bagi seluruh kerajaan akan diundangkan”. Akan tetapi, dewan konstituante dan penggantinya yaitu dewan legislatif tidak mempunyai waktu untuk menjalankan tugasnya melakukan kodifikasi.

Pada kenyataannya, pelaksanaan kodifikasi dimulai berdasarkan Konvensi, yaitu perundingan yang dilakukan oleh para tokoh revolusi 1792 – 1795. Pada perundingan itu terdapat komitmen bahwa pada bulan Juni 1793 disiapkan Rancangan Kitab Undang-undang Hukum

⁶³ Yang dibubarkan adalah parlemen bentukan raja.



Perdata dalam waktu satu bulan. Pada bulan Agustus 1793, Cambacère menyajikan suatu draf yang tidak lengkap berisi 715 pasal. Akan tetapi draf ini ditolak oleh konvensi dengan alasan terlalu rumit. Setelah tersingkirnya Robespierre,⁶⁴ draf kedua juga dipresentasikan oleh Cambacère yang hanya 297 pasal. Draft ini pun oleh konvensi ditolak karena dianggap lebih menyerupai daftar isi daripada Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

Usaha melakukan kodifikasi terus berlanjut pada saat Perancis berada di bawah kekuasaan Dewan Pemerintah-an tahun 1795–1799. Cambacère mempresentasikan suatu draf yang terdiri dari 1104 pasal di hadapan Dewan Lima Ratus. Akan tetapi ketegangan politik menghalangi dilakukannya tindakan lebih lanjut. Kemajuan yang berarti terjadi pada masa pemerintahan Konsulat tahun 1799–1804. Napoleon Bonaparte adalah Konsul pertama yang mempunyai kekuasaan yang besar dan mempunyai ambisi untuk disebut sebagai pembuat hukum. Berdasarkan suatu *arrêt*⁶⁵ tertanggal 13 Agustus 1800, ia mengangkat Komisi Empat untuk membuat suatu draf yang harus selesai sebelum bulan November tahun itu. Anggota-anggota komisi tersebut adalah Tronchet, Ketua *Tribunal de cassation*, Bigot-Préameneu, seorang *Commissaire du gouvernement* pada suatu *Cour de Pairs*, dan Malleville, seorang hakim pada *Tribunal de cassation* yang bertindak sebagai *secrétaire rédacteur*. Sesuai dengan Pasal 3 *arrêt*, tiga buah draf yang dibuat oleh Cambacère dan sebuah draf yang disiapkan oleh Jacqueminot diajukan ke Komisi Empat.

Setiap bagian dari hal-hal yang dituangkan di dalam Kitab Undang-undang itu diserahkan kepada setiap anggota komisi untuk dipelajari; dalam waktu empat bulan, mereka telah menyiapkan suatu draft. Draft ini kemudian diajukan ke *Tribunal de cassation* dan pengadilan tingkat banding untuk dipelajari dan diberi komentar. Ternyata, kedua lembaga pengadilan ini memberikan tanggapan yang cepat dan cermat.

⁶⁴ Robespierre, Danton, dan Marat adalah tokoh-tokoh yang sangat berkuasa pada saat Revolusi Perancis. Akan tetapi mereka juga saling bersaing di antara sesamanya dan saling menjatuhkan.

⁶⁵ Semacam Surat Keputusan.



Selanjutnya prosedur yang rumit yang disyaratkan oleh Konstitusi mulai dilalui. Pertama, yang harus menelaah adalah majelis umum dewan negara. Setelah selesai melakukan pembahasan atas bagian-bagian draf tersebut, Dewan lalu merekomendasikan untuk diajukan ke konsul pertama yang selanjutnya mengajukannya ke *Tribunate*, yaitu suatu lembaga yang dibentuk oleh Senate yang mempunyai fungsi membahas Rancangan Undang-undang yang diajukan oleh pemerintah untuk memberikan rekomendasi apakah draf itu disetujui atau ditolak untuk diajukan ke lembaga legislatif. *Tribunate* sendiri bukan merupakan lembaga legislatif sehingga institusi itu tidak mempunyai kekuasaan untuk melakukan amandemen terhadap draft yang diajukan. Pada saat itu anggota *Tribunate* sebanyak 100 orang.

Para lawan politik Napoleon menjadi anggota *Tribunate*. Mereka menentang draf itu atas dasar draf itu hanya jiplakan membabi buta dan kompilasi yang menjemukan. Apakah dengan maksud untuk mempermalukan konsul pertama yaitu Napoleon atau memang benar-benar berpegang kepada argumen tersebut, *Tribunate* memberi rekomendasi agar lembaga legislatif menolak draf itu.

Menghadapi hal semacam itu, Napoleon tetap tenang dan berusaha mengamankan tujuannya. Pasal 76 konstitusi mengamanatkan pengurangan anggota *Tribunate* menjadi 50 orang. Di samping itu Senate, memerintahkan penggantian semua anggota *Tribunate* dan lembaga legislatif. Kesempatan itu tidak disia-siakan oleh Napoleon. Ia lalu menyingkirkan lawan-lawan politiknya yang ada di *Tribunate*. Kemampuan *Tribunate* untuk menjegal maksud pemerintah semakin dibatasi dengan memecahnya menjadi tiga bagian: legislasi, masalah-masalah dalam negeri, dan keuangan. Di samping itu, diadakan ketentuan untuk komunikasi setengah resmi antara Dewan Negara dan *Tribunate*. Apabila dua lembaga itu telah mencapai kesepakatan atas suatu rancangan undang-undang, draf itu lalu diajukan oleh konsul pertama kepada lembaga legislatif, yang selanjutnya secara formal mengajukan usulan itu kepada *Tribunate* untuk mendapatkan pendapatnya. Prosedur semacam itulah yang dilalui oleh *Code Civil* Perancis antara Maret 1803 sampai Maret 1804. Pada tahun 1804 di-



undangkanlah 36 undang-undang yang terpisah-pisah yang kemudian dihimpun ke dalam satu Kitab Undang-undang yaitu *Code Civil des Français* yang terdiri atas 2281 pasal. Ternyata, setelah berhasil dengan kodifikasi *Code Civil*, Perancis kemudian juga melakukan empat kodifikasi lainnya, yaitu *Code de Procédure Civile* (Kitab Undang-undang Hukum Acara Perdata), *Code de Commerce* (Kitab Undang-undang Hukum Dagang) *Code Pénal* (Kitab Undang-undang Hukum Pidana), *Code d'Instruction Criminelle* (Kitab Undang-undang Pedoman Penanganan Perbuatan Pidana).

Di Jerman, kebutuhan terhadap kodifikasi dirasakan pada awal abad XIX. Sebenarnya, di dua daerah yang pernah dikuasai oleh Napoleon, yaitu di sebelah Barat sungai Rein dan di Baden telah terjadi resepsi terhadap *Code Civil* Perancis. Akan tetapi oleh sikap bangsa Jerman yang mempunyai rasa nasionalisme tinggi, bangsa itu menolak segala usulan yang berbau asing termasuk hukum Romawi. Namun demikian tidak dapat disangkal kebutuhan kaum pedagang terhadap kepastian hukum yang berlaku untuk perdagangan antarnegara bagian.

Pada awal abad XIX, Jerman telah menjadi suatu unit ekonomi yang maju. Akan tetapi kenyataan tersebut tidak dibarengi dengan adanya kesatuan hukum. Yang ada keragaman hukum yang mau tidak mau menghambat transaksi perdagangan. Oleh karena itulah kaum nasionalis Jerman kemudian berusaha untuk meletakkan dasar sistem hukum yang berlaku bagi semua negara-negara Jerman. Usaha-usaha untuk melakukan pengaturan secara nasional di bidang perdagangan dimulai pada tahun 1830. Usaha itu membuahkan hasil pertama pada tahun 1857 ketika *Bundesversammlung* (Majelis Federal) membentuk suatu komisi ahli hukum dan pebisnis untuk merancang suatu hukum dagang yang berlaku umum di Jerman. Pada tahun 1861 *Bundesversammlung* menyetujui draf *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (Kitab Undang-undang Hukum Dagang Seluruh Jerman). Pada tahun 1871, Kekaisaran Jerman yang baru terbentuk. *Handelsgesetzbuch* (Kitab Undang-undang Hukum Dagang) merupakan kodifikasi pertama. Sedangkan *Bürgerliches Gesetzbuch* (Kitab Undang-undang Hukum Perdata) baru ditandatangani oleh Kaiser pada tanggal 18



Agustus 1896. Antara pengundangan *Handelsgesetzbuch* dan *Bürgerliches Gesetzbuch* terdapat kodifikasi-kodifikasi lainnya seperti Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana, dan Kitab Undang-undang Kepailitan.

Negara-negara Eropa lainnya juga melakukan kodifikasi. Hanya saja yang menjadi panutan negara-negara Eropa lainnya adalah dua pola tersebut, yaitu pola Perancis dan Jerman. Setiap negara, selain Jerman dan Perancis, akan melakukan kodifikasi berdasarkan pola Jerman atau Perancis sesuai dengan kepentingan dan latar belakang sejarahnya. Belanda, Belgia, Luxembourg, dan Spanyol, misalnya mengikuti pola Perancis, sedangkan Yunani pada tahun 1940 mengikuti pola Jerman. Negara-negara lainnya memadukan pola Jerman dan Perancis meskipun masih tampak pola mana yang diikuti; Italia, misalnya, meskipun pada tahun 1942 melakukan reorganisasi kodifikasinya cukup rancak, tidak dapat diingkari bahwa kodifikasi itu lebih menampakkan pola Perancis daripada Jerman.

Karakteristik kedua pada sistem *civil law* inipun tidak dapat dilepaskan dari ajaran pemisahan kekuasaan yang mengilhami terjadinya Revolusi Perancis. Menurut Paul Scholten, bahwa maksud sesungguhnya pengorganisasian organ-organ negara Belanda adalah adanya pemisahan antara kekuasaan pembuatan undang-undang, kekuasaan peradilan, dan sistem kasasi adalah tidak dimungkinkannya kekuasaan yang satu mencampuri urusan kekuasaan lainnya.⁶⁶ Dengan cara seperti itu terbentuklah yurisprudensi.⁶⁷ Selanjutnya ia mengemukakan ungkapan *Nonexemplis sed legibus iudiciandum est*.⁶⁸ Ungkapan itu ia jelaskan dengan menyatakan bahwa putusan *Hoge Raad* atas suatu sengketa hukum memang perlu dihormati, tetapi tidak lebih dari sekadar dihormati.⁶⁹

Hal itu tidak dapat dilepaskan dari pengaruh Perancis yang meng-

⁶⁶ Paul Scholten, *Op. cit.*, hlm. 85.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Terjemahan bebasnya "Sesuatu diputus berdasarkan undang-undang bukan berdasarkan contoh".

⁶⁹ Paul Scholten, *Loc. cit.*



haruskan *arrêts de règlement*, artinya putusan harus didasarkan atas aturan yang dibuat oleh parlemen. Pasal 5 *Code Civil* Perancis menetapkan bahwa pengadilan harus menerapkan *Code Civil* secara ketat: para hakim harus memberikan alasan atas putusannya dan tidak dapat membuat putusan untuk diterapkan secara umum.⁷⁰ Kiranya apa yang dituangkan di dalam *Code Civil* Perancis ini kemudian menjadi panutan negara-negara Eropa lainnya. Oleh karena itulah dapat dikatakan bahwa penganut sistem *civil law* memberi keleluasaan yang besar bagi hakim untuk memutus perkara tanpa perlu meneladani putusan-putusan hakim terdahulu. Yang menjadi pegangan hakim adalah aturan yang dibuat oleh parlemen, yaitu undang-undang.

Karakteristik ketiga pada sistem *civil law* adalah apa yang oleh Lawrence Friedman disebut sebagai digunakannya sistem inkuisitorial dalam peradilan.⁷¹ Apa yang dikemukakan oleh Friedman itu memang demikian halnya. Di dalam sistem itu, hakim mempunyai peranan yang besar dalam mengarahkan dan memutus perkara; hakim aktif dalam menemukan fakta dan cermat dalam menilai alat bukti. Menurut pengamatan Friedman, hakim di dalam sistem *civil law* berusaha untuk mendapatkan gambaran lengkap dari peristiwa yang dihadapinya sejak awal.⁷² Sistem ini mengandalkan profesionalisme dan kejujuran hakim. Menurut Friedman, sistem ini sebenarnya lebih efisien, lebih tidak berpihak (imparsial), dan lebih adil dibandingkan dengan sistem yang berlaku di sistem *common law*.⁷³

KARAKTERISTIK SISTEM COMMON LAW

Sebagaimana sistem *civil law*, sistem *common law* juga mempunyai tiga karakteristik, yaitu yurisprudensi dipandang sebagai sumber hukum yang terutama, dia-nutnya doktrin *stare decisis*, dan adanya

⁷⁰ Jean-Louis Halpérin, *La Code civil*, diterjemahkan dalam bahasa Inggris oleh Tony Weir, *The French Civil Code*, UCL Press, New York, 2006, hlm. 83.

⁷¹ Lawrence Friedman, *American Law*, W.W. Norton & Company, New York, 1984 (Lawrence Friedman III), hlm. 69.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*



adversary system dalam proses peradilan. Ketiga hal itu merupakan pembeda antara sistem *common law* dari sistem *civil law*. Meskipun demikian tidak berarti bahwa yurisprudensi tidak mempunyai arti dalam sistem *civil law*. Tidak dapat dipungkiri bahwa suatu *landmark decision* badan peradilan tertinggi dalam sistem *civil law* masih dapat bertahan dan menjadi acuan bagi pengadilan yang mengadili lama setelah *landmark decision* itu dibuat sehingga seolah-olah menjadi ketentuan yang sederajat undang-undang; sebagai contoh *Hoge Raad Arrest* pada 1919 tentang *onrechtmatige daad* (perbuatan melanggar hukum) hingga saat ini masih bertahan dan seakan-akan sudah menjadi “undang-undang”. Namun demikian, dalam sistem *civil law* tidak ada keharusan untuk mengikuti putusan hakim terdahulu. Sebaliknya, proses peradilan dalam sistem *common law* juga mengenal adanya sistem inquisitorial sebagaimana yang berlaku dalam sistem *civil law*. Hanya saja, lazimnya dan lebih-lebih di Amerika Serikat *adversary system* lebih diutamakan.

Dianutnya yurisprudensi sebagai sumber hukum yang terutama, merupakan suatu produk dari perkembangan yang wajar hukum Inggris yang tidak dipengaruhi oleh hukum Romawi. Menurut Philip S. James, terdapat dua alasan mengapa dianut yurisprudensi, yaitu alasan psikologis dan alasan praktis.⁷⁴ Alasan psikologis adalah setiap orang yang ditugasi untuk menyelesaikan perkara, ia cenderung sedapat-dapatnya mencari alasan pembenar atas putusannya dengan merujuk kepada putusan yang telah ada sebelumnya daripada memikul tanggung jawab atas putusan yang dibuatnya sendiri. Sedangkan alasan praktisnya adalah bahwa diharapkan adanya putusan yang seragam karena sering dikemukakan bahwa hukum harus mempunyai kepastian daripada menonjolkan keadilan pada setiap kasus.⁷⁵

Menurut Roscoe Pound, pada awal-awal hukum Inggris, para *lawyers* membuat catatan-catatan di pengadilan dan memberikan catatan-catatan itu kepada *lawyer* lainnya lalu mengumpulkan catatan-cata-

⁷⁴ Philip S. James, *Introduction to English Law*, English Language Book Society, London, 1985, hlm. 16.

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 16-17.



tan atas kasus-kasus yang telah diputus dari para *lawyers* lainnya.⁷⁶ Catatan-catatan itu kemudian disistematisasi dan diterbitkan menjadi laporan putusan pengadilan. Selanjutnya, diterbitkan anotasi dan komentar-komentar atas kasus-kasus yang telah diputuskan.

Laporan-laporan yang telah disusun sistematis disertai dengan anotasi dan komentar-komentar itu merupakan rujukan bagi para hakim dan *lawyers* dalam menangani kasus yang mereka hadapi. Menurut alam pikiran *common law*, menempatkan undang-undang sebagai acuan utama merupakan suatu perbuatan yang berbahaya karena aturan undang-undang itu merupakan hasil karya kaum teoretisi yang bukan tidak mungkin berbeda dengan kenyataan dan tidak sesuai kebutuhan; lagi pula, dengan berjalannya waktu, undang-undang itu sudah tidak sesuai lagi dengan keadaan yang ada sehingga memerlukan interpretasi pengadilan. Bagi para ahli hukum dari negara dengan sistem *common law*, tugas pengadilan di negara-negara dengan sistem *civil law* bersifat deduktif, yaitu kasus yang dihadapi ditelaah dari undang-undang yang ada.⁷⁷ Namun demikian, pada saat sekarang, bukan tidak mungkin pengadilan akan melakukan adaptasi aturan undang-undang itu ke dalam situasi yang baru dalam hal aturan-aturan itu dipandang telah ketinggalan zaman atau memberikan interpretasi dalam hal undang-undang tidak jelas atau bahkan menemukan hukum sepanjang tidak bertentangan dengan asas hukum dalam hal undang-undang tidak mengatur. Hanya saja rujukan pertama para hakim di negara-negara sistem *civil law* adalah undang-undang.

