

**KAPITA SELEKTA
TEORI HUKUM**

UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA NOMOR 28 TAHUN 2014
TENTANG
HAK CIPTA
Lingkup Hak Cipta

Pasal 1 Ayat 1 :

1. Hak Cipta adalah hak eksklusif pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Ketentuan Pidana:

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 Rp500.000.000,00 (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 Rp1.000.000.000,00 (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 Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

Pasal 114

Setiap Orang yang mengelola tempat perdagangan dalam segala bentuknya yang dengan sengaja dan mengetahui membiarkan penjualan dan/atau pengandaan barang hasil pelanggaran Hak Cipta dan/atau Hak Terkait di tempat perdagangan yang dikelolanya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10, dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah).

Muhammad Arif Setiawan
Mahrus Ali

KAPITA SELEKTA TEORI HUKUM

Diterbitkan Oleh



Kapita Selekta Teori Hukum

Penulis : Muhammad Arif Setiawan
Mahrus Ali
Penyelaras Aksara : Toman Sony Tambunan
Tata Letak : Riza Ardyanto
Desain Cover : Bintang W Putra

Penerbit:

CV. Bintang Semesta Media

Anggota IKAPI Nomor 147/DIY/2021

Jl. Karang Sari, Gang Nakula, RT 005, RW 031,

Sendangtirto, Berbah, Sleman, Yogyakarta 57773

Telp: 4358369. Hp: 085865342317

Facebook: Penerbit Bintang Madani

Instagram: @bintangpustaka

Website: www.bintangpustaka.com

Email: bintangsemestamedia@gmail.com

redaksibintangpustaka@gmail.com

Cetakan Pertama, Desember 2021

Bintang Semesta Media Yogyakarta

x + 79 hal : 15.5 x 23 cm

ISBN : 978-623-98248-2-2

Dicetak Oleh:

Percetakan Bintang 085865342319

Hak cipta dilindungi undang-undang

All right reserved

Isi di luar tanggung jawab percetakan

PRAKATA

Buku ini menyetengahkan beberapa isu terpilih (*selected issues*) pemikiran hukum yang dicetuskan oleh para pemikir pemikir-pemikiran kenamaan. Bab 1 buku ini mengurai pemikiran hukum mazhab sejarah yang digagas oleh Savigny bahwa hukum itu tidak dibuat, melainkan ditemukan dalam kesadaran hukum bangsa (*volkgeist*). Pemikiran Savigny ini dikembangkan oleh muridnya, Puchta bahwa keyakinan hukum dalam jiwa bangsa ini harus disahkan melalui kehendak umum masyarakat yang terorganisasi dalam Negara dalam bentuk pembentukan undang-undang. Mazhab ini semakin mengalami improvisasi melalui pemikiran Maine bahwa masyarakat itu terbagi ke dalam masyarakat statis dan masyarakat progresif. Pemikiran von Savigny tentang hukum sebagai jiwa bangsa (*volksgeist*) memiliki keterkaitan dengan Pancasila yang ditempatkan sebagai fondasi/ide dasar/cita hukum dalam sistem hukum Indonesia. Pancasila adalah *volksgeist* ala Indonesia dengan kelima nilai ketuhanan, nilai kemanusiaan, nilai persatuan, nilai kemasyarakatan, dan nilai keadilan yang terkandung di dalamnya. Nilai-nilai ini harus diinternalisasi dalam setiap pembentukan peraturan perundang-undangan. Pembangunan sistem hukum nasional juga harus menempatkan hukum tertulis dan hukum tidak tertulis dalam kedudukan yang sejajar.