Karakteristik berikutnya pada sistem *common law* adanya doktrin *stare decisis*⁷⁸ atau di Indonesia dikenal dengan doktrin “preseden”, yaitu hakim terikat untuk menerapkan putusan pengadilan terdahulu baik yang ia buat sendiri atau oleh pendahulunya untuk kasus serupa. Di Inggris, dengan menerapkan doktrin ini otoritas pengadilan bersifat hierarkis, yaitu pengadilan yang lebih rendah harus mengikuti pu-

⁷⁶ Roscoe Pound I, hlm. 34.

⁷⁷ Philip S. James, *Op. cit.*, hlm. 17.

⁷⁸ Selengkapinya adalah *stare decisis et qujeta non movere* yang artinya putusan yang tetap dan tidak diganggu gugat.



tusan pengadilan lebih tinggi untuk kasus serupa.⁷⁹

Dalam perbincangan mengenai hukum terdapat salah kaprah tentang pengertian preseden. Menurut pengertian yang salah tersebut, “preseden” disamakan dengan putusan. Hal ini memerlukan penjelasan lebih rinci. Tidak semua apa yang dikatakan oleh hakim dalam menjatuhkan putusan menciptakan suatu preseden. Yang berlaku sebagai preseden adalah pertimbangan-pertimbangan hukum yang relevan dengan fakta yang dihadapkan kepadanya. Pertimbangan-pertimbangan hukum yang dijadikan dasar putusan pengadilan tersebut dalam ilmu hukum disebut *ratio decidendi*. *Ratio decidendi* inilah yang harus diikuti oleh pengadilan berikutnya untuk perkara serupa. Akan tetapi perlu juga dikemukakan di sini bahwa dalam menjatuhkan putusan, hakim tidak hanya mengemukakan pertimbangan-pertimbangan hukum, melainkan juga pertimbangan-pertimbangan lainnya yang tidak mempunyai relevansi dengan fakta yang dihadapi. Pertimbangan-pertimbangan demikian di dalam ilmu hukum disebut sebagai *obiter dicta*.⁸⁰ Hakim tidak terikat kepada *obiter dicta* ini. Namun demikian, bukan tidak mungkin mempunyai arti penting bagi hakim-hakim berikutnya yang mengadili serupa setidaknya untuk bahan rujukan mereka.

Meskipun dalam sistem *common law* dengan menerapkan doktrin *stare decisis* hakim harus mengikuti preseden yang telah ada, tidak berarti bahwa jawaban atas semua perkara dapat diketemukan dalam preseden. Tidak dapat dipungkiri bahwa fakta begitu beragam dan tidak semua perkara secara tepat mempunyai preseden. Mungkin untuk sebagian atau secara prinsip untuk perkara itu telah ada presedennya. Dalam hal demikian, pengadilan mempunyai kebebasan untuk memilih dalam memutuskan perkara apakah akan menyimpangi preseden atau mengikutinya. Bagi mereka yang cerdas, biasanya lalu melakukan *distinguishing* terhadap fakta yang tertuang dalam putusan yang menjadi preseden. Dalam hal demikian, pengadilan membuktikan

⁷⁹ Philip S. James, *Loc. cit.*

⁸⁰ *Dicta* adalah bentuk plural dari *dictum* yang dalam bahasa Indonesia berarti pernyataan. Sedangkan *obiter* secara harfiah berarti sambil lalu.



kan bahwa fakta yang dihadapi berbeda dari fakta yang telah diputus oleh pengadilan terdahulu artinya fakta yang baru itu dinyatakan tidak serupa dengan fakta yang telah mempunyai preseden.

Akhirnya, karakteristik ketiga sistem *common law* adalah adanya *adversary system*. Dalam sistem ini, kedua belah pihak yang bersengketa yang masing-masing menggunakan *lawyer*-nya berhadapan di depan seorang hakim. Masing-masing pihak menyusun strategi sedemikian rupa dan mengemukakan sebanyak-banyaknya alat bukti di depan pengadilan. Kedua belah pihak benar-benar memasuki medan pertempuran dengan mengajukan sebanyak mungkin saksi dan saling mendalami keterangan saksi yang diajukan oleh masing-masing pihak. Para *lawyers* tidak ubahnya seperti para aktor dalam suatu drama. Sedangkan hakim duduk di kursi hakim layaknya seorang wasit dalam suatu pertandingan sepak bola yang hanya aturan main yang sekali-sekali juga memberikan kartu kuning atau kartu merah bagi pihak yang tidak menjunjung tinggi aturan main. Apabila diperlukan *jury*, hakim tidak memberikan putusan mana yang menang dan mana yang kalah atau tertuduh bersalah atau tidak bersalah. Hakim memberi perintah kepada *jury* untuk mengambil putusan dan *jury*-lah yang mengambil putusan. Putusan itu harus diterima oleh hakim terlepas ia setuju atau tidak setuju terhadap putusan itu.



BAB 7

Sumber-sumber Hukum

PENGERTIAN SUMBER HUKUM

Sumber-sumber hukum dapat diartikan sebagai bahan-bahan yang digunakan sebagai dasar oleh pengadilan dalam memutus perkara.¹ Istilah *sumber hukum* mengandung banyak pengertian.² Istilah itu dapat dilihat dari segi historis, sosiologis, filsufis, dan ilmu hukum. Masing-masing disiplin mengartikannya dari perspektifnya terhadap hukum. Sejarawan, sosiolog, filsuf, dan yuris melihat hukum dari masing-masing sudut pandangnya. Bagi sejarawan dan sosiolog, hukum tidak lebih dari sekadar gejala sosial sehingga harus didekati secara ilmiah.³ Filsuf dan yuris, sebaliknya, memandang hukum sebagai keseluruhan aturan tingkah laku dan sistem nilai.

Sejarawan hukum menggunakan istilah sumber-sumber hukum dalam dua arti, yaitu dalam arti sumber tempat orang-orang untuk mengetahui hukum dan sumber bagi pembentuk undang-undang menggalikan bahan-bahan dalam penyusunan undang-undang.⁴ Sumber dalam arti tempat orang-orang mengetahui hukum adalah semua sumber-sumber tertulis dan sumber-sumber lainnya yang dapat diketahui seba-

¹ Cf. John Chipman Gray yang membedakan antara hukum dan sumber-sumber hukum yang olehnya diartikan sebagai bahan-bahan hukum dan nonhukum tertentu yang digunakan oleh hakim karena tidak tersedianya aturan sehingga putusan itu menjadi hukum. Edgar Bodenheimer, *Op. cit.*, hlm. 270.

² G.W. Paton, *Op. cit.*, hlm. 188.

³ P. van Dijk, *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 65.

⁴ *Ibid.*

gai hukum pada saat, tempat, dan berlaku bagi orang-orang tertentu.⁵ Tempat-tempat dapat diketemukannya sumber-sumber hukum berupa undang-undang, putusan-putusan pengadilan, akta-akta, dan bahan-bahan nonhukum, seperti inskripsi dan literatur.⁶ Seorang hakim atau arbitrator dapat merujuk kepada bahan-bahan hukum dan nonhukum dalam mencapai suatu putusan atas perkara yang ditanganinya. Adapun sumber bagi pembentuk undang-undang untuk menggali bahan-bahan dalam penyusunan undang-undang berkaitan dengan penyiapan rancangan undang-undang. Misalnya, ketika mempersiapkan *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW), Belanda merujuk kepada *Burgerlijk Wetboek* (BW). Tidak dapat dimungkiri bahwa BW yang mengambil pola *Code Civil* Perancis memberikan inspirasi bagi penyusun NBW. Dalam tulisan ini, sumber tempat orang-orang untuk mengetahui hukum dapat berupa kebiasaan-kebiasaan dan praktik-praktik dalam transaksi hidup bermasyarakat yang telah diterima sebagai hukum.

Dari perspektif sosiologis, sumber-sumber hukum berarti faktor-faktor yang benar-benar menyebabkan hukum benar-benar berlaku. Faktor-faktor tersebut adalah fakta-fakta dan keadaan-keadaan yang menjadi tuntutan sosial untuk menciptakan hukum. Dipandang dari segi sosiologi, hukum tidak lebih dari pencerminan realita sosial. Oleh karena itulah hukum dikondisi oleh faktor-faktor politik, ekonomi, budaya, agama, geografis, dan sosial. Menurut penganut sosiologi hukum, baik legislator maupun hakim harus mempertimbangkan faktor-faktor tersebut dalam mengundang undang-undang dan memutus perkara. Tanpa mempertimbangkan faktor-faktor itu, sosiolog hukum memandang bahwa hukum tidak lebih daripada kehendak penguasa. Faktor-faktor yang dikemukakan oleh sosiolog tersebut, dalam tulisan ini dikemas sebagai faktor-faktor yang harus dirujuk sebagai praktik-praktik yang telah diterima sebagai hukum. Hakim dapat merujuk kepada faktor-faktor tersebut dalam memutus perkara. Apabila terjadi konflik antara praktik-praktik dan hukum tertulis, menurut pendapat saya, yang harus digunakan dasar adalah yang sesuai dengan prinsip

⁵ *Ibid.* Lihat juga H. Franken *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 104.

⁶ P. van Dijk, *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 66.



hukum, yaitu yang sesuai dengan aspek fisik dan aspek eksistensial manusia.

Dari sudut pandangan filsufis, istilah sumber hukum juga mempunyai dua pengertian. Pertama, arti mengenai keadilan yang merupakan esensi hukum. Oleh karena itu, berdasarkan pengertian ini, sumber hukum menetapkan kriteria untuk menguji apakah hukum yang berlaku sudah mencerminkan keadilan dan *fairness*.⁷ Lalu, pertanyaannya adalah apa dasar kriteria itu. Sudah barang tentu, terhadap pertanyaan semacam itu tidak mungkin terdapat jawaban yang objektif. Sejak didirikannya mazhab historis,⁸ terdapat pandangan bahwa sumber esensi hukum adalah kesadaran sosial akan hukum. Dengan demikian, hukum dikondisi oleh faktor-faktor politik, ekonomi, budaya, dan sosial. Begitu faktor-faktor itu berubah, hukum pun harus berubah pula. Akan tetapi, sudut pandang ini berbeda dengan sudut pandang sosiologis tentang suatu hal. Mengingat dari sudut pandang filsufis hukum dipandang sebagai aturan tingkah laku, sudut pandang tersebut akan menelaah lebih dalam mengenai esensi hukum, yaitu nilai yang diemban oleh hukum tersebut. Merupakan suatu titik berat pandangan filsufis bahwa hukum harus mengusung nilai-nilai keadilan dan *fairness* dengan merujuk kepada faktor-faktor politik, ekonomi, budaya, dan sosial. Dalam hal ini pun perlu dirujuk aspek fisik dan aspek eksistensial manusia.

Dalam pola pikir Eropa kontinental, di samping sumber-sumber hukum dari segi-segi historis, sosiologis, dan filsufis, yang merupakan fokus perbincangan adalah sumber hukum dalam arti formal karena sumber hukum dalam arti formal inilah yang bersifat operasional artinya yang berhubungan langsung dengan penerapan hukum. Menurut pemikiran Eropa kontinental, istilah itu berkaitan dengan proses terjadinya hukum dan mengikat masyarakat.⁹ Apa yang mereka artikan dengan proses bukan sekadar tindakan yang dilakukan oleh lembaga legislatif dan lembaga-lembaga pemerintahan lainnya untuk mem-

⁷ *Ibid.*, hlm. 69.

⁸ Mengenai mazhab ini lihat Bab 2.

⁹ P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 97.



produksi dokumen-dokumen resmi, melainkan juga penerimaan masyarakat terhadap substansi aturan sebagai aturan hukum. Dalam pola pikir Eropa kontinental, istilah sumber-sumber hukum dalam arti formal digunakan untuk keperluan praktis, yaitu untuk aspek bekerjanya hukum. Di Eropa kontinental, penerimaan dan pengakuan substansi sebagai aturan hukum oleh masyarakat merupakan elemen kunci bagi sumber-sumber hukum dalam arti formal.

Dalam alam pikir Anglo-American dibedakan antara sumber hukum dalam arti formal dan sumber hukum dalam arti materiel. Salmond mendefinisikan sumber hukum dalam arti formal sebagai sumber berasalnya kekuatan mengikat dan validitas; sedangkan sumber hukum dalam arti materiel adalah sumber berasalnya substansi hukum.¹⁰ Sama halnya, Bodenheimer mengartikan sumber hukum dalam arti formal sebagai sumber-sumber yang tersedia dalam formulasi-formulasi tekstual yang berupa dokumen-dokumen resmi.¹¹ Baik Salmond maupun Bodenheimer merujuk kepada hukum yang dibuat oleh negara sebagai sumber-sumber hukum dalam arti formal dan hukum yang tidak dibuat oleh organ negara merupakan sumber-sumber hukum dalam arti materiel. Sumber-sumber hukum dalam arti formal berupa undang-undang dan sumber-sumber hukum dalam arti materiel berupa kebiasaan, perjanjian, dan lain-lain. Mengenai substansi yang diterima oleh masyarakat sebagai aturan hukum, pandangan Anglo-American menyebutnya sebagai sumber hukum dalam arti materiel atau nonformal.

SUMBER-SUMBER HUKUM MENURUT SISTEM CIVIL LAW

Bentuk-bentuk sumber hukum dalam arti formal dalam sistem *civil law* berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan, dan yurisprudensi. Dalam rangka menemukan keadilan, para yuris dan lembaga-lembaga yudisial maupun *quasi-judisial* merujuk kepada sumber-sumber tersebut. Dari sumber-sumber itu, yang men-

¹⁰ G. W. Paton, *Op. cit.*, hlm. 188.

¹¹ Edgar Bodenheimer, *Op. cit.*, hlm. 271.



jadi rujukan pertama dalam tradisi sistem *civil law* adalah peraturan perundang-undangan.

Peraturan perundang-undangan mempunyai dua karakteristik, yaitu berlaku umum dan isinya mengikat keluar. Sifat berlaku umum itulah yang membedakan antara peraturan perundang-undangan dan penetapan.¹² Penetapan berlaku secara individual tetapi harus dihormati oleh orang lain. Sebagai contoh penetapan, misalnya, pemberian grasi oleh Presiden Republik Indonesia melalui suatu keputusan presiden (keppres) kepada seorang terpidana yang putusan pidananya telah memiliki kekuatan yang tetap. Begitu pula putusan pengadilan yang mengabulkan permohonan penetapan status dan fungsi seseorang, misalnya, untuk diangkat menjadi notaris pengganti, merupakan suatu penetapan, bukan vonis. Penetapan oleh pengadilan terjadi karena permohonan artinya yurisdiksi pengadilan dalam menangani perkara permohonan itu bersifat *voluntaire* bukan *contentieux* artinya bukan karena adanya sengketa. Vonis dijatuhkan manakala terjadi sengketa (*contentieux jurisdiction*).

Dalam perbincangan mengenai peraturan perundang-undangan terdapat adanya hierarki dan asas preferensi. Hierarki merujuk kepada tata urutan peraturan perundang-undangan dan dalam hal ini isi peraturan perundang-undangan yang berada pada urutan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan isi peraturan perundang-undangan yang berada pada urutan lebih tinggi. Adapun asas preferensi merujuk kepada dua peraturan yang berada dalam urutan yang sama dan mengenai hal yang sama tetapi tanggal pengundangnya berbeda dan dua peraturan yang berada dalam urutan yang sama dan mengenai hal yang sama tetapi yang satu lebih bersifat khusus dan yang lain bersifat umum. Terhadap dua peraturan yang berada dalam urutan yang sama dan mengenai hal yang sama tetapi tanggal pengundangnya berbeda, Modestinus mengemukakan adagium *Lex posterior derogat legis priori*¹³ yang terjemahannya adalah undang-undang yang terkemudian menyisihkan undang-undang terdahulu. Berdasar-

¹² Penetapan dalam bahasa Belanda adalah *beschikking* dan dalam bahasa Inggris *decree*.

¹³ P. van Dijk, *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 74.



kan asas ini apabila terdapat dua undang-undang mengatur hal yang sama dan pada undang-undang baru tidak secara jelas-jelas dituangkan ketentuan yang mencabut undang-undang lama tersebut, yang harus diberlakukan adalah undang-undang baru. Adapun terhadap dua peraturan yang berada dalam urutan yang sama dan mengenai hal yang sama tetapi yang satu lebih bersifat khusus dan yang lain bersifat umum, Papinianus mengemukakan adagium *Lex spesialis derogat legi generali*¹⁴ yang artinya apabila dalam suatu sengketa atau masalah terdapat dua undang-undang yang dapat diterapkan, yang harus diterapkan adalah undang-undang yang secara khusus mengatur perkara itu. Sebagai contoh dapat dikemukakan, misalnya, terjadi penipuan dalam perdagangan saham di bursa efek, yang diterapkan seyogianya Pasal 90 s.d. Pasal 93 UU No. 8 tahun 1995 tentang Pasar Modal bukan Pasal 378 KUHP karena UU No. 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal adalah *lex specialis* yang mengatur khusus tentang penipuan dalam transaksi pasar modal, sedangkan Pasal 378 KUHP merupakan *lex generalis* karena mengatur penipuan pada umumnya.