Bab 2 menganalisis teori positivisme hukum yang dicetuskan oleh John Austin, Hans Kelsen, dan H.L.A. Hart. Austin adalah ahli hukum pertama yang mencetuskan pemikiran positivisme hukum, yaitu bahwa hukum adalah perintah dari penguasa yang berdaulat. Apa yang disebutnya sebagai hukum positif adalah manifestasi dari hukum yang dibentuk oleh penguasa yang berdaulat yang perintah-perintahnya dipatuhi oleh orang lain dan ia sendiri tidak tunduk kepada siapapun. Ketidakpatuhan terhadapnya menimbulkan sanksi atau hukuman. Pemikiran Austin yang menitikberatkan pada sanksi atau hukuman atas ketidakpatuhan terhadap perintah penguasa berdaulat dikritik oleh Kelsen, yaitu bahwa hukuman sebagai esensi hukum sebenarnya mereduksi makna hukum sebagai bidang hukum pidana saja. Kelsen kemudian memperkenalkan hukum sebagai sistem norma yang diatur secara hierarki. Validitas suatu norma bergantung kepada norma hukum yang valid serta memiliki kedudukan yang lebih tinggi sampai pada norma dasar (*grundnorm*) yang berfungsi sebagai sumber keharusan dalam bidang hukum. Kelsen juga menyatakan bahwa hukum harus dilihat dari dimensi bentuk dan bukan isi, serta tidak membicarakan hal-hal faktual (*Sein*). Hukum harus dilihat dari segi normatifnya, sehingga hal-hal di luar hukum seperti pertimbangan politik, psikologis, dan moral harus dikeluarkan dari hukum.

Pemikiran Austin dan Kelsen kemudian dikritik oleh Hart yang menurutnya hanya menekankan pada aspek eksternal hukum. Padahal, orang mematuhi hukum tidak hanya karena takut kepada sanksi melainkan karena memiliki kewajiban untuk mematuminya. Dengan kata lain, ada perbedaan esensial antara 'diwajibkan' dengan 'memiliki kewajiban'. Hal yang terakhir inilah yang disebut Hart sebagai aspek internal hukum. Hart kemudian mengusulkan bahwa hukum sebagai sistem peraturan primer dan peraturan sekunder yang meliputi peraturan pengenalan, peraturan perubahan, dan peraturan adjudikasi. Titik penekanan Hart pada peraturan sekunder

agar hukum mendatangkan kepastian, adaptif dan efektif dalam menyelesaikan sengketa atau konflik yang terjadi.

Bab 3 dalam buku ini memaparkan teori hukum Ronald Dworkin dan Lon L. Fuller. Dworkin mengkritik pemikiran teori positivism hukum yang tidak mampu mengakui standar lain selain hukum. Dalam situasi di mana tidak ada hukum tertentu yang dapat diterapkan terhadap situasi tertentu, dimana Dworkin menyebutnya dengan istilah kasus sulit, hakim kemudian diperbolehkan untuk menggunakan diskresi agar putusan bisa dijatuhkan. Dalam konteks inilah, para ahli hukum harus beralih dari peraturan ke prinsip. Sementara itu, Fuller menyatakan bahwa hukum sebagai institusi yang tidak bisa dipisahkan dari moral. Hukum selalu mengandung prinsip-prinsip nilai moral. Fuller melalui penyebutan 'inti moralitas hukum' (*inner morality of law*). Fuller kemudian mencetuskan delapan prinsip moralitas prosedural dalam setiap pembuatan hukum

Bab 4 dalam buku ini menganalisis konsekuensi metodologi pada setiap aliran yang berkembang dalam teori hukum. Setiap aliran hukum yang berkembang memiliki pemikiran yang berbeda satu dengan lain yang berimplikasi pada perbedaan metodologisnya sebagai implikasi dari perbedaan ontologi maupun epistemologi.

Akhirnya, dengan kelebihan dan kelemahan buku ini, penulis berharap bahwa buku ini bisa bermanfaat bagi para pembaca dan ilmu pengetahuan. Kepada penerbit Bintang Pustaka, penulis mengucapkan terima kasih karena telah berkenan untuk menerbitkan buku ini. Kepada kolega dosen di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, penulis mengucapkan terima kasih atas diskusi, kerjasama, dan kebersamaannya selama ini.

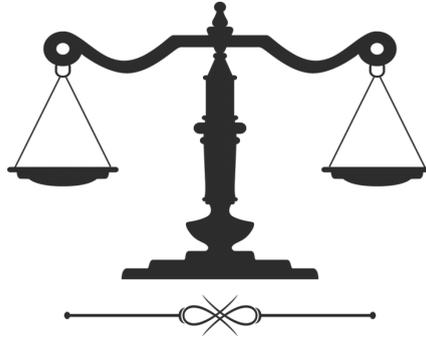
Yogyakarta, 6 September 2021

Muhammad Arif Setiawan dan Mahrus Ali

DAFTAR ISI

PRAKATA-----	v
DAFTAR ISI-----	viii
BAB I DARI HUKUM SEBAGAI JIWA BANGSA KE MASYARAKAT PROGRESIF -----	1
A. Pendahuluan-----	1
B. Latar Belakang Kemunculan Mazhab Sejarah-----	2
C. Pemikiran Mazhab Sejarah; Dari Hukum sebagai Jiwa Rakyat (<i>volkgeist</i>) ke Masyarakat Progresif-----	5
D. Ontologi, Epistemologi, dan Aksiologi Mazhab Sejarah-----	9
E. Kritik terhadap Pemikiran Hukum Mazhab Sejarah-----	11
F. Relevansi Pemikiran Hukum Mazhab Sejarah terhadap Pembangunan Sistem Hukum Nasional-----	14
G. Penutup -----	18
BAB II TEORI POSITIVISME HUKUM JOHN AUSTIN, HANS KELSEN, DAN H.L.A. HART -----	21
A. Pendahuluan-----	21
B. Latar Belakang Kelahiran dan Tesis Positivisme Hukum -----	22
C. Austin : Hukum sebagai Perintah Penguasa -----	29

D. Kelsen :Hukum sebagai Sistem Norma-----	32
E. Hart : Hukum sebagai Sistem Peraturan -----	35
F. Penutup -----	41
BAB III TEORI HUKUM RONALD DWORKIN DAN	
LON L. FULLER -----	43
A. Pemikiran Hukum Ronald Dworkin-----	44
B. Pemikiran Hukum Lon L. Fuller -----	50
BAB IV KONSEKUENSI METODOLOGI -----	
ALIRAN-ALIRAN PEMIKIRAN HUKUM -----	
A. Pendahuluan -----	54
B. Moralitas dan Normatifitas dalam Teori Hukum Alam-----	55
C. Pemisahan Hukum dan Moral serta Kesatuan Hukum dan Fakta dalam Positivisme Empiris -----	57
D. Pemisahan Hukum dan Moral serta Normatifitas dalam Teori Hukum Murni -----	59
E. Moralitas dan Kesatuan Hukum dan Fakta dalam Pemikiran Mazhab Sejarah -----	62
F. Pemisahaan Hukum dan Moral serta Kesatuan Hukum dan Fakta dalam <i>American Sociological Jurisprudence</i> -----	64
G. Pemisahaan Hukum dan Moral serta Kesatuan Hukum dan Fakta dalam Utilitarisnisme -----	66
H. Penutup -----	68
INDEKS-----	71
DAFTAR PUSTAKA-----	73
TENTANG PENULIS-----	79



BAB I

DARI HUKUM SEBAGAI JIWA BANGSA KE MASYARAKAT PROGRESIF

A. Pendahuluan

Perkembangan pemikiran tentang apa hukum itu telah menghasilkan berbagai aliran-aliran filsafat hukum seperti aliran hukum alam, positivisme hukum, realisme hukum, utilitarianisme, *sociological jurisprudence*, dan mazhab sejarah. Setiap aliran hukum ini memiliki konsep yang berbeda dalam memaknai hukum, seperti hukum dikonsepsikan sebagai keadilan dan kebenaran, hukum sebagai undang-undang, dan hukum sebagai putusan pengadilan. Di samping lahir sebagai hasil interaksi dengan lingkungannya, ia juga sebenarnya merupakan respon atau kritik terhadap kelemahan-kelemahan aliran-aliran hukum sebelumnya.

Dari aspek ontologi, epistemologi, dan aksiologi sebagai tiga landasan penting ilmu pengetahuan, tiap-tiap aliran dalam ilmu hukum itu tentunya memiliki tiga landasan ilmu pengetahuan yang berbeda yang tidak dapat dengan mudah ditukar satu sama lain. Bila ada kesamaan, itu pasti tidak mencakup semua landasan keilmuan dan sudut pandang yang digunakan berbeda. Dalam konteks inilah, penting untuk mengetahui bagaimana pemikiran hukum yang

dibangun dan dikembangkan oleh aliran-aliran tersebut sehingga diketahui secara komprehensif inti dari aliran itu dan relevansinya dengan pembangunan sistem hukum.