Negara-negara penganut *civil law* menempatkan konstitusi pada urutan tertinggi dalam hierarki peraturan perundang-undangan. Semua negara penganut *civil law* mempunyai konstitusi tertulis. C. F Strong mendefinisikan konstitusi sebagai “a collection of principles according to which the powers of the government, the rights of the governed, and the relations between the two are adjusted”.¹⁵ James Bryce, mengemukakan definisi yang lebih sempit. Menurutnya, “Constitution is a frame of political society, organized through and by law, one in which has established permanent institutions with recognized functions and definite rights”.¹⁶ Dari definisi yang ia kemukakan, ia memandang bahwa konstitusi hanya berisi undang-undang yang mengatur mengenai lembaga-lembaga negara beserta fungsi dan hak-haknya. Pengertian tersebut sebenarnya sudah tercakup dalam definisi yang dikemukakan

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Koentjoro Poerbopranoto, *Sedikit tentang Sistem Pemerintahan Demokrasi*, Eresco, Jakarta, 1978, hlm. 86.

¹⁶ *Ibid.*



oleh Strong. Rosco J. Tresolini dan Martin Shapiro, menulis bahwa konstitusi Amerika Serikat memuat tiga hal penting, (1) kerangka atau struktur pemerintahan; (2) kekuasaan-kekuasaan pemerintahan; dan (3) membatasi pelaksanaan kekuasaan yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk menjamin hak-hak individu.¹⁷ Apa yang dikemukakan oleh Tresolini and Shapiro sama dengan definisi konstitusi yang dikemukakan oleh Strong. Hanya saja kedua penulis itu mengemukakan isi konstitusi.

Dengan demikian, berdasarkan teori konstitusi, konstitusi dibentuk sebagai instrumen hukum dasar yang di dalamnya pelaksanaan kekuasaan politik negara dibatasi. Sebagai suatu hukum dasar, konstitusi dirancang antara untuk menyeimbangkan hak-hak rakyat dan alokasi kekuasaan lembaga-lembaga negara sehingga negara dapat berfungsi secara layak. Oleh karena itulah, isi konstitusi harus berkaitan dengan perlindungan hak-hak asasi manusia dan struktur fundamental pemerintahan. Oleh karena itulah beralasan kalau konstitusi ditempatkan pada urutan pertama dalam hierarki peraturan perundang-undangan.

Pada saat ini, telah berkembang adanya uji materiel apakah ketentuan undang-undang bertentangan dengan ketentuan konstitusi atau tidak. Lembaga mana yang melakukan uji materiel tersebut berbeda antara satu negara dan negara lainnya. Di Jepang dan negara-negara Amerika Latin sebagaimana di Amerika Serikat, hakim mempunyai kewenangan untuk menyatakan suatu ketentuan undang-undang bersifat inkonstitusional dan atas kontrol Mahkamah Agung dapat menolak menerapkan ketentuan yang inkonstitusional tersebut.¹⁸ Di negara-negara Eropa dan Afrika, kewenangan untuk menyatakan suatu ketentuan undang-undang inkonstitusional dibentuk pengadilan khusus untuk hal itu, misalnya di Jerman, Austria, Italia, Monako, Siprus, dan Turki.¹⁹ Pengadilan umum di negara-negara ini apabila ragu-ragu

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 87.

¹⁸ René David dan John E. C. Brierley, *Major Legal Systems In the World Today*, Stevens & Sons, London, 1985, hlm. 109.

¹⁹ Di Indonesia dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi.



terhadap konstitusionalitas suatu undang-undang, lembaga yudisial tersebut dapat menunda acara pemeriksaan dan menyerahkan acara pemeriksaan terlebih dahulu kepada Mahkamah Konstitusi.²⁰ Bahkan di Jerman, Kolumbia, Kuba, Panama, dan Venezuela terbuka bagi pejabat-pejabat tertentu dan perorangan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang terlepas dari kasus pokoknya. Di Perancis, berdasarkan alasan historis yang panjang, pengadilan sama sekali tidak boleh mengganggu gugat undang-undang.²¹

Peringkat kedua dalam hierarki peraturan perundang-undangan adalah undang-undang. Di negara-negara dengan sistem pemerintahan parlementer, undang-undang dibuat bersama-sama oleh parlemen dan pemerintah yang rancangannya biasanya perlu mendapat pengesahan dari kepala negara baik raja di negara-negara monarki atau presiden di negara-negara republik.²² Prosedur pembuatan undang-undang ditetapkan oleh setiap negara dengan mengacu kepada Undang-Undang Dasar negara masing-masing. Setelah rancangan undang-undang disahkan menjadi undang-undang, dilakukan pengumuman dan karena pengundangan inilah undang-undang itu kemudian berlaku dan mempunyai kekuatan mengikat semua orang di negara itu. Pada kenyataannya, tidak semua orang yang ada di negara itu tahu adanya undang-undang tersebut. Dalam hal inilah berlaku *præsumptio iuris et de iure*²³ yang dimaknai sebagai suatu persangkaan kebenarannya tidak terbantahkan. Dengan berpegang kepada *præsumptio iuris et de iure*, tidak ada alasan bagi seseorang untuk menyatakan bahwa ia tidak tahu adanya hukum yang mengatur bahwa ia tidak boleh melakukan suatu perbuatan tertentu. Bahkan apabila berpegang kepada *præsumptio iuris et de iure*, bukan saja orang dapat dikenai aturan undang-undang, melainkan juga dapat dikenai aturan hukum

²⁰ René David dan John E. C. Brierley, *Loc. cit.*

²¹ *Ibid.*

²² Indonesia yang menganut sistem pemerintahan presidensial juga memberi presiden hak inisiatif untuk mengajukan rancangan undang-undang, sebagaimana tertuang di dalam Pasal 5 (1) Undang-Undang Dasar 1945. Ketentuan semacam itu tidak lazim di negara-negara dengan sistem presidensial, seperti Amerika Serikat dan Filipina.

²³ Terjemahan harfiahnya adalah persangkaan yang secara hukum dapat dibenarkan.



kebiasaan atau yurisprudensi meskipun orang tersebut tidak mengetahui adanya hukum kebiasaan dan yurisprudensi itu. Apabila persangkaan itu hanya untuk adanya undang-undang, niscaya bunyinya bukan *præsumptio iuris et de iure*, melainkan *præsumptio legis ex lege*. Acap kali *præsumptio iuris et de iure* dibandingkan dengan *præsumptio iuris tantum* yang terjemahan harfiahnya persangkaan hukum yang sangat kuat. Jika persangkaan pada *præsumptio iuris et de iure* kebenarannya tidak terbantahkan, persangkaan pada *præsumptio iuris tantum* meskipun sangat kuat tetap masih dapat dibantah. *Præsumptio iuris tantum* biasanya diterapkan oleh hakim dalam acara pembuktian pada hukum perdata.

Persangkaan hukum harus dibedakan dengan fiksi hukum. Persangkaan merupakan suatu dugaan tentang sesuatu yang sesungguhnya ada dalam realita, sedangkan fiksi merupakan suatu yang tidak nyata. Pembuat undang-undang sedapat mungkin tidak menggunakan fiksi sebagai sarana teknik legislatif. Akan tetapi, tidak dapat disangkal bahwa yuris menjumpai adanya berbagai fiksi yang bersentuhan dengan peraturan perundang-undangan dan doktrin.²⁴ Dalam hal demikian, ia harus waspada dan jangan sampai terjerembab dan menggunakan fiksi itu. Oleh Rudolf von Ihering, fiksi dikualifikasi sebagai *technische Notlüge*.²⁵ Dalam konteks ini, *technische Notlüge* merupakan mekanisme penyederhanaan terhadap keadaan yang sebenarnya. Apa yang dikemukakan oleh Von Ihering ini perlu dipertimbangkan karena menyederhanakan suatu keadaan yang sebenarnya dapat menghilangkan esensi keadaan sebenarnya tersebut. Oleh karena itu, dapat diterima pandangan Von Ihering yang menyatakan bahwa dengan menggunakan fiksi, hitam dapat dibuat menjadi putih dan sebaliknya. Apabila *technische Notlüge* ini digunakan secara gamangan baik oleh pembentuk undang-undang, bukan saja kebenaran tidak akan tercapai melainkan juga esensi hukum juga hilang.

²⁴ P. van Dijk, *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 81.

²⁵ *Notlüge* dalam bahasa Inggris disebut *white lie*, yaitu suatu kebohongan untuk hal-hal yang tidak berarti.



Pada umumnya, undang-undang mulai berlaku sejak tanggal diundangkan. Akan tetapi, adakalanya undang-undang menetapkan sendiri saat mulai berlakunya. Apabila suatu undang-undang tidak menyebut saat mulai berlakunya, undang-undang itu dianggap berlaku beberapa hari setelah diundangkan dan mengenai hal itu masing-masing negara tidak sama bergantung kepada undang-undang negara tersebut.

Suatu hal yang perlu dikemukakan dalam perbincangan mengenai saat mulai berlakunya suatu undang-undang adalah kemungkinan undang-undang berlaku surut atau retroaktif.²⁶ Peraturan atau penetapan disebut mempunyai kekuatan berlaku surut atau retroaktif manakala peraturan atau penetapan itu dinyatakan mulai berlaku sejak sebelum diundangkannya peraturan itu atau ditetapkannya penetapan itu. Jika pada penetapan akibat hukum yang terjadi karena pemberlakuan surut itu menimpa pihak-pihak tertentu secara individual, tidak demikian halnya pada peraturan. Dalam hal suatu peraturan dinyatakan berlaku surut, akibat hukum yang terjadi akan menimpa semua orang karena peraturan mengikat secara umum. Dalam hal menetapkan suatu peraturan atau penetapan berlaku surut perlu dirujuk tujuan hukum, yaitu untuk menciptakan damai sejahtera dan kebebasan. Berdasarkan pemikiran inilah pemberlakuan surut suatu peraturan dan penetapan tidak boleh mendatangkan petaka baik bagi masyarakat secara keseluruhan maupun bagi individu. Di samping itu, pemberlakuan surut suatu peraturan bertentangan dengan kepastian hukum. Oleh karena itulah pembentuk undang-undang pun menghindari untuk menetapkan undang-undang berlaku surut. Namun demikian, untuk nilai kemanusiaan yang esensial dan universal, bukan tidak mungkin suatu undang-undang dinyatakan berlaku surut bahkan bilamana perlu melanggar asas legalitas hukum pidana sekalipun. Suatu tindakan genosida, misalnya, dapat dikenai undang-undang berlaku surut.

Masa berlakunya suatu undang-undang pada dasarnya tidak ditentukan. Akan tetapi, dengan adanya perubahan dalam hubungan

²⁶ Dalam bahasa Inggris *retrospective*.



kemasyarakatan, perkembangan teknologi, dan perubahan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat menuntut perubahan terhadap undang-undang yang berlaku. Perubahan undang-undang hanya dapat dilakukan dengan undang-undang pula yang mengatur mengenai hal yang sama. Dalam hal demikian, undang-undang yang baru dapat secara tegas mencabut undang-undang lama. Apabila undang-undang baru tidak secara tegas mencabut undang-undang lama, sedangkan kedua undang-undang itu mengatur hal yang sama, digunakanlah asas preferensi *lex posterior derogat legis priori* sebagaimana dikemukakan oleh Modestinus. Di samping adanya undang-undang baru mengatur hal yang sama, tidak berlakunya suatu undang-undang juga secara tegas dicabut karena dipandang tidak diperlukan lagi. Pencabutan ini pun harus dilakukan dengan undang-undang. Sebagai contoh, Undang-Undang No. 12 Tahun 1971 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 Tahun 1971 tentang Pencabutan Undang-Undang No. 17 Tahun 1964 tentang Larangan Penarikan Cek Kosong menjadi undang-undang. Dalam pertimbangan undang-undang itu yang juga pertimbangan Perpu No. 1 tahun 1971 disebutkan bahwa Undang-undang No. 17 Tahun 1964 tentang Larangan Penarikan Cek Kosong pada kenyataannya menghambat kelancaran lalu lintas perekonomian pada umumnya dan dunia perbankan pada khususnya. Selanjutnya, ada juga undang-undang yang menentukan sendiri berakhirnya masa berlakunya sehingga tidak perlu adanya pencabutan.

Di samping tidak berlakunya suatu undang-undang disebabkan oleh pencabutan secara tegas, karena adanya asas preferensi *lex posterior derogat legis priori*, dan undang-undang itu menentukan sendiri berakhirnya masa berlakunya, pada saat sekarang tidak berlakunya keseluruhan undang-undang atau ketentuan-ketentuan dalam undang-undang disebabkan oleh putusan pengadilan atas dasar bertentangan dengan ketentuan konstitusi. Dalam situasi demikian, terlihat adanya supremasi pengadilan atas lembaga perwakilan rakyat. Pengadilan dalam hal ini ditempatkan sebagai pengawal konstitusi yang di dalamnya terdapat hak-hak rakyat. Lembaga perwakilan rakyat memang belum tentu mewakili rakyat; sedangkan konstitusi merupakan suatu kerang-



ka dalam penyelenggaraan hidup bernegara yang ditujukan untuk peningkatan kualitas hidup rakyat. Oleh karena itulah wajar kalau ada suatu lembaga yang mengawal hak-hak yang tertuang tersebut.

Suatu hal yang menarik yang perlu dikemukakan di sini adalah apabila terdapat suatu undang-undang yang tidak mengandung ketentuan-ketentuan yang bertentangan dengan konstitusi tetapi sudah tidak sesuai lagi dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, peradilan tidak dapat menyatakan ketentuan-ketentuan itu atau bahkan undang-undang itu inkonstitusional. Dalam hal demikian, badan peradilan dapat tidak menggunakan ketentuan-ketentuan dalam undang-undang itu untuk menyelesaikan masalah yang dihadapinya. Tanpa perlu menguji konstitusionalitas suatu undang-undang, pengadilan dapat menyisihkan undang-undang jika pengadilan memang memandang bahwa penggunaan undang-undang atau ketentuan-ketentuan undang-undang tersebut tidak sesuai dengan situasi yang dihadapi.²⁷ Putusan pengadilan atas perkara tersebut dapat diacu oleh pengadilan berikutnya. Akibatnya, undang-undang itu atau ketentuan dalam undang-undang itu secara diam-diam tidak berlaku tanpa harus dicabut.

Undang-undang merupakan produk parlemen dalam melakukan fungsi legislatif. Para anggota parlemen adalah wakil-wakil rakyat. Dalam suatu negara yang demokratis, parlemen dipandang sebagai melaksanakan kehendak rakyat. Dengan melaksanakan fungsi legislatif, parlemen dianggap menyuarakan kehendak rakyat. Undang-undang dibuat oleh parlemen. Oleh karena itulah undang-undang dipandang sebagai kehendak rakyat sehingga mempunyai kekuatan mengikat. Undang-undang perlu dilaksanakan dengan aturan pelaksanaan. Aturan pelaksanaan ini dibuat oleh kekuasaan eksekutif dalam

²⁷ Pada tahun 1963, Mahkamah Agung Republik Indonesia yang diketuai oleh Mr. Wirjono Prodjodikoro mengeluarkan surat edaran Mahkamah Agung No. 3 Tahun 1963 yang menganggap tidak berlaku lagi pasal-pasal dalam *Burgerlijk Wetboek*. Alasan dikeluarkannya Surat Edaran tersebut karena ketentuan-ketentuan itu hanya menguntungkan kaum penjajah dan tidak sesuai dengan nilai-nilai kemerdekaan bangsa. Surat Edaran itu ditujukan kepada Kepala Pengadilan Negeri dan Ketua Pengadilan Tinggi Seluruh Indonesia. Dengan demikian, surat edaran ini bukan merupakan pencabutan terhadap pasal-pasal dalam *Burgerlijk Wetboek*, melainkan ajakan untuk tidak menggunakan pasal-pasal itu.



melaksanakan tugas pemerintahan. Karena undang-undang bersifat mengikat, aturan pelaksanaan yang sesuai dengan undang-undang bersifat mengikat pula.