Berdasarkan uraian di atas, tulisan ini secara khusus mengurai pemikiran hukum mazhab sejarah dengan menitikberatkan kepada empat hal. *Pertama*, perkembangan pemikiran hukum mazhab yang dicetuskan oleh para pemikir hukum. *Kedua*, landasan ontologi, epistemologi, dan aksiologi mazhab sejarah. *Ketiga*, kritik-kritik yang ditujukan kepada kelemahan-kelemahan mazhab sejarah. *Keempat*, relevansi pemikiran mazhab sejarah terhadap pembangunan sistem hukum nasional.

B. Latar Belakang Kemunculan Mazhab Sejarah

Kemunculan mazhab sejarah yang dipelopori oleh Friedrich Karl von Savigny dan dikembangkan oleh muridnya, Puchta, pada dasarnya sebagai reaksi dan kritik terhadap aliran hukum alam (*natural law*) dan positivisme hukum (*legal positivisme*). Mazhab sejarah mengkritik tesis dan asumsi dasar hukum alam yang memandang hukum berlaku abadi, yang norma-normanya berasal dari Tuhan, dari alam semesta dan dari akal budi manusia, serta berlaku kekal dan abadi¹ Di mana hal ini dianggap sangat abstrak, apriori, dan tidak berdasarkan pada suatu sumber kebiasaan dan kesadaran umum masyarakat. Sedangkan positivisme hukum menganggap bahwa hukum sebagai suatu perintah penguasa berdaulat, sebagai sistem norma yang harus dibebaskan dan tidak ada hubungan dengan moralitas dan kesadaran hukum masyarakat,² juga dikritik karena

1 Otje Salman S, *Filsafat Hukum (Perkembangan dan Dinamika Masalah)*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hlm 40

2 Jeremy Bentham, *an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Botoche Books, Kihthener, 2000, hlm 27-28; John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, hlm 22-24. Menurut Austin, terdapat empat unsur perintah, yaitu kehendak, sanksi, ekspresi kehendak, dan generalitas. Keempat unsur tersebut ditambah dengan unsur yang kelima yang disebut pemimpin politik yang superior dan bisa diidentifikasi (penguasa yang berdaulata) yang perintah-perintahnya akan dipatuhi oleh bawahan-bawahan politiknya yang

meniadakan jiwa hukum rakyat yang merupakan elemen terpenting hukum.

Kehadiran mazhab ini juga tidak terlepas dari pemikiran Montesquieu dan pengaruh paham nasionalisme yang mulai muncul di awal abad ke-19. Montesquieu dalam bukunya "*L' esprit de Lois*" mengemukakan tentang adanya hubungan antara jiwa suatu bangsa dengan hukumnya.³ Terkait dengan hal ini, W. Friedman menyatakan bahwa gagasan yang sangat penting dari buku *L' esprit des Lois* merupakan tesis bahwa walaupun hukum secara samar didasarkan atas beberapa prinsip hukum alam, tapi eksistensinya mesti dipengaruhi oleh lingkungan dan keadaan seperti iklim, tanah, agama, adat-kebiasaan, dan perdagangan.⁴

Apa yang dikemukakan oleh W. Friedman itu menunjukkan bahwa pada dasarnya sistem hukum positif suatu negara berbeda-beda karena dipengaruhi oleh perbedaan faktor pembentuknya antara lain perilaku atau karakter masyarakat, kondisi sosial budaya, iklim ekonomi, dan sebagainya. Keseluruhan hubungan ini membentuk jiwa undang-undang yakni landasan bagi adanya hukum. Sistem hukum juga merupakan hasil dari kompleksitas berbagai faktor empiris dalam kehidupan masyarakat. Adanya perbedaan perangkat hukum, struktur sosial, dan struktur politik suatu negara disebabkan oleh faktor fisik dan faktor moral sebagai faktor pembentuk karakter atau perilaku masyarakat.

Pengaruh paham nasionalisme yang mulai muncul di awal abad ke-19 juga mengilhami kehadiran mazhab ini. Pada permulaan abad kesembilanbelas, suasana bidang hukum di Jerman adalah

inferior dan juga tidak harus patuh kepada siapapun. Baca bab 2 buku Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2006 khususnya tentang *legal positivism*. R.M.W Dias, *Jurisprudence*, Edisi Kelima, Butterworths, London, 1985, hlm 358

3 Lili Rasjidi dan Ira Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Cetk, Ketujuh, Citra Aditya Bakti, 2001, hlm 64-65

4 W. Friedman, *Teori & Filsafat Hukum Telaah Kritis atas Teori-teori Hukum (Susunan I)*, Diterjemahkan Muhammad Arifin, Cetakan Kedua, Penerbit PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1993, hlm 86

membingungkan disebabkan oleh adanya berbagai variasi lokal yang tidak terhitung jumlahnya. Hukum Romawi berfungsi sebagai hukum yang berlaku umum yang diubah-ubah oleh hukum gereja, keputusan-keputusan raja, dan hukum kebiasaan. Dalam suasana demikian itu, pada tahun 1914, Thibaut mengusulkan suatu perundang-undangan sesuai dengan garis-garis *Code Napoleon*.⁵ Usul Thibaut, ahli hukum perdata Jerman, ini oleh Savigny dirasakan tidak selaras dengan semangat nasionalisme Jerman yang pada waktu itu sedang menggelora. Eforia nasionalisme yang cenderung *chauvinistic* tersebut mustahil dapat menerima upaya pembentukan hukum yang berasal dari jiwa bangsa lain (dalam hal ini Perancis yang meninggalkan Jerman).

Dalam suasana demikian, Savigny mendapatkan momentum untuk menanam dan menyemaikan ajarannya yang mengatakan bahwa 'hukum itu tumbuh dan berkembang bersama masyarakat. Oleh karena setiap bangsa memiliki "*volgeist*" (jiwa rakyat) yang berbeda, maka hukum suatu negara tidak dapat diterapkan bagi negara lain, meskipun negara lain itu adalah bekas penjajahnya. Tidak masuk akal jika terdapat hukum yang berlaku universal pada semua waktu. Hukum yang sangat tergantung atau bersumber kepada jiwa rakyat tersebut dan yang menjadi isi dari hukum itu ditentukan oleh pergaulan hidup manusia dari masa ke masa (sejarah).

Savigny kemudian menulis buku berjudul "*Von Beruf Unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*" (tentang tugas pada zaman kita bagi pembentuk undang-undang dan ilmu hukum). Buku ini segera mendapatkan perhatian yang luas dan ditandai dengan munculnya suatu ilmu hukum yang baru. Pengaruh buku ini adalah demikian besar sehingga gerakan ke arah kodifikasi praktis terhenti, dan baru tahun 1900 Jerman mendapatkan kitab undang-undangnya dalam wujud *Burgerliches Gesetzbuch*.⁶

5 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Cetk. Kedelapan, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2014, hlm 315

6 *Ibid*

C. Pemikiran Mazhab Sejarah; Dari Hukum sebagai Jiwa Rakyat (*volkgeist*) ke Masyarakat Progresif

Dalam ajaran yang dikembangkan oleh Savigny, dikatakan bahwa di dunia ini terdapat berbagai bangsa yang dimana setiap bangsa tersebut mempunyai suatu jiwa rakyat (*volgeist*). Jiwa ini berbeda-beda, baik menurut waktu maupun menurut tempat. Pencerminan dari adanya jiwa yang berbeda ini tampak pada kebudayaan dari bangsa yang berbeda-beda. Ekspresi tersebut tampak juga pada hukum yang sudah pasti memiliki perbedaan pada setiap waktu dan tempat. Oleh karena itu, tidak masuk akal jika hukum itu berlaku secara universal pada semua waktu. Hukum sangat bergantung atau bersumber pada jiwa rakyat dan yang menjadi isi dari hukum itu ditentukan oleh pergaulan hidup manusia dari masa ke masa.⁷

Edgar Bodenheimer dengan mengutip pemikiran Savigny mengatakan bahwa:⁸

The law was not something that should be made arbitrarily and deliberately by a lawmaker. Law was a product of "internal, silently-operating forces". It was deeply rooted in the past of a nation, and its true sources were popular faith, custom, and "the common consciousness of the people". Like the language, the constitution, and the character of a nation, by "its national spirit" (volksgeist).