Suatu hal yang perlu dipermasalahkan dalam hal ini adalah bukan tidak mungkin aturan pelaksanaan itu tidak sesuai dengan undang-undang. Dalam hal demikian, diperlukan adanya lembaga yang mengontrol bahwa aturan pelaksanaan harus sesuai dengan undang-undang dan apabila tidak demikian, aturan pelaksanaan itu dinyatakan tidak berlaku. Di Jerman kontrol tersebut dilakukan oleh semua pengadilan; sedangkan di Perancis dilakukan oleh peradilan administrasi.²⁸ Di Indonesia uji materiel atas peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Sumber hukum kedua yang dirujuk oleh para yuris di negara-negara penganut *civil law* dalam memecahkan masalah adalah kebiasaan-kebiasaan. Dua abad berselang ketika masih berlangsung euforia Revolusi Perancis dan berkembangnya *legal positivism* John Austin, terdapat suatu usaha untuk membuat undang-undang selengkap mungkin. Sudah barang tentu merupakan suatu yang tidak tepat usaha merumuskan aturan undang-undang yang dapat berlaku sepanjang zaman dan menyesuaikan dengan perubahan keadaan. Gagasan demikian pertama kali mengemuka dalam tulisan Montesquieu: “... *le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait; et pour cela, il ne lui faut que des yeux*”.²⁹ Selanjutnya ia menyatakan “*Les juges de la nation ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de la loi: des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”.³⁰

Pada kenyataannya, undang-undang tidak pernah lengkap. Kehidupan masyarakat begitu kompleks sehingga undang-undang tidak mungkin dapat menjangkau semua aspek kehidupan tersebut. Adapun

²⁸ René David dan John E. C. Brierley, *Op. cit.*, hlm. 115.

²⁹ Montesquieu, *Op., cit.* Livre VI, Chapitre III, hlm. 201. Terjemahannya: “... hakim menjatuhkan hukuman atas perbuatan melanggar undang-undang yang mengatur fakta itu; dan untuk hal itu, ia tidak perlu melihatnya.”

³⁰ Lihat Bab 5.



di lain pihak, dibutuhkan aturan-aturan yang dijadikan pedoman manusia dalam bertingkah laku untuk hidup bermasyarakat. Dalam hal inilah dibutuhkan hukum kebiasaan.

Pada Bab 2 telah diperbincangkan kebiasaan secara panjang lebar. Hal yang menjadi sumber hukum bukanlah kebiasaan, melainkan hukum kebiasaan. Kebiasaan tidak mempunyai kekuatan mengikat. Agar kebiasaan menjadi hukum kebiasaan diperlukan dua hal, yaitu tindakan itu dilakukan secara berulang-ulang (*usus*) dan adanya unsur psikologis mengenai pengakuan bahwa apa yang dilakukan secara terus-menerus dan berulang-ulang itu aturan hukum. Unsur ini mempunyai relevansi yuridis, yaitu tindakan itu bukan sekadar dilakukan secara berulang-ulang, melainkan tindakan itu harus disebabkan oleh suatu kewajiban hukum yang menurut pengalaman manusia harus dilakukan. Unsur psikologis itu dalam bahasa Latin disebut *opinio necessitatis*, yang berarti pendapat mengenai keharusan bahwa orang bertindak sesuai dengan norma yang berlaku akibat adanya kewajiban hukum.³¹

Tindakan yang dilakukan secara berulang-ulang terutama merujuk kepada tingkah laku lahiriah yang dapat diamati. Lalu, berapa lamakah tindakan yang berulang-ulang itu harus dilakukan sehingga terbentuk hukum kebiasaan? Mengenai hal ini, Franken menyatakan bergantung kepada situasi yang dihadapi.³² Sebagai contoh, Franken merujuk kepada putusan Mahkamah Agung Belanda (*Hoge Raad*) dalam kasus Maring sebagai berikut: (HR 3 Maret 1972, NJ 1972, 339).³³

Maring pemilik sebidang lahan pertanian. Ia menutup asuransi kebakaran terhadap lahan itu dengan pertanggungan pemulihan kembali secara penuh sebesar f 350.000. Ketentuan-ketentuan undang-undang yang berlaku bagi perjanjian asuransi yang dibuat oleh Maring dengan perusahaan asuransi adalah Pasal 288 dan 289 *Wetboek van Koophandel* (W.v.K.) lama. Pasal 289 menetapkan bahwa asuransi hanya boleh dilakukan untuk 'nilai penuh barang yang diasuransikan'.

³¹ H. Franken, *Op. cit.*, hlm. 115

³² *Ibid.*, hlm. 114.

³³ *Ibid.*, hlm. 99-100.



Dengan ‘nilai penuh barang yang diasuransikan’, yaitu lahan pertanian, maksudnya nilai pasar; hal ini berarti, jumlah uang yang dapat dikeluarkan oleh Maring untuk membeli lahan pertanian itu apabila lahan itu tidak terbakar. Harga pasar \$ 100.000 lebih rendah dari nilai pertanggungan. Oleh karena itu penanggung hanya sanggup membayar tidak lebih dari harga pasar, yaitu f 250.000. Dasar hukum yang digunakan pihak asuransi adalah Pasal 289 Wetboek van Koophandel yang melarang pembayaran nilai pemulihan kembali secara penuh. Alasan larangan itu kembali didasarkan atas prinsip *indemnity* yang dirumuskan secara sederhana yang berarti bahwa tertanggung akan mendapat pemasukan dari kemungkinan yang belum tentu terjadi dan bukan yang telah dapat diperkirakan terlebih dahulu. Jika tidak demikian, orang dapat mendorong terjadinya peristiwa yang belum tentu terjadi.

Maring menolak argumentasi tersebut. Ia menyatakan bahwa seseorang dipandang benar-benar tidak rugi apabila ia dapat membangun tanah pertaniannya dengan uang yang dibayarkan. Lagi pula, Maring menandakan bahwa ketentuan W.v.K. yang diacu oleh penanggung tidak lagi digunakan.

HR membenarkan jalan pikiran Maring. Mahkamah itu menetapkan bahwa ketentuan-ketentuan undang-undang mengenai asuransi kebakaran tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat. Kebiasaan, dalam hal ini kebiasaan dalam praktik asuransi, menyisihkan undang-undang (dalam hal ini Pasal 289 W.v.K.).

Putusan Mahkamah Agung Belanda dalam kasus Maring itu dapat disebut sebagai *ius contra legem* artinya hukum yang berlaku yang dalam hal ini adalah praktik-praktik dalam asuransi bertentangan dengan undang-undang. Dalam menangani kasus ini Mahkamah Agung Belanda tersebut tidak bersikap positivitis.

Dengan mengutip putusan Mahkamah Agung Belanda dalam menampilkan bentuk hukum kebiasaan, Franken sejalan dengan pandangan J.E. Spruit yang menyatakan bahwa suatu hukum kebiasaan berlaku bagi semua anggota masyarakat secara tidak langsung, melain-



kan melalui yurisprudensi.³⁴ Dalam hal ini terdapat dua variasi, yaitu (1) aturan-aturan itu memang sudah ada dalam lalu lintas hubungan kemasyarakatan dan memperoleh kekuatan berlaku pada saat dijadikan dasar putusan pengadilan; dan (2) dalam masyarakat terdapat gagasan hukum yang samar-samar yang belum terbentuk ke dalam suatu kebiasaan dan pada saat hakim menjatuhkan putusan terhadap perkara yang dihadapi, hakim memformulasikan gagasan itu menjadi aturan hukum.³⁵

Untuk variasi pertama Spruit mencontohkan putusan Mahkamah Agung Belanda tanggal 25 Januari 1929 yang terkenal sebagai *Bierbrouwerij Arrest*. Melalui kasus itu diperkenalkan suatu bentuk hukum jaminan yang baru yang dalam bahasa Belanda disebut *Fiduciaire Eigendom Overdracht* yang di Indonesia dikenal sebagai jaminan Fidusia. Timbulnya aturan tersebut karena kebutuhan bisnis pada masa itu. Ketentuan hukum jaminan yang ada atas barang bergerak pada saat itu adalah gadai.³⁶ Apabila mengacu kepada ketentuan itu, barang bergerak yang dijamin berada di luar kekuasaan debitur. Hal ini tentu saja menghambat kegiatan bisnis karena debitur tidak dapat menggunakan barang yang dijamin itu. Oleh karena itulah pengadilan akhirnya berpendapat bahwa penyerahan kepemilikan cukup membuat kreditur mempunyai kepastian akan pengembalian uangnya karena apabila debitur merusakkan barang jaminan, ia wajib mengganti kerugian itu.

Untuk variasi kedua, Spruit mencontohkan putusan Mahkamah Agung Belanda pada 31 Januari 1919 yang sangat terkenal, yaitu tentang perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*). Untuk kejelasan perlu dikemukakan putusan *Hoge Raad* 31 Januari 1919, *Nederlandse Jurisprudentie* 1919, 161, W 10365. Putusan Pengadilan Negeri Amsterdam (*Rechtbank*) 24 Januari 1916 dan Putusan Pengadilan Tinggi (*Hof*) 18 Maret 1918 dalam perkara *Lindenbaum-Cohen*. Putusan itu

³⁴ P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 108.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ J. H. Beekhuis *et al.*, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Zakenrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1985, hlm. 184.



mengenai spionase bisnis.³⁷ Kasusnya adalah sebagai berikut:

Max Lindenbaum adalah seorang pengusaha percetakan di Amsterdam. Samuel Cohen adalah seorang komisioner independen di Amsterdam yang bergerak di bidang percetakan. Ia membujuk seorang pegawai Lindenbaum dengan imbalan hadiah dan kepercayaan untuk mengungkapkan informasi mengenai apa yang terjadi pada perusahaan Lindenbaum, mengopi penawaran dan daftar pelanggan yang melakukan pesanan, dan daftar harga yang ditawarkan. Kemudian Lindenbaum mengetahui bahwa banyak pesanan dari pelanggan lenyap. Dapat diduga bahwa petugas kantor telah melakukan pelanggaran yaitu tidak melakukan kewajiban menyimpan rahasia perusahaan. Oleh karena itulah petugas tersebut dipecat. Namun gugatan tidak dialamatkan kepada petugas yang dipecat itu, melainkan kepada Cohen.

Permasalahan yang timbul adalah tindakan Cohen itu dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan apa. Apakah tindakan itu dapat dikategorikan sebagai *uitlokking* (menyuruhlakukan)? Selama tindakan petugas itu tidak memenuhi rumusan *uitlokking* seperti yang terdapat di dalam Wetboek van Strafrecht, tindakan itu tidak dapat dikatakan sebagai *uitlokking*. Tetapi tidak menyimpan rahasia perusahaan sebenarnya merupakan pelanggaran terhadap kewajiban hukum perdata. Oleh karena itulah Pengadilan Negeri Amsterdam berpendapat bahwa *uitlokking* itu sendiri sudah merupakan suatu pelanggaran terhadap kewajiban keperdataan sehingga dapat dikatakan bersifat melanggar hukum. Akan tetapi, Pengadilan Tinggi memutuskan lain. Menurut Pengadilan Tinggi tidak ada *uitlokking* yang menyebabkan terjadinya perbuatan melanggar hukum secara perdata karena tidak ada kewajiban hukum yang tertuang di dalam undang-undang yang dilanggar oleh Cohen. Ternyata Hoge Raad membatalkan putusan Pengadilan Tinggi yang dipandang masih menganut ajaran lama. Hoge Raad memutuskan bahwa perbuatan Cohen tersebut merupakan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*)

³⁷ G.H.A. Schut, *Onrechtmatige Daad volgens BW en NBW*, W.E.J. Tjeenk-Willink, Zwolle, 1985, hlm. 50.



Dengan putusan itu, perbuatan yang bertentangan dengan kepatutan dalam hidup bermasyarakat merupakan perbuatan melanggar hukum. Merujuk kepada kasus tersebut, pandangan Spruit dapat diterima, yaitu dalam masyarakat telah terdapat gagasan hukum yang samar-samar dan belum terbentuk dan Mahkamah Agung Belanda pada 31 Januari 1919 merumuskan gagasan tersebut. Berbeda dengan putusan pada kasus Maring yang melahirkan *ius contra legem*, *Bierbrouwerij Arrest* dan putusan 31 Januari 1919 merupakan *ius præter legem* artinya di samping undang-undang, juga dikembangkan hukum tanpa perlu bertentangan dengan undang-undang.

Terhadap unsur psikologis hukum kebiasaan, yaitu *opinio necessitatis* terdapat paling tidak dua pendapat, yaitu pandangan dari segi hukum alam dan dari segi interaksionis. Para penganut hukum alam tidak setuju kalau tindakan yang dilakukan secara berulang-ulang itu disebabkan oleh keyakinan bahwa manusia menunaikan kewajiban hukum yang menurut pengalaman manusia harus dilakukan. Menurut mereka, apa yang terjadi secara berulang-ulang itu seiring dengan hukum alam yang mencerminkan cita keadilan.³⁸

Menurut Franken, pendekatan *opinio necessitatis* semacam itu merupakan pendekatan dari budi pekerti luhur. Oleh karena itulah kemudian ia mengemukakan masalah apakah mosi tidak percaya terhadap pemerintah di negara-negara dengan sistem parlementer dikatakan sebagai hukum kebiasaan karena sesuai dengan hukum alam? Franken kesulitan menjawab pertanyaan itu. Ia menyatakan bahwa dalam hukum alam terdapat pengertian yang samar-samar dan abstrak, seperti kebebasan, kepantasan, perbuatan baik, dan lain-lain. Oleh Franken dinyatakan bahwa prinsip-prinsip ini tidak memberikan alasan yang kuat dalam mempertimbangkan mosi tidak percaya pada sistem parlementer.³⁹ Sebagai penganut hukum alam, saya menyatakan bahwa mosi tidak percaya dalam sistem parlementer memang seiring dengan hukum alam. Dalam suatu sistem parlementer, pemerintah dibentuk oleh parlemen yang merupakan wakil-wakil rakyat. Jika pemerintah

³⁸ H. Franken, *Op. cit.*, hlm. 115.

³⁹ *Ibid.*



tidak dapat membawa amanat rakyat, wakil-wakil rakyat memandang bahwa apa yang dilakukan oleh pemerintah tidak pantas sehingga mereka menarik dukungan terhadap pemerintahan itu dan lahirlah mosi tidak percaya. Sebaliknya, apabila pemerintah telah melaksanakan program yang menurut pemerintah sesuai dengan kepantasan dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara, tetapi kebijakan itu tidak sesuai dengan kebijakan parlemen, bukan tidak mungkin kabinet membubarkan parlemen.⁴⁰ Dalam hal-hal seperti itu, kepantasan, *fairness* dan kejujuran menjadi penentu yang semuanya itu justru menurut Franken merupakan pengertian yang samar-samar dalam hukum alam.

Dilihat dari sudut pandang interaksionis, *opinio necessitatis* mempunyai relevansi yuridis membuat kebiasaan menjadi hukum kebiasaan apabila dalam situasi interaksi di antara manusia atau di antara kelompok manusia tingkah laku mereka sesuai satu terhadap lainnya. Oleh karena itulah tingkah laku tersebut harus diperhatikan. Mengenai hal itu perlu dikemukakan pandangan Lon L. Fuller sebagai berikut:⁴¹

But customary law (by which we mean primarily the tacit commitments that develop out of interaction) play an important, though usually silent role, not only in the interpretation of written law, but in helping to supply the gaps that will always be perceived in any body of enacted law.

Among the different systems of enacted law, the generally inconspicuous role of custom will vary considerably, but it is very safe to say that the tacit expectations that make up customary law will always enter into any practical realization of the ideal of legality.

Banyak yang berpendapat bahwa hukum kebiasaan bukan sumber hukum dan hanya undang-undang yang merupakan sumber hukum. Pandangan tersebut beranjak dari suatu pemikiran bahwa semua hukum berasal dari penguasa, yaitu kehendak pembuat undang-undang. Dalam pemikiran ini undang-undang dipandang sebagai satu-satunya

⁴⁰ Apabila terjadi krisis semacam itu, dalam waktu yang tidak terlalu lama harus dilakukan pemilihan umum untuk memilih anggota-anggota parlemen.

⁴¹ Lon L. Fuller, *Op. cit.*, hlm. 234.



sumber hukum. Pandangan semacam ini disebut sebagai pandangan legisme.⁴² Dalam kenyataannya hukum kebiasaan memang ada. Terhadap hal itu, penganut ajaran legisme berpendapat bahwa adanya hukum kebiasaan itu memang dibolehkan oleh undang-undang. Akan tetapi, apabila tidak dibolehkan secara tegas oleh undang-undang, adanya hukum kebiasaan itu dibolehkan secara diam-diam oleh undang-undang, sebagaimana disampaikan oleh ahli hukum Romawi Salvius Iulianus kepada rakyat Romawi dalam *Iulianus libro LXXXVIII Digestorum* (Iulianus dalam Digesta, buku ke 84 nya).⁴³ Ia mengemukakan sebagai berikut:

*De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum: nam cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptæ sunt, merito et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*⁴⁴

Suatu pandangan yang menyatakan bahwa eksistensi hukum kebiasaan karena dibolehkan oleh undang-undang sesuai dengan ketentuan Pasal 3 *Wet Algemene Bepalingen* (Wet AB) lama (1829) yang berbunyi: “*Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de wet daarop*

⁴² Legisme berasal dari kata *lex* yang artinya undang-undang.

⁴³ P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 112.

⁴⁴ Terjemahannya: Dalam hal tidak adanya undang-undang untuk diterapkan, yang perlu mendapat perhatian adalah apa yang oleh kesusilaan dan kebiasaan dianggap umum; dan apabila dalam suatu perkara tertentu tidak terdapat aturannya, yang diterapkan adalah kesusilaan atau kebiasaan yang paling mendekati: apabila ternyata memang juga tidak ada, yang harus diperhatikan adalah hukum yang diterapkan di kota Roma. Tidaklah salah memandang kebiasaan yang telah berurat berakar secara dalam sebagai undang-undang; inilah yang dinamakan hukum kebiasaan: oleh karena tidak ada alasan lain bagi undang-undang untuk mengikat, lalu karena hukum kebiasaan itu diterima melalui suatu putusan masyarakat, tanpa perlu bentuk tertulis, apa yang menjadi putusan masyarakat itu mengikat semua orang. Oleh karena bukankah apa yang dilakukan atau keinginan yang jelas-jelas dinyatakan oleh masyarakat itu sendiri merupakan tingkah laku faktual?



verwijst”.⁴⁵ Ketentuan ini saat ini sudah tidak berlaku dengan dimasukkannya *Burgerlijk Wetboek* BW) 1992.⁴⁶ Ketentuan Pasal 3 *Wet AB* itu menyebabkan pembentuk undang-undang tidak lagi menganggap hukum kebiasaan sebagai sumber yang berdiri sendiri.

Sejak akhir abad XIX dan mulai memasuki abad XX, ilmu hukum dan praktik hukum tidak lagi bertumpu kepada pandangan legisme.⁴⁷ Berlakunya hukum kebiasaan tidak lagi ditentukan oleh undang-undang. Hal ini berarti tidak ada lagi hierarki yang menempatkan hukum kebiasaan di bawah undang-undang. Sumber hukum mana yang akan diacu, undang-undang atau kebiasaan bergantung kepada kepentingan untuk penyelesaian sengketa yang konkret. Hanya saja tidak dapat dibantah yang disebut hukum kebiasaan bukan hanya hukum yang berkembang di seantero komunitas seperti halnya harta gono-gini pada masyarakat hukum adat Jawa, melainkan yang lebih menonjol adalah kebiasaan-kebiasaan yang berkembang pada komunitas bisnis, profesi, atau lingkungan pekerjaan, misalnya kasus Maring tersebut.

Hal yang perlu mendapat perhatian adalah hubungan antara undang-undang dan hukum kebiasaan. Sekilas lintas, di antara kedua sumber hukum itu terdapat perbedaan yang tajam. Undang-undang merupakan aturan hukum yang dibuat oleh penguasa untuk diterapkan kepada masyarakat; sedangkan hukum kebiasaan dikembangkan oleh masyarakat itu sendiri. Akan tetapi, baik undang-undang maupun hukum kebiasaan merupakan formulasi dari kesadaran hukum masyarakat atau penuangan gagasan-gagasan hukum yang ada dalam masyarakat. Perbedaannya adalah apabila undang-undang formulasinya dilakukan oleh pembuat undang-undang sedangkan hukum kebiasaan dirumuskan oleh masyarakat sendiri. Perbedaan demikian tidaklah substansial. Hal semacam itu terdapat di negara-negara yang bersifat demokratis.

⁴⁵ Terjemahannya: Kebiasaan bukan merupakan hukum, kecuali apabila dirujuk oleh undang-undang.

⁴⁶ P. W. Brouwer *et al.*, *Recht, een introductie*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2004, hlm. 135.

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 138.



Akan tetapi, tidak demikian halnya di suatu negara yang diperintah oleh penguasa yang bersifat otoriter. Di negara dengan penguasa yang bersifat otoriter, lembaga perwakilan rakyat merupakan alat kekuasaan semata-mata. Dalam keadaan demikian, apa yang dirumuskan lembaga perwakilan rakyat tidak sesuai dengan kesadaran atau gagasan-gagasan hukum yang hidup dalam masyarakat. Di negara dengan penguasa otoriter, dengan demikian, terdapat perbedaan yang tajam antara undang-undang dan hukum kebiasaan. Terhadap hal seperti itu secara tegas saya berpendapat bahwa apa yang dibuat oleh wakil-wakil rakyat itu bukan hukum. Argumentasi saya terhadap pernyataan itu dapat dilihat kembali pada Bab 2. Dalam uraian di bab itu, saya menyatakan bahwa yang menentukan suatu aturan itu merupakan aturan hukum atau bukan adalah isi aturan itu, yaitu adakah aturan itu memancarkan prinsip moral atau tidak. Selanjutnya saya menguraikan bahwa dalam hal demikian, tidak peduli apakah aturan itu dibuat oleh penguasa atau tumbuh dan berkembang dalam masyarakat atau merupakan kreasi hakim sepanjang isi aturan itu memancarkan prinsip-prinsip moral, aturan itu dapat dikatakan sebagai hukum. Pancaran prinsip-prinsip moral itu dalam kerangka fungsi ekistensial manusia.

Di dalam suatu negara yang dikendalikan oleh penguasa otoriter, bukan saja lembaga perwakilan rakyat yang menjadi alat kekuasaan, melainkan juga lembaga peradilan tidak dapat bersifat independen sehingga benar-benar tunduk kepada penguasa. Pengadilan semacam itu tidak dapat diharapkan untuk berani menyisihkan undang-undang yang tidak mencerminkan aspirasi rakyat dan berpaling kepada hukum kebiasaan.

Di negara-negara yang benar-benar demokratis, yang duduk di lembaga perwakilan rakyat adalah orang-orang yang memang dipercaya oleh rakyat. Sudah barang tentu wakil-wakil rakyat tersebut akan membawakan aspirasi mereka yang diwakilinya. Undang-undang yang dibuat oleh wakil-wakil rakyat semacam itu mencerminkan kehendak rakyat. Dalam hal demikian, tidak ada perbedaan dari segi substansi antara undang-undang dan hukum kebiasaan. Bahkan undang-undang semacam itu lebih menguntungkan daripada hukum kebiasaan karena



undang-undang langsung mengikat masyarakat sedangkan hukum kebiasaan terbentuk melalui proses yang telah dikemukakan, yaitu digunakan secara terus-menerus dan berulang-ulang (*usus*) dan adanya *opinio necessitatis* atau *opinio iuris* yang merupakan unsur psikologis mengenai pengakuan bahwa apa yang dilakukan secara terus-menerus dan berulang-ulang itu aturan hukum. Di samping itu, undang-undang juga lebih menjamin kepastian hukum dibandingkan dengan kebiasaan. Mengenai kepastian hukum telah dikupas dalam Bab 3. Akan tetapi sebagaimana telah dikemukakan bahwa selengkap apa pun undang-undang tidak mungkin dapat memenuhi kebutuhan semua aspek hidup bermasyarakat. Dalam menghadapi situasi demikian, praktik-praktik yang ada dalam masyarakatlah yang menjadi acuan dalam penyelesaian sengketa. Hanya saja praktik-praktik itu harus sesuai dengan tujuan hukum sebagaimana dikemukakan pada Bab 3.

Sumber hukum ketiga yang dirujuk dalam sistem *civil law* adalah yurisprudensi. Ketika mengemukakan bahwa suatu hukum kebiasaan berlaku bagi semua anggota masyarakat secara tidak langsung, melainkan melalui yurisprudensi,⁴⁸ Spruit sebenarnya mengakui bahwa yurisprudensi merupakan sumber hukum dalam arti formal. Akan tetapi posisi yurisprudensi sebagai sumber hukum di dalam sistem *civil law* belum lama diterima. Hal itu disebabkan oleh pandangan bahwa aturan-aturan tingkah laku, terutama aturan perundang-undangan, ditujukan untuk mengatur situasi yang ada dan menghindari konflik; dengan demikian, aturan-aturan itu dibuat untuk hal-hal setelah undang-undang itu diundangkan. Undang-undang dalam hal demikian merupakan suatu pedoman mengenai apa yang boleh dan yang tidak boleh dilakukan.

Dari sudut pandang seperti itu, fungsi undang-undang jelas berbeda dengan putusan pengadilan. Putusan pengadilan dijatuhkan setelah terjadi peristiwa konkret disebabkan oleh suatu konflik yang timbul karena salah satu pihak yang bersengketa telah merusak apa yang telah ditetapkan dalam situasi interaksi yang konkret. Oleh karena itulah

⁴⁸ P. van Dijk et al., *Op. cit.*, hlm. 108.



Franken menyitir mereka yang mempertanyakan mengenai apakah putusan pengadilan yang ditujukan sebagai sesuatu yang mengikat pihak-pihak yang bersengketa dalam situasi yang konkret menjadi aturan hukum sehingga mengikat secara umum? Bukankah aturan hukum harus bersifat umum dan abstrak; sedangkan putusan pengadilan hanya mengikat pihak-pihak yang bersangkutan dan konkret artinya tidak berlaku umum dan tidak abstrak?

Berdasarkan pemikiran tersebut, menurut banyak penulis, putusan pengadilan bukan merupakan sumber hukum. Dalam setiap hal, bukanlah maksud pembentuk undang-undang untuk memberikan kepada putusan pengadilan suatu tempat tersendiri sebagai sumber hukum di samping undang-undang. Berdasarkan Belanda yang men-dasari pemisahan kekuasaan, Pasal 12 *Wet AB* berbunyi: “*Geen regter mag bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zake welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.*”⁴⁹ Ketentuan itu jelas-jelas melarang hakim mengambil posisi sebagai pembentuk undang-undang.⁵⁰ Para hakim harus memerhatikan ketentuan itu. Mereka menjatuhkan putusan terhadap perkara konkret yang diajukan oleh pihak-pihak tertentu. Putusan ini merupakan hasil dari se-suaianya antara fakta dengan aturan, yaitu fakta dari perkara konkret dengan satu atau lebih aturan hukum. Hakim menarik kesimpulan atas dasar aturan hukum dan fakta yang ada. Kesimpulan ini diterap-kan kepada seseorang atau orang-orang tertentu.⁵¹

Dasar untuk menghubungkan perkara konkret dengan aturan hu-kum adalah syarat legalitas, yaitu kepastian hukum. Pasal 11 *Wet AB* berbunyi: “*De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.*”⁵² Atas dasar ini pun putusan pengadilan tidak bisa dikatakan sebagai sumber hukum.

⁴⁹ Terjemahannya: “Tiada seorang hakim pun berdasarkan aturan yang bersifat umum, disposisi, atau peraturan boleh menjatuhkan putusan yang didasarkan atas keputusannya sendiri”.

⁵⁰ H. Franken, *Op. cit.*, hlm. 118.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Terjemahannya: Hakim harus memutus mengikuti undang-undang; dalam keadaan apa pun, ia tidak boleh menilai undang-undang.



Apabila ingin menetapkan putusan pengadilan sebagai sumber hukum, perlu dibedakan antara putusan untuk perkara konkret yang merupakan hasil akhir penalaran hakim menjadi aturan-aturan yang diformulasikan oleh hakim untuk fakta yang dihadapi dan putusan yang diambil. Meskipun terikat oleh ketentuan Pasal 12 *Wet AB*, bukan tidak mungkin hakim Belanda akan meneladani putusan yang telah diberikan oleh hakim terdahulu dengan cara menerapkan ketentuan yang sama untuk kasus serupa yang pernah terjadi. Tindakan demikian di satu pihak tidak bertentangan dengan syarat legalitas sedangkan di lain pihak menerapkan prinsip persamaan terhadap situasi yang sama. Apabila hal ini selalu dilakukan, hal itu berarti bahwa putusan pengadilan memang menjadi acuan dalam praktik pengadilan. Kegiatan semacam itu terjadi di negara-negara dengan sistem *civil law*. Oleh karena itulah meskipun tidak berlaku umum dan tidak abstrak, putusan pengadilan merupakan sumber hukum di negara-negara penganut sistem *civil law*. Apabila telah banyak kasus yang meneladani suatu *landmark decision*,⁵³ tidak dapat disangkal bahwa putusan demikian telah menjadi yurisprudensi dan menjadi sumber hukum.

Pada saat ini negara-negara modern telah menempatkan lembaga pengadilan sebagai suatu lembaga yang bersifat independen artinya bebas dari pengaruh politik maupun campur tangan eksekutif. Dalam posisi semacam itu hakim mempunyai kebebasan dalam melakukan fungsinya untuk menggunakan atau tidak menggunakan aturan undang-undang. Namun demikian, tidak berarti bahwa kebebasan hakim tersebut tanpa kontrol. Hanya saja kontrol tersebut juga dilakukan oleh kekuasaan kehakiman sendiri melalui banding dan kasasi. Peradilan tingkat banding dapat membatalkan putusan pengadilan tingkat pertama dan Mahkamah Agung dapat membatalkan putusan peradilan banding dan peradilan tingkat pertama. Dalam negara-negara penganut sistem *civil law*, putusan yang dibatalkan oleh Mahkamah Agung biasanya putusan yang tidak memenuhi aturan hukum

⁵³ Artinya suatu putusan yang berisi konstruksi hukum baru sesuai dengan situasi yang ada yang berbeda dari putusan-putusan pengadilan sebelumnya untuk kasus serupa. Putusan semacam itu menjadi acuan bagi pengadilan berikutnya dalam memutus perkara serupa.



yang seharusnya diacu atau tidak memenuhi syarat rasionalitas. Putusan yang sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap,⁵⁴ lebih-lebih apabila putusan itu putusan Mahkamah Agung yang merupakan *landmark decision*, niscaya putusan itu akan menjadi yurisprudensi yang kuat dan dengan demikian, menjadi sumber hukum. Contoh yang dapat dikemukakan adalah putusan Mahkamah Agung Belanda (*Hoge Raad*) tanggal 31 Januari 1919 tentang *Onrechtmatige* dalam kasus *Lindenbaum-Cohen*.

Memang, sejak awal abad XX, yurisprudensi merupakan sumber hukum dalam arti formal. Eksistensi yurisprudensi sebagai sumber hukum di negara-negara penganut sistem *civil law* semakin mantap dengan adanya himpunan putusan pengadilan. Penyusunan himpunan putusan pengadilan bukan dimaksudkan untuk kepentingan para sejarawan atau sosiolog atau untuk memudahkan para pembaca; himpunan itu disusun untuk para praktisi hukum guna dapat dirujuk sebagai dasar hukum dalam membangun argumentasinya. Hal semacam itu tidak akan terjadi apabila yurisprudensi bukan merupakan sumber hukum.

Suatu hal yang menarik untuk dikemukakan adalah yurisprudensi di negara-negara bekas penjajah sering kali dirujuk oleh ahli hukum di negara bekas jajahan karena adanya afinitas atau kesamaan sistem hukum antara negara penjajah dan bekas jajahannya. Para yuris Indonesia tidak segan-segan merujuk *Hoge Raad Arrest* tanggal 31 Januari 1919 tentang *Onrechtmatige* dalam kasus *Lindenbaum-Cohen* atau *Hoge Raad Arrest* tanggal 23 Mei 1921 tentang Pencurian Aliran Listrik. Hal yang sama juga terjadi pada putusan-putusan Mahkamah Agung Perancis (*Cour de Cassation*) dan putusan-putusan *Conseil d'Etat*.⁵⁵ Putusan-putusan kedua lembaga peradilan itu tidak hanya dipelajari di Perancis saja, melainkan juga di negara-negara bekas

⁵⁴ Artinya, putusan yang tidak dapat dimintakan upaya hukum banding atau kasasi. Putusan mempunyai kekuatan yang tetap kalau: (a) para pihak tidak melakukan banding atas putusan pengadilan tingkat pertama; (b) para pihak tidak melakukan kasasi atas putusan pengadilan banding; dan (c) merupakan putusan Mahkamah Agung.

⁵⁵ *Conseil d'Etat* di Perancis merupakan Peradilan Tertinggi dalam bidang Tata Usaha Negara.



jajahan Perancis atau negara-negara yang berbahasa Perancis.⁵⁶

Akan tetapi, kenyataan bahwa yurisprudensi sebagai sumber hukum di negara-negara dengan sistem *civil law* tidak serta-merta membuat hakim terikat pada preseden.⁵⁷ Yurisprudensi di negara-negara dengan sistem *civil law* tidak sekuat di negara-negara *common law*. Di negara-negara dengan sistem *civil law*, yurisprudensi rawan untuk dimodifikasi atau dianulir setiap saat. *La jurisprudence* di Perancis, yaitu kumpulan putusan hakim untuk perkara tertentu, bukan merupakan suatu yang mengikat.⁵⁸ Apabila dalam suatu putusan yang baru hakim menerapkan aturan yang pernah diterapkan oleh hakim sebelumnya, hal itu bukanlah karena putusan sebelumnya mempunyai kekuatan mengikat, melainkan karena hakim yang kemudian menganggap bahwa putusan sebelumnya itu memang tepat dan layak untuk diteladani. Di Perancis, pembatalan yurisprudensi (*revirement de jurisprudence*) selalu dimungkinkan tanpa perlu justifikasi mengapa yurisprudensi itu dibatalkan.⁵⁹ Hukum yang dibuat oleh hakim hanya mempunyai eksistensi dan diterapkan oleh hakim selama putusan itu dipandang sebagai hukum yang baik.⁶⁰

Doktrin preseden jelas-jelas bertentangan dengan sistem *civil law* karena sejak abad Pertengahan, hukum Romawi telah diresepsi. Sejak saat itu terdapat suatu pemikiran bahwa aturan hukum harus bersifat doktrinal dan berasal dari pembentuk undang-undang.⁶¹ Di Belanda hal itu tertuang dalam Pasal 11 dan 12 *Wet AB* lama seperti telah dikemukakan. Namun demikian, yurisprudensi mempunyai peranan penting dalam pengembangan hukum dan hal semacam itu tidak dapat dibantah oleh negara-negara penganut sistem *civil law*. Meskipun mempunyai posisi yang kurang kuat, yurisprudensi harus diakui sebagai sumber hukum di negara-negara dengan sistem *civil law*.

⁵⁶ René David dan John E.C. Brierley, *Op. cit.*, hlm. 134.

⁵⁷ P.W. Brouwer *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 142.

⁵⁸ René David dan John E. C. Brierley, *Op. cit.*, hlm. 136.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, hlm. 137.



PENEMUAN HUKUM

Terlepas dari tidak wajibnya mengikuti preseden, diacunya yurisprudensi kuat bagi penyelesaian sengketa serupa menunjukkan bahwa tugas hakim bukan sekadar menerapkan undang-undang. Melalui putusannya yang menjadi yurisprudensi kuat, hakim juga membuat hukum. Hal itu dalam praktik penyelesaian sengketa tidak dapat dihindari manakala terminologi yang digunakan oleh undang-undang tidak jelas, undang-undang tidak mengatur masalah yang dihadapi atau undang-undang yang ada bertentangan dengan situasi yang dihadapi. Oleh karena itulah hakim dalam hal ini lalu melakukan pembentukan hukum (*rechtsvorming*), analogi (*rechtsanalogie*), penghalusan hukum (*rechtsverfijning*) atau penafsiran (*interpretatie*). Kegiatan-kegiatan semacam itu dalam sistem hukum kontinental disebut sebagai penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Masalah penemuan hukum merupakan masalah yang khas sistem *civil law*. Sebagaimana telah dikemukakan pada Bab 6 bahwa sistem *civil law* didasarkan atas karya Kaisar Iustinianus, yang lazimnya disebut *Corpus Iuris Civilis*. Dalam Kode Iustinianus tersebut dikemukakan *Non exemplis sed legibus iudiciandum est*.⁶² Pernyataan demikian jelas-jelas menolak yurisprudensi sebagai sumber hukum. Di lain pihak, bagi para penulis yang menginginkan demokrasi, hakim harus menerapkan apa yang dibuat oleh legislatif yang merupakan para wakil rakyat. Perlu dikemukakan bahwa pada masa pemerintahan yang bersifat absolut, hakim merupakan representasi dari raja atau bahkan raja itu sendiri yang menjadi hakim. Dalam pemikiran demokratis, hakim dipandang sebagai sosok yang menjadi representasi rakyat dalam penegakan hukum yang juga dibuat oleh wakil-wakil rakyat. Hal itu dapat disimpulkan dari tulisan Montesquieu⁶³ *De l'Esprit des lois*. Pada saat itu Montesquieu beranggapan bahwa *republic* adalah demokratis. Sebagaimana telah dikemukakan pada Bab 5 ia menyatakan

⁶² Terjemahan bebasnya "Sesuatu diputus berdasarkan undang-undang bukan berdasarkan contoh".

⁶³ Nama lengkap Montesquieu adalah Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu.



bahwa “*Plus le gouvernement approche de la république plus la manière de juger devient fixe*”.⁶⁴ Selanjutnya ia mengemukakan pernyataan yang terkenal: “*Les juges de la nation ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de la loi: des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”.⁶⁵ Bahkan ketika Robespierre ia menyatakan bahwa “*Le mot de jurisprudence doit être effacé notre langue; dans un pays qui a une constitution, une législation, la jurisprudence ce n'est autre chose que la loi*”.⁶⁶ Oleh karena itulah ia berpendapat bahwa penafsiran atau komentar atas undang-undang merupakan *fléaux destructeurs de la loi*.⁶⁷ Apa yang dikemukakan oleh Montesquieu dan Robespierre itulah yang kemudian bertemu dengan pandangan Austinian menjadi pandangan legisme.

Tidak dapat dimungkiri bahwa dalam suatu negara demokrasi atau istilah Montesquieu negara republik, produk legislatif dipandang sebagai kehendak rakyat karena legislatif adalah parlemen yang merupakan wakil-wakil rakyat. Oleh karena itulah apa yang tertuang di dalam undang-undang dengan meminjam istilah Orde Baru harus dilaksanakan “secara murni dan konsekuen”. Namun demikian, tidak dapat disangkal pula bahwa tidak semua undang-undang menggunakan terminologi yang jelas. Lalu, apa yang harus dilakukan oleh hakim kalau memang terminologi yang digunakan dalam undang-undang tidak jelas? Apakah hakim benar-benar tidak boleh membentuk hukum demi menjaga kepastian hukum sesuai bunyi undang-undang atau hakim demi keadilan memiliki diskresi untuk membentuk hukum?

Sejak awal abad XX, pandangan legisme telah ditinggalkan. Ketidakjelasan aturan undang-undang disebabkan oleh adanya terminologi yang kabur, istilah yang bermakna ganda, dan istilah-istilah yang bersifat evaluatif. Dalam kerangka menjernihkan arti penting dan makna dibuatnya aturan itulah dibutuhkan kreativitas hakim untuk

⁶⁴ Lihat Bab 5.

⁶⁵ Lihat Bab 5.

⁶⁶ Kata-kata putusan hakim harus disesuaikan dengan lidah kita; dalam suatu negara yang mempunyai konstitusi, undang-undang, putusan pengadilan tidak lain daripada yang ada dalam undang-undang.

⁶⁷ Terjemahannya “cacar yang merusak undang-undang”.



melakukan pembentukan hukum (*rechtsvorming*).

Sebagai contoh kekaburan istilah Franken merujuk kepada Pasal 1 *Auteurswet* Belanda yang berbunyi: “*Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld*”. Terjemahan Indonesianya adalah hak pencipta adalah hak khusus bagi pembuat karya kesusastraan, ilmu pengetahuan, dan seni atau bagi penerima hak untuk mengumumkan dan memperbanyak kecuali dibatasi oleh undang-undang (kursif dari saya, PMM). Dalam putusan Mahkamah Agung Belanda tahun 1982, yaitu *Kabel-TV Arrest*, permasalahan apakah sambungan per televisi kabel lewat antena sentral ke para pelanggan yang menerima tayangan film yang dilindungi oleh *Auteurswet* lewat layar kaca dianggap sebagai pengumuman menurut Pasal 1 dan 2 *Auteurswet*. Mahkamah Agung Belanda (*Hoge Raad*) menyatakan demikian. Dari putusan itu istilah *openbaarmaking* atau pengumuman bukan hanya dalam pengertian dapat dilihat atau didengar secara umum, melainkan juga dapat diakses dengan menggunakan sarana teknologi.

Lebih jauh Brouwer dan rekan-rekannya memberikan contoh ketentuan Pasal 3b *Opiumwet* yang melarang menawarkan secara terbuka penjualan *soft drug*,⁶⁸ seperti *marijuana*. Selanjutnya Pasal 10 undang-undang itu menyatakan bahwa pelanggaran terhadap Pasal 3b tersebut merupakan perbuatan pidana.⁶⁹ Pada kenyataannya, terdapat seorang pemilik *coffee shop* menempatkan daftar menu berbagai *hashish* dan *marijuana* lengkap dengan harganya pada *website*. Pertanyaan yang timbul adalah apakah yang dilakukan oleh pemilik *coffee shop* itu merupakan suatu pelanggaran terhadap Pasal 3b *Opiumwet* sehingga menurut Pasal 10-nya merupakan suatu perbuatan pidana? Untuk menjawab pertanyaan itu tidak dapat dilakukan penalaran hukum dengan menggunakan silogisme sederhana. Pada penalaran hukum dengan silogisme sederhana, premis mayor merupakan aturan atau

⁶⁸ *Soft drug* tidak bersifat *additive*, namun tetap merupakan obat-obatan yang dilarang.

⁶⁹ P. W. Brouwer *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 584.



aturan-aturan sedangkan premis minor merupakan suatu fakta. Pada kasus ini faktanya adalah pemilik *coffee shop* menempatkan daftar menu berbagai *hashish* dan *marijuana* lengkap dengan harganya pada web site. Oleh karena itulah harus dijawab dahulu pertanyaan apakah menempatkan pengumuman atau apa saja pada web site mengumumkan secara terbuka? Dalam hal inilah hakim harus membangun argumentasi bahwa penempatan sesuatu pada web site merupakan pengumuman secara terbuka. Mengenai hal ini, Brouwer dan rekan-rekannya mengemukakan bahwa polisi juga telah mengunjungi web site tersebut dan menjumpai memang ada daftar menu seperti itu yang kemudian dicetak untuk barang bukti.⁷⁰ Begitu hakim menyatakan bahwa perbuatan itu merupakan perbuatan pidana, hakim telah melakukan pembentukan hukum (*rechtsvorming*), yaitu memandang web site sebagai suatu tempat umum. Oleh karena itulah meskipun penempatan pada web site tidak diatur dalam *Opiumwet*, pengadilan telah melakukan pembentukan hukum.

Selanjutnya, tentang makna ganda terjadi apabila suatu istilah yang digunakan oleh ketentuan mempunyai lebih dari satu pengertian. Suatu kasus yang menarik adalah kasus pencalonan Gus Dur sebagai Presiden RI periode 2004-2009. Pasal 6 (1) Undang-Undang Dasar 1945 berbunyi:

Calon presiden dan calon wakil presiden harus seorang warga negara Indonesia sejak kelahirannya dan tidak pernah menerima kewarganegaraan lain karena kehendaknya sendiri, tidak pernah mengkhianati negara serta *mampu secara rohani dan jasmani melaksanakan tugas dan kewajiban sebagai presiden dan wakil presiden*.

(Kursif dari saya, PMM)

Ketentuan *mampu secara rohani dan jasmani melaksanakan tugas dan kewajiban sebagai presiden dan wakil presiden* itu dituangkan dalam Pasal 6 UU No. 23 tahun 2003 Tentang Pemilihan Presiden. Melalui Surat Keputusan No. 31 Tahun 2004, Komisi Pemilihan Umum (KPU) mengartikan bahwa yang dimaksud dengan “mampu secara

⁷⁰ *Ibid.*, hlm. 585.



rohani dan jasmani” adalah mampu dari segi medis atau sehat. Hal itu bahkan secara eksplisit tertuang di dalam siaran pers KPU hari Jumat 30 April 2004. Mengenai hal ini dapat dikemukakan kutipan siaran pers tersebut sebagai berikut:

Surat Keputusan Komisi Pemilihan Umum (KPU) No. 31 Tahun 2004 menyatakan calon presiden (capres) dan calon wakil presiden (cawapres) harus dapat melakukan kegiatan fisik sehari-hari secara mandiri dan tidak memiliki penyakit yang diperkirakan akan mengakibatkan kehilangan kemampuan fisik dalam lima tahun ke depan. Surat tersebut tidak mengharuskan capres dan cawapres bebas dari penyakit, *impairment* atau kecacatan. Capres dan cawapres juga diharapkan memiliki kesehatan jiwa sedemikian rupa sehingga tidak kehilangan kemampuan dalam melakukan observasi, menganalisis, membuat keputusan, dan mengomunikasikannya.

Sebenarnya ketentuan kemampuan yang tertuang baik pada ketentuan UUD atau UU No. 23 Tahun 2003 juga dapat diartikan kemampuan secara hukum atau *rechtsbekwaamheid* atau *legal capability* dan bahkan menurut pendapat saya inilah yang lebih tepat. Akan tetapi, terhadap hal ini Mahkamah Konstitusi maupun Mahkamah Agung berpendapat sama dengan KPU. Karena istilah yang digunakan oleh ketentuan UUD tersebut bermakna ganda, dengan putusan-putusan tersebut, pengadilan telah melakukan pembentukan hukum dengan mengartikan kemampuan secara jasmani dan rohani sebagai sehat secara medis.

Selanjutnya contoh mengenai istilah yang bersifat evaluatif terdapat pada Pasal 1 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yaitu “Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang *bahagia* dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” (Kursif dari saya, PMM). Kata *bahagia* bersifat evaluatif. Dalam hal demikian, hakim perlu memberikan pengertian.

Selanjutnya, untuk pembentukan hukum (*rechtsvorming*) karena kekosongan hukum dapat diacu putusan Mahkamah Agung Reg. No.



1400 K/Pdt/1986 tentang Perkawinan Antar Agama. Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan tidak mengatur perkawinan antar-agama. Dalam kasus ini, seorang wanita beragama Islam akan melangsungkan perkawinan dengan pria beragama Kristen Protestan. Keduanya tinggal di Jakarta. Atas rencana tersebut, wanita itu bersama calon suaminya lalu menghadap ke kantor urusan agama. Akan tetapi, permohonan itu ditolak. Selanjutnya, mereka menghadap ke kantor catatan sipil Jakarta. Akan tetapi, instansi ini pun menolak melangsungkan perkawinan mereka. Alasan kedua instansi itu pada dasarnya adalah karena kedua calon mempelai itu berbeda agama. Atas penolakan oleh kedua instansi itu, calon mempelai wanita itu lalu mengajukan penetapan ke Pengadilan Negeri Jakarta. Namun, PN Jakarta juga menetapkan menolak permohonan pemohon. Oleh karena itulah calon mempelai wanita itu lalu mengajukan permohonan kasasi ke Mahkamah Agung. Dalam kasasi, Mahkamah Agung memberi pertimbangan bahwa tidak diaturnya perkawinan berbeda agama tidak berarti bahwa UU No. 1 Tahun 1974 menjadi halangan bagi mereka yang berbeda agama untuk melangsungkan suatu perkawinan. Mahkamah Agung berpendapat bahwa dengan diajukannya permohonan melangsungkan perkawinan kepada kepala kantor catatan sipil di Jakarta, harus ditafsirkan bahwa pemohon berkehendak untuk melangsungkan perkawinan tidak secara Islam sehingga kantor catatan sipil sebagai satu-satunya instansi yang berwenang untuk melangsungkan atau membantu melangsungkan perkawinan bagi kedua calon suami istri yang tidak beragama Islam.

Akhirnya, untuk pembentukan hukum (*rechtsvor-ming*) yang terjadi karena aturan yang ada sudah tidak sesuai dengan keadaan dapat diacu putusan Mahkamah Agung tanggal 26 November 1971 No. 500 K/Sip/1971 tentang *onheelbare tweespalt* (percekcoakan yang terus-menerus yang tidak dapat didamaikan). Kasus itu tentang *Soenarti alias Liem Giok Nio v Gunarto alias Bhe Tjiauw Hok*. Pada kasus itu, Mahkamah Agung berpendapat bahwa sebelum kodifikasi nasional dicapai, pembinaan hukum yang termuat dalam BW harus dimungkinkan melalui putusan-putusan hakim apabila kebutuhan masyarakat sung-



guh-sungguh menghendaknya dengan tidak saja menyingkirkan ketentuan-ketentuan yang dianggapnya bertentangan dengan kemajuan zaman, akan tetapi juga menambahkan ketentuan-ketentuan baru di samping ketentuan-ketentuan yang lama. Kasus itu berawal ketika Soenarti, selaku penggugat menggugat suaminya Gunarto dalam suatu gugatan perceraian yang diajukan ke Pengadilan Negeri Magelang. Dalam gugatannya, ia mendalihkan bahwa selama masa perkawinannya dengan tergugat dalam waktu lima belas tahun, ia terus-menerus bertengkar dengan suaminya; oleh karena itulah ia mohon pengadilan menetapkan pembubaran perkawinan mereka. Akan tetapi, tergugat mengemukakan alasan bahwa *onheerbare tweespalt* atau pertengkar yang tidak dapat didamaikan bukan merupakan dasar hukum untuk pem-bubaran perkawinan karena Pasal 209 BW yang berlaku juga bagi golongan Tiong Hoa,⁷¹ tidak menyebut ketentuan itu sebagai dasar bubarnya perkawinan. Pengadilan Negeri Magelang, sebaliknya, menolak dalih tergugat dengan menyatakan bahwa syarat-syarat bagi acara perceraian sebagaimana diatur dalam Pasal 209 BW bersifat restriktif. Lebih jauh, pengadilan berpendapat bahwa baik golongan Eropa maupun golongan Tiong Hoa yang telah lama tinggal di Indonesia dan bergaul dengan orang Indonesia asli dianggap telah terintegrasi dengan orang Indonesia asli; alasan-alasan perceraian yang berlaku bagi orang Indonesia Kristen, dengan demikian, dapat diterapkan juga bagi golongan Eropa dan golongan Tiong Hoa. Untuk perkawinan orang-orang Kristen Indonesia berlaku *Huwelijk Ordonantie voor Christen Indonesiers* (H.O.C.I) atau Peraturan Perkawinan bagi Orang-orang Kristen Indonesia. Dalam peraturan itu dimuat bahwa pertengkar yang terus-menerus dapat dijadikan alasan perceraian. Dengan merujuk kepada ketentuan itu, PN Magelang menyatakan bahwa perkawinan antara penggugat dan tergugat bubar. Pengadilan

⁷¹ Pada masa penjajahan Belanda, berdasarkan Pasal 163 *Indische Staatsregeling* (I.S.), kaula negara Hindia-Belanda terbagi atas tiga golongan, yaitu *Europees* (golongan Eropa), *Vreemde Oosterlingen* (Timur Asing), dan *Inlanders* (Bumiputera). Adapun untuk golongan *Vreemde Oosterlingen* dibedakan antara *Chinees* (Tiong Hoa) dan bukan Tiong Hoa. Dalam bidang hukum perdata, untuk *Chinees* berlaku BW sedangkan bukan Tiong Hoa berlaku hukum adat masing-masing.



Tinggi Semarang mengukuhkan putusan itu dan begitu pula Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Mengenai analogi hukum (*rechtsanalogie*) perlu dikemukakan pandangan Paul Scholten yang merujuk kepada Pasal 1612 BW lama Belanda yang isinya sama dengan Pasal 1576 BW Indonesia. Ketentuan itu berbunyi: “*Door verkoop van het verhuurde wordt eene te voeren aangegane huur niet verbroken, ten ware dit bij die verhuring mogt voorbehouden zijn...*” Terjemahan bahasa Indonesianya adalah: “Dengan dijualnya barang yang disewa, sewa yang dibuat sebelumnya tidak diputuskan kecuali bila telah diperjanjikan pada waktu menyewakan barang...” Paul Scholten mempersoalkan apakah ketentuan itu berlaku juga apabila barang itu tidak dijual, melainkan dihibahkan atau dijadikan penyertaan pada suatu PT.⁷² Pertanyaan demikian timbul karena tidak ada aturan untuk penghibahan atau penyertaan untuk PT terhadap barang yang disewa. Terhadap pertanyaan itu, Paul Scholten mengemukakan bahwa pengadilan menyatakan bahwa ketentuan itu berlaku bagi pemegang hak yang baru.⁷³ Menurut Scholten, pengadilan menyatakan demikian karena undang-undang melindungi kepentingan penyewa mengingat kepentingan penyewa paling menonjol tetapi tidak diperhatikan dalam perjanjian jual beli antara yang menyewakan, yaitu penjual dan pembeli.⁷⁴

Dalam melakukan analogi dengan menggunakan ketentuan Pasal 1612 BW atau Pasal 1576 BW Indonesia itu kata dasar jual pada ketentuan itu dijadikan bersifat umum, yaitu memindahtangankan atau mengalihkan. Setelah pengertian yang bersifat umum ini terbentuk, pengertian itu diterapkan untuk peristiwa konkret. Dengan demikian, kata penjualan yang telah dijadikan bersifat umum menjadi pengalihan dapat diterapkan untuk hibah, penyertaan pada PT, atau wasiat. Dengan demikian, meskipun tidak ada aturan untuk penghibahan atau penyertaan untuk PT terhadap barang yang disewa, tidak berarti lalu hak penyewa tidak dihormati dan hubungan sewa-menyewa pu-

⁷² Paul Scholten, *Op. cit.*, hlm. 61.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*



tus, melainkan dengan menggunakan analogi dari Pasal 1612 BW lama Belanda atau Pasal 1576 BW Indonesia, hak penyewa tetap dihormati.

Untuk menjelaskan tentang penghalusan hukum (*rechtsverfijning*), Brouwer dan rekan-rekannya memberikan contoh yang menarik dengan merujuk kepada Pasal 249 (2) Sub 3 kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda (*Wetboek van Strafrecht*). Ketentuan itu menetapkan sebagai perbuatan pidana bagi mereka yang aktif dalam pemeliharaan kesehatan atau pemeliharaan sosial dan melakukan perbuatan mesum dengan pasien atau klien yang telah percaya kepadanya karena bantuannya. Pertanyaan yang timbul adalah apakah ketentuan ini berlaku bagi pemberi bantuan itu apabila ia hidup bersama di luar perkawinan dengan pasien atau klien yang telah ditolongnya. Suatu hal yang perlu dikemukakan di sini adalah dalam masyarakat Belanda, hidup bersama di luar perkawinan atau mereka sebut *samenwonen* (*living together*) bukan suatu perbuatan mesum. Oleh karena itulah dalam menghadapi hal semacam itu, Brouwer cs. mengusulkan perlunya mengintroduksi adanya pengecualian dalam menerapkan aturan itu.⁷⁵ Saya berpendapat bahwa dalam memberikan pengecualian itu perlu dirujuk tujuan hukum sebagaimana telah dikemukakan pada Bab 3. Dengan adanya pengecualian itu berarti terdapat syarat tambahan yang ditetapkan oleh hakim. Dalam hal demikian inilah hakim telah menghaluskan (*verfijnen*) aturan yang masih belum operasional.

Akhirnya, yang dapat dikatakan selalu dilakukan oleh hakim adalah penafsiran atau interpretasi (*interpretatie*) terhadap undang-undang. Ajaran interpretasi pertama kali dikemukakan oleh F. C. von Savigny.⁷⁶ Suatu interpretasi yang jelas akan berfungsi sebagai rekonstruksi cita hukum yang tersembunyi. Interpretasi dapat dibedakan menjadi interpretasi gramatikal (*grammaticale interpretatie*), interpretasi dari sudut sejarah pembentukan undang-undang (*wetshistorische interpretatie*), interpretasi sistematis (*systematische interpretatie*), dan interpretasi teleologis (*teleologische interpretatie*).

⁷⁵ P. W. Brouwer *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 620.

⁷⁶ P. van Dijk *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 463.



Interpretasi gramatikal terjadi apabila dalam menetapkan pengertian aturan undang-undang merujuk kepada kata-kata yang digunakan atau bagian-bagian kalimat berdasarkan kata sehari-hari atau yang lazim digunakan. Sebagai contoh interpretasi gramatikal ini adalah Putusan Mahkamah Agung RI Regsiter. No. 1590K/Pid/1997 tentang Pencurian. Kasusnya berawal dari terdakwa, seorang wanita yang menagih cicilan pembelian tas oleh saksi korban sebanyak 12 (dua belas) buah yang masing-masing berharga Rp 25.000,00 sehingga jumlah yang harus dibayar oleh saksi Rp 300.000,00. Seharusnya cicilan itu lunas pada bulan Januari 1997, tetapi sampai pada bulan Maret 1997 saksi korban masih belum dapat melunasinya. Pada saat itu, yaitu pada 25 Maret 1997, ketika terdakwa menagih cicilan itu, saksi korban lagi-lagi tidak mempunyai uang untuk membayar dan bertanggung. Kemudian terdakwa mengusulkan kalau radio tape milik saksi korban dibawa dahulu oleh terdakwa sebagai jaminan dan kalau utangnya telah lunas baru dikembalikan. Oleh saksi korban tawaran tersebut tidak diterima bahkan saksi tersebut mengatakan bahwa hal itu tidak pantas bagi suatu suku tertentu. Akan tetapi, terdakwa tetap saja membawa pergi radio tape tersebut ketika saksi korban pamit pergi ke belakang rumah. Pengadilan Negeri Pare Pare yang mengadili perkara tersebut membebaskan terdakwa dari dakwaan pencurian karena tidak terpenuhi salah satu unsur pencurian sebagaimana diatur dalam Pasal 362 KUHP. Ketentuan itu berbunyi: “Barangsiapa mengambil sesuatu barang sebagian atau seluruhnya milik orang lain dengan maksud untuk dimilikinya sendiri secara melawan hukum, dipidana karena pencurian selama-lamanya lima tahun penjara.” PN Pare pare berpendapat bahwa dalam kasus itu tidak ada unsur memiliki karena barang yang diambil itu hanya sebagai jaminan dan akan dikembalikan setelah utang saksi korban lunas. Dengan dibebaskannya terdakwa, jaksa melakukan kasasi ke Mahkamah Agung. Ternyata kemudian Mahkamah Agung tidak sependapat dengan PN Pare pare. Menurut Mahkamah Agung, pengambilan radio tape oleh terdakwa tanpa kesepakatan dari saksi korban merupakan mengambil dengan maksud untuk memiliki secara melawan hak (*sic*) yang dengan demikian ter-



penuhi unsur-unsur pencurian sebagaimana tertuang dalam Pasal 362 KUHP. Kata “mencuri” dalam bahasa sehari-hari memang mengandung pengertian mengambil barang orang lain untuk dimilikinya sendiri “tanpa sepengetahuan pemiliknya”. Dalam bahasa hukum, “tanpa sepengetahuan pemiliknya” tersebut disebut melawan hukum. Dalam putusan tersebut, MARI telah menggunakan interpretasi gramatikal.

Selanjutnya adalah interpretasi dari sudut sejarah pembentukan undang-undang (*wetshistorische interpretatie*) dilakukan apabila ditelusuri risalah pembentukan undang-undang itu. Suatu contoh yang diberikan oleh Brouwer cs. adalah putusan Mahkamah Agung Belanda pada 13 Maret 2001. Kasusnya bermula dari terdakwa menempatkan *jetski*-nya di pantai Noordwijk dan dengan *jetski* itulah ia melaut.⁷⁷ Pasal 2.8.1. APV⁷⁸ Noordwijk, melarang memiliki dan menempatkan *jetski* di pantai serta dengan *jetski* itu melaut. Terdakwa meragukan kewenangan pemerintah kota praja untuk menetapkan larangan itu karena menurut pendapatnya, *Scheepvaartverkeerswet*⁷⁹ semata-mata memberi wewenang tambahan kota praja untuk menetapkan aturan sehubungan dengan keamanan lalu lintas pelayaran rekreasi menyusur pantai. Menurutny, APV berkaitan dengan tingkah laku di pantai. Terdakwa tidak dapat memahami betapa tingkah laku semacam itu dapat merugikan keamanan pelayaran rekreasi menyusur pantai. Lagi pula, dengan tujuan untuk keamanan lalu lintas, suatu ketentuan lain APV menyebutkan larangan itu karena “tidak aman untuk berlayar”.

MA Belanda tidak sependapat dengan apa yang dibaca oleh terdakwa dan dengan acuan sejarah terbentuknya *Scheepvaartverkeerswet* menetapkan bahwa kewenangan tambahan dapat digunakan untuk pengaturan rekreasi di laut, objek yang boleh dibawa ke pantai dan dengan objek tersebut boleh melaut. Pasal 42 *Scheepvaartverkeerswet* berbunyi: “*De bevoegheid van besturen van provincies, gemeenten, waterschappen en havenschappen tot het stellen van regels blift ten aan-*

⁷⁷ P. W. Brouwer *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 603.

⁷⁸ Singkatan dari *Algemene Plaatselijke (of Politie) Verordening*. Semacam peraturan lokal yang dibuat oleh kota praja.

⁷⁹ Semacam UU Lalu Lintas Pelayaran.



zien van het onderwerp waarin deze wet voorziet, gehandhaafd, voor zover die regels niet in strijd zijn met de bij of krachtens deze wet gestelde regel” yang kalau diterjemahkan secara bebas berbunyi: “Kewenangan yang ada pada pemerintah-pemerintah provinsi, Kota praja, *Waterschappen*, dan *Havenschappen* untuk menetapkan peraturan yang bertalian dengan objek yang diaturnya, tetap dipertahankan sepanjang peraturan itu tidak bertentangan dengan aturan undang-undang yang bersangkutan.” Dalam *Memorie van Toelichting* (M.v.T.),⁸⁰ jelas sekali dinyatakan apa tujuan diberikannya wewenang tambahan untuk mengatur, yang secara garis besar berbunyi sebagai berikut:⁸¹

Voor de kustgemeenten zal vorenbedoelde bevoegheid tot het stellen van aanvullende bepalingen in beginsel ook bestaan voor de strook van 1 km vanaf de kust in de territoriale zee. Het zal hierbij gaan om bepalingen die deels de verkeersveiligheid van kustgebonden recreatievaart, deels de regeling van de recreatie aan zee tot doel hebben.

Terjemahan bebasnya:

Kepada kota praja-kota praja yang wilayahnya berpantai pada prinsipnya diberi kewenangan yang telah disebutkan untuk menetapkan aturan tambahan bagi jalur 1 kilometer mulai dari pantai laut teritorial. Dengan demikian, hal itu berkaitan dengan ketentuan-ketentuan yang sebagian mengenai keamanan lalu lintas pelayaran rekreasi menyusur pantai, sebagian lagi untuk pengaturan rekreasi di laut.

Dari *M.v.T* tersebut jelaslah maksud pembentuk undang-undang. *Memorie van Toelichting* dengan banyak kata-kata mendukung interpretasi *Scheepvaartverkeers-wet* yang berdasarkan undang-undang itulah timbul kewenangan kota praja yang tidak terbatas pada penetapan aturan dengan tujuan keamanan lalu lintas pelayaran rekreasi menyusur pantai.⁸²

Interpretasi selanjutnya adalah interpretasi sistematis. Perbincang-

⁸⁰ *Memorie van Toelichting* (M.v.T.) bukan Penjelasan UU seperti di Indonesia, melainkan risalah terbentuknya undang-undang.

⁸¹ P.W. Brouwer *et al.*, *Op. cit.*, hlm. 604.

⁸² *Ibid.*



an mengenai interpretasi sistematis harus dimulai dari suatu kenyataan bahwa hukum merupakan suatu sistem. Mengingat merupakan suatu sistem dibutuhkan adanya konsistensi. Konsistensi di sini bukan sekadar mengenai pengertian-pengertian yang logis semata, melainkan juga dalam kaitannya dengan berbagai ketentuan. Sebagai contoh interpretasi sistematis ini adalah Putusan Mahkamah Agung RI Reg. No. 2147 K/Pid/1988 yang menetapkan bahwa perkawinan secara Islam tanpa pencatatan adalah sah. Kasusnya bermula dari terdakwa, seorang pria yang masih berstatus kawin telah melangsungkan perkawinan lagi dengan wanita lain tanpa seizin istrinya. Oleh jaksa, terdakwa dikenai Pasal 279 Ayat (1) KUHP berbunyi: Diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun: “Barangsiapa mengadakan perkawinan padahal ia mengetahui bahwa perkawinan atau perkawinan-perkawinannya yang telah ada menjadi penghalang yang sah untuk itu.” Sebenarnya Pasal 279 KUHP hanya berlaku bagi mereka yang tunduk kepada Pasal 27 BW yang berbunyi: Pada waktu yang sama, seorang lelaki hanya boleh terikat oleh perkawinan dengan satu orang perempuan saja; seorang perempuan hanya dengan satu orang lelaki saja. Akan tetapi, PN Bale Bandung melakukan interpretasi sistematis dengan mengaitkannya dengan asas monogami yang dianut oleh UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Oleh karena itulah Pasal 27 BW juga berlaku bagi mereka yang tidak tunduk kepada BW. Akibatnya, ketentuan Pasal 279 KUHP juga berlaku bagi mereka yang tidak tunduk kepada BW. Oleh karena itulah pengadilan tersebut menjatuhkan pidana lima bulan penjara kepada terdakwa. Akan tetapi, Pengadilan Tinggi Bandung membatalkan putusan itu dan membebaskan terdakwa. Menurut pendapat Pengadilan Tinggi, terdakwa belum melakukan perkawinan karena perkawinan terdakwa tidak dicatatkan sebagaimana ketentuan Pasal 2 Ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974. Ketentuan Pasal 2 itu selengkapnya berbunyi:

- (1) Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.
- (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.



Akan tetapi, Mahkamah Agung berpendapat lain. Menurut Mahkamah Agung, akad nikah tanpa diawasi oleh pegawai pencatat nikah yang diangkat oleh Menteri Agama, atau pegawai yang ditunjuk olehnya, tetap sah, asalkan menepati aturan-aturan syariah. Oleh karena itulah MA kemudian menyatakan bahwa terdakwa melanggar Pasal 279 (1) KUHP dan memidannya dengan lima bulan penjara. Dalam kasus itu Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung ketentuan undang-undang sebagai suatu sistem yang terkait satu terhadap lainnya, baik Pasal 27 BW, UU Perkawinan, Pasal 279 (1) KUHP dan Hukum Islam.

Bentuk interpretasi yang terakhir adalah interpretasi teleologis. Sebagaimana telah dikemukakan pada Bab 3 bahwa kata teleologis berasal dari kata Yunani kuno *telos* (τέλος) yang artinya tujuan. Dengan demikian, interpretasi teleologis berarti interpretasi dengan melihat kepada tujuan adanya undang-undang itu. Akan tetapi, tujuan dalam hal ini berbeda dengan maksud pembentuk undang-undang. Jika dilihat dari maksud pembentuk undang-undang, hal itu merupakan interpretasi dari sudut sejarah pembentukan undang-undang seperti yang telah dikemukakan. Interpretasi teleologis beranjak dari situasi faktual. Dengan melakukan interpretasi teleologis, hakim dapat berperan untuk memberikan nilai-nilai keadilan dari aturan undang-undang. Suatu contoh interpretasi teleologis adalah Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 003/PUU-IV/2006 dalam perkara Pengujian UU No. 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 tahun 2001 yang untuk selanjutnya disebut UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Pemohon mempersoalkan antara lain kata “dapat” pada Pasal 2 Ayat (1) dan Pasal 3 UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Pasal 2 (1) berbunyi:

Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun



dan denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Selanjutnya Pasal 3 berbunyi:

Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan atau denda paling sedikit Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Menurut pemohon, ketentuan-ketentuan itu menyebabkan adanya ketidakpastian hukum karena ketentuan itu berlaku bagi mereka yang nyata-nyata telah merugikan keuangan negara atau tidak merugikan keuangan negara. Terhadap dalih pemohon tersebut, Mahkamah Konstitusi melakukan interpretasi teleologis, yaitu mengatakan bahwa kata “dapat” pada ketentuan-ketentuan Pasal 2 (1) dan Pasal 3 itu penekanannya pada aspek pencegahan (*deterrence*) dan sebagai upaya *shock therapy*. Hal itu disebabkan tindak pidana korupsi telah diakui oleh masyarakat internasional sebagai kejahatan luar biasa sehingga penyelidikan maupun penyidikan harus luar biasa pula (*extraordinary measures*). Kata “dapat” dalam ketentuan-ketentuan itu adalah untuk menghindari *potential loss*.

SUMBER-SUMBER HUKUM MENURUT SISTEM COMMON LAW

Berbeda halnya dengan sumber-sumber hukum di negara-negara penganut sistem *civil law*, sumber-sumber hukum di negara-negara penganut sistem *common law* hanya yurisprudensi yang di Inggris disebut *judge-made law* atau di Amerika disebut *case law* dan perundang-undangan (*statute law*). Di Inggris, sebelum dituangkan ke dalam *common law*, hukum yang berlaku secara esensial merupakan



hukum kebiasaan.⁸³ Akan tetapi, Hukum Inggris bukanlah hukum kebiasaan. Hal itu disebabkan proses pembentukan *common law* melalui *judgemade law* berdasarkan atas nalar (*reason*). Di Amerika Serikat kebiasaan sama sekali bukan merupakan sumber hukum.

Di negara-negara dengan sistem *common law*, pada mulanya, yurisprudensi ditempatkan sebagai sumber hukum yang pertama. Namun saat ini tidak demikian halnya. Undang-undang sama pentingnya dengan yurisprudensi. Bahkan karena Amerika Serikat memiliki Undang-Undang Dasar, perundang-undangan menjadi sama pentingnya dengan yurisprudensi. Perlu dikemukakan di sini bahwa masing-masing negara bagian di Amerika Serikat memiliki UUD sendiri lengkap dengan perangkat penerap hukumnya sendiri termasuk Mahkamah Agung masing-masing negara bagian. Di samping itu, terdapat undang-undang federal yang menetapkan perkara apa saja yang menjadi yurisdiksi peradilan federal.

Mengenai sumber-sumber hukum ini terdapat dua perbedaan antara Inggris dan Amerika. Pertama adalah pengadilan Inggris wajib mengikuti *rules* yang dinyatakan dalam putusan hakim sebelumnya sedangkan Mahkamah Agung Amerika Serikat dan Mahkamah Agung negara-negara bagian tidak pernah mempertimbangkan untuk terikat dengan putusan-putusan yang mereka buat sendiri. Kedua, di Amerika dikenal adanya *judicial review*, yaitu pengadilan dapat menyatakan tidak sah ketentuan undang-undang yang bertentangan dengan ketentuan konstitusi; Inggris tidak mengenal hal itu karena Inggris tidak mempunyai konstitusi tertulis dan di Inggris dikenal adanya supremasi parlemen.

Suatu hal yang perlu dikemukakan di sini adalah Amerika Serikat adalah peletak dasar sistem presidensial. Oleh karena itulah berbeda dengan negara-negara Eropa termasuk Inggris yang menganut sistem pemerintahan parlementer, hak inisiatif untuk mengajukan rancangan undang-undang ada pada legislatif saja. Eksekutif tidak mempunyai kekuasaan untuk membuat undang-undang. Namun demikian, pre-

⁸³ René David dan John E. C. Brierly, *Op. cit.*, hlm. 387.



siden sebagai kepala eksekutif menandatangani pengesahan RUU itu menjadi undang-undang atau keberatan untuk menandatangani. Dalam hal demikian, RUU itu dibahas kembali di majelis yang mengajukannya disertai keberatan-keberatannya dan apabila setelah dilakukan pertimbangan-pertimbangan kembali, dua pertiga dari anggota majelis itu setuju, RUU itu lalu disertai keberatan-keberatannya diajukan ke majelis lainnya dan apabila dua per tiga dari anggota majelis ini setuju, RUU itu menjadi undang-undang. Sebagaimana di negara-negara penganut sistem *civil law* mengenal *præsumptio iuris et de iure*, di negara-negara penganut *common law* dikenal adanya *ignorance of law is no excuse* yang artinya tidak tahu hukum bukan merupakan alasan pemaaf. Implikasi dari pengertian itu sama dengan *præsumptio iuris et de iure*, yaitu setiap orang dianggap tahu tentang hukum.

Suatu hal lagi yang perlu ditambahkan dalam perbincangan mengenai sumber hukum Amerika Serikat adalah adanya publikasi yang disebut *Restatement of Law*. Publikasi itu dilakukan oleh suatu lembaga swasta, yaitu *American Law Institute* yang bertujuan untuk menghimpun secara sistematis *American Common Law*. Adanya *Restatement of Law* ini mempermudah para yuris untuk melakukan pekerjaannya.



Daftar Pustaka

- Baumer, David dan J.C. Poindexter. *Cyberlaw & E-Commewrce*. Boston: McGraw-Hill. 2002.
- Beekhuis, J.H. *et al.*, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. Zwolle: Zakenrecht, W.E.J. Tjeenk Willink. 1985.
- Bellefroid, JHP. *Inleiding totde Rechtswetenschap in Nederland*. Nederland: Dekker & Van de Vegt, Utrecht. 1952.
- Berman, Harold J. *Law and Revolution*. Massachusetts: Harvard University Press, Cambridge. 1983.
- Blakenburg, Erhard. "The Poverty of Evolutionism". *Law & Society Review*, 1984. Volume 18 Number 2.
- Bodenheimer, Edgar. *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*. Massachusetts: Harvard University Press, Cambridge. 1962.
- Brouwer, P.W. *et al.* *Recht, een Introductie*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers. 2004.
- Caenegem, R.C. van. *Judges, Legislators, and Professors*. London: Cambridge University Press. 1987.
- Chand, Hari. *Modern Jurisprudence*. Kuala Lumpur: International Law Book Services. 1994.
- Dagenkamp. *Economisch Recht*. Tjeenk-Willink. 1982.
- David, René dan John E.C. Brierley. *Major Legal Systems In the World Today*. Stevens & Sons, London. 1985.
- Dewett, K.K. *et al.* *Modern Economic Theory*. New Delhi: Shyam Lal Charitable Trust. 2005.

- Dijk, P. van *et al.* *Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*. W.E.J. Tjeenk-Willink. 1985.
- Dorsey, Dale. "A Coherence Theory of Truth", *Philosophical Studies*. Springer. 2006.
- Dworkin, R.M. *The Philosophy of Law*. Oxford University Press. 1982.
- Feeley, Malcolm M. "The Concept of Laws in Social Science: A Critique and Notes on an Expanded View", *Law & Society Review*, 1976 Summer.
- Franken, H. *InLeiden tot de Rechtswetenschap*. Belanda: Gouda, Quaint, Arnhem. 1987.
- Friedman, Lawrence. *The Legal System*. New York: Russel Sage Foundation. 1975.
- Friedman, Lawrence. *Law and Society*. New Jersey: Prentice-Hall. 1977.
- Friedman, Lawrence M. *American Law: An Introduction*. New Jersey: W.W. Norton & Company. 1984.
- Friedmann, Wolfgang. *Legal Theory*. London: Steven & Sons. 1949.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press. 1975.
- Gijssels, Jan, and Mark van Hoecke. *Wat is Rechtsteorie?* Antwerpen: Kluwer, Rechtswetenschappen. 1982.
- Halpérin, Jean-Louis. *La Code civil*. Diterjemahkan dalam bahasa Inggris oleh Tony Weir, *The French Civil Code*. New York: UCL Press. 2006.
- Hampstead, Lord Lloyd of and M.D.A. Freeman. *An Introduction to Jurisprudence*. London: English Language Book Society. 1985.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford University Press. 1986.
- Hayman, Robert L. *Jurisprudence: Contemporary Readings, Problems, and Narratives*. West Publishing Company: St. Paul Minnesota. 1994.
- James, Philip S. *Introduction to English Law*. London: English Language Book Society. 1985.
- Magee, Bryan. *Popper*. Glasgow: Collin. 1977.
- Mehren, Arthur von, dan James Russell Gordley. *The Civil Law System*.



- Boston: Little, Brown and Company. 1977.
- Moeljatno. *Asas-asas Hukum Pidana*. Jakarta: Rineka Cipta. 2002.
- Montesquieu. *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard. 1995.
- Morawetz, Thomas. *The Philosophy of Law*. Macmillan Publishing Co. 1980.
- Morrison, Wayne. *Jurisprudence: From the Greeks to post-modernism*. London: Cavendish. 1998.
- Nanga, Muana. *Makro Ekonomi*. Jakarta: RajaGrafindo Persada. 2001.
- Paton, G.W. *A Textbook of Jurisprudence*. English Language Book Society. London: Oxford University Press. 1972.
- Poerbopranoto, Koentjoro. *Sedikit tentang Sistem Pemerintahan Demokrasi*. Jakarta: Eresco. 1978.
- Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*, Little. Boston: Brown and Company. 1992.
- Pound, Roscoe. *Jurisprudence*. St. Paul Minnesota: West Publishing Company. 1959.
- Pound, Roscoe. *Law Finding Through Experience and Reason*. Three Lectures. Athens: University of Georgia Press. 1960.
- Pound, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press. 1975.
- Rahardjo, M. Dawam. *Perekonomian Indonesia*. Jakarta: LP3ES. 1987.
- Riddall, J.G. *Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press. 2005.
- Samuel, Geoffrey. *Epistemology and Method in Law*. Ashgate, Hampshire. 2003.
- Scholten, Paul, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. Zwolle: Algemeen Deel, W.E.J. Tjeenk Willink. 1974.
- Schut, G.H.A. *Onrechtmatige Daad volgens BW en NBW*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink. 1985.
- Simamora, Yohanes Sogar. *Prinsip Hukum Kontrak Bisnis dalam Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah*. Disertasi. Universitas Airlangga. 2005.



- Simon, Henk. *Publiekrecht Of Privaatrecht*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink. 1993.
- Sinha, Surya Prakash. *Jurisprudence. Legal Philosophy in A Nutshell*. St Paul Minnesota: West Publishing. 1993
- Smedinghoff (Ed.). Thomas J. *Online Law*. Massachusetts: Addison-Wesley Developers Press, Reading.
- Smitthoff, Clive. *The Concept of Economic Law in England*. Stevens & Sons. 1977.
- Solomon, Robert C. *Introducing Philosophy*. New York: Harcourt Brace Jovanovich. 1981.
- Toynbee, Arnold. *A Study of History*. London: Thames and Hudson. 1976, h. 85.
- Wilk, Kurt. *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press.
- Worthington, Sarah. *Equity*. Oxford: Oxford University Press. 2003.



Indeks

A

Aquinas 6, 9, 92-95, 98, 121-124,
131, 133, 163, 169
Aristoteles 2, 11, 19, 91, 95-96, 98,
101, 121-122, 131, 133, 229
Austin 21, 25, 34-35, 47, 56, 62, 68,
70, 142

B

Bacon 2

C

Comte 3
Corpus Iuris Civilis 13, 16-20, 75,
112, 224-225, 227-228

D

Digesta 16-18, 20, 225, 228, 238, 274
Dworkin 66-67, 127, 133-135, 153-
155, 160

F

Fuller 65-66, 72-73, 124-125, 273

H

Hart 56-62, 88, 90-91, 94-95
Hukum Privat 181-183, 187-188,
190-200, 202-205, 207-208, 214-
217, 231
Hukum Publik 181-184, 187-188,
191-197, 218

I

Iustinianus 13-17, 19-21, 223, 225,
227, 244, 282
Iustinianus *Corpus Iuris Civilis* 223

J

Jurisprudence 3, 9-10, 21, 25, 29-30,
32, 35, 42, 119, 135, 281

K

Kelsen 35, 63, 68

L

Locke 12, 47, 99, 102-104, 110, 112,
146, 148, 159, 166

M

Mill 3, 4

Montesquieu 99, 185-186, 267, 282-283

O

Opinio necessitatis 53, 56, 80, 268, 272-273, 277

P

Preseden 138, 237, 244, 252-254, 281-282

R

Ratio decidendi 253

S

Savigny 51, 113, 290

Stare decisis 138, 243, 251-253

Subjek hukum 176, 205-206, 209-212, 214-216

U

Ulpianus 79, 133, 140, 181

pustaka-indo.blogspot.com



Tentang Penulis

Peter Mahmud Marzuki, lahir pada 28 April 1949. Ia memperoleh gelar Sarjana Hukum jurusan Tata Negara dari Fakultas Hukum Universitas Airlangga pada tahun 1977. Pada tahun 1982 ia memperoleh Magister Sains (M.S.) di bidang Hukum Administrasi dari Universitas Airlangga. Selanjutnya ia berangkat ke Amerika Serikat untuk mengikuti Summer Program di the University of Texas, Austin, Texas, Amerika Serikat. Akhir tahun 1986 ia berhasil menggondol gelar Master of Laws (LL.M.) dari Washington College of Law, American University, Washington, DC., Amerika Serikat dengan konsentrasi International Business Transactions. Pada saat kuliah di Washington College of Law inilah ia mengikuti mata kuliah *Legal Research* dan menjumpai bahwa *Legal Research* memang berbeda dengan penelitian-penelitian yang selama ini diajarkan di Indonesia. Ketika ia menjadi *Sandwich Fellow* dalam rangka mempersiapkan disertasinya di Belanda ia pun berdiskusi dengan para begeleiders di University Leiden, Belanda dan ia mengetahui bahwa di Belanda pun *Rechtsonderzoek* atau dalam bahasa Inggris *Legal Research* (Penelitian Hukum) bukan merupakan penelitian sosial dan merupakan penelitian tersendiri. Pada tahun 1993 Peter Mahmud Marzuki memperoleh gelar Doktor di bidang Ilmu Hukum dari Universitas Airlangga. Sejak tahun 1993 sampai dengan 1997 ia menjadi Advisor Law Development pada Economics Law and Improved Procurement System (ELIPS) Project pada Kantor Menteri Ekonomi dan Pengawasan Pembangunan dengan dana dari USAID.

Peter Mahmud Marzuki mulai mengajar di Fakultas Hukum Universitas Airlangga 1974 ketika masih berstatus sebagai mahasiswa. Pada

tahun 1975, di bawah supervisi Prof. Mr. Koentjoro Poerbopranoto telah menerjemahkan tulisan bahasa Belanda Crinice le Roy berjudul *De Vierde Macht* yang digunakan sebagai bahan Penataran Dosen Hukum Tata Negara se-Indonesia.

Sejak Tahun 1987 di samping menjadi Dosen di Fakultas Hukum Unair, ia juga mengajar di Program Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Airlangga (UA). Sejak 1993 ia juga menjadi Dosen Luar Biasa pada Program Pascasarjana Universitas Surabaya. Setelah berhenti dari tugasnya sebagai Advisor di ELIPS Project, sejak tahun 1997 sampai sekarang ia menjadi Dosen Luar Biasa pada Program Pascasarjana Ilmu Hukum di Universitas Sam Ratulangi, Manado, dan Universitas Diponegoro, Semarang. Sejak tahun 2009 Ia juga menjadi Dosen Luar Biasa pada Universitas Pelita Harapan Surabaya. Ia juga mengajar di Universitas Pattimura, Ambon.

Sejak 1 Juli 2005 Peter Mahmud Marzuki menjadi Guru Besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga.