Jadi, hukum itu harus bersumber dari kebiasaan dan kesadaran umum masyarakat. Aturan hukum yang dibuat dan diterapkan hendaknya merupakan bagian dari jiwa hukum rakyat. Karena hanya dengan inilah, aturan itu bisa diterapkan dan berfungsi dengan baik di masyarakat. Hukum tumbuh dan berkembang sejalan dengan perkembangan rakyat, dan akan selesai dengan berakhirnya suatu bangsa.⁹

7 Zainudin Ali, *Filsafat Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, hlm 60

8 Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence The Philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press, USA, 1978, hlm 71

9 *Ibid.*, hlm 72

Menurut Savigny, terdapat hubungan organik antara hukum dengan watak atau karakter suatu bangsa. Hukum hanyalah cerminan dari *volkgeist*. Oleh karena itu, 'hukum adat' yang tumbuh dan berkembang dalam rahim *volkgeist*, harus dipandang sebagai hukum kehidupan yang sejati. Hukum sejati itu tidak dibuat, melainkan ditemukan. Legislasi hanya penting selama ia memiliki sifat deklaratif terhadap hukum sejati itu. Tugas penting di bidang hukum bukan sibuk membuat peraturan ini dan itu. sebaliknya, yang perlu digiatkan adalah menggali mutiara nilai hukum dalam kandungan kehidupan rakyat. Demikian juga persoalan utama dalam pengelolaan hukum, yang tidak diarahkan pada pembentukan asas dan doktrin hukum secara artifisial, melainkan pada penemuan asas dan doktrin dalam nilai-nilai yang hidup. Untuk memahami dan menemukan nilai-nilai ini adalah dengan menyelami inti jiwa dari rakyat. Jiwa rakyat ini bukanlah sesuatu yang statis. Ia merupakan mozaik yang terkonstruksi dari proses sejarah, dan akan terus berproses secara historis.¹⁰ Savigny juga mengemukakan bahwa hukum berkembang dari suatu masyarakat yang sederhana dimana gambarannya dapat terlihat dari tingkah laku semua individu kepada masyarakat yang modern dan kompleks, di mana kesadaran hukum rakyat itu tampak pada yang diucapkan oleh para ahli hukumnya.¹¹

Berdasarkan uraian mengenai pemikiran Von Savigny di atas, lebih lanjut W. Friedman merangkum pokok-pokok ajaran mazhab sejarah sebagai berikut:¹²

1. Hukum tidak dibuat, tetapi ditemukan. Pertumbuhan hukum pada dasarnya adalah proses yang tidak disadari dan organis. Oleh karena itu, adat merupakan kebiasaan yang lebih penting dibandingkan perundang-undangan;

10 Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, dan Markus Y. Hage, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 103-104

11 Lili Rasjidi dan Ira Rasjidi, *op.cit.*, hlm 65

12 W. Friedman, *Teori & Filsafat Hukum Idealisme Filosofis & Problema Keadilan (Susunan II)*, Diterjemahkan Muhammad Arifin, Cetk Kedua. Penerbit PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1994, hlm 61-62

2. Karena hukum berkembang dari hubungan-hubungan hukum yang mudah dipahami dalam masyarakat primitif ke hukum yang lebih kompleks dalam peradaban modern, maka kesadaran umum tidak dapat lebih lama lagi menonjolkan dirinya secara langsung, tetapi disajikan oleh para ahli hukum yang merumuskan prinsip-prinsip hukum secara teknis. Tetapi ahli hukum tetap merupakan suatu organ dari kesadaran umum terikat pada tugas untuk memberi bentuk pada apa yang ia temukan sebagai landasan dasar. Perundang-undangan menyusul pada tingkat akhir karena ahli hukum sebagai pembuat undang-undang relatif lebih penting daripada pembuat undang-undang;
3. Undang-undang tidak dapat berlaku atau diterapkan secara universal. Setiap masyarakat mengembangkan kebiasaannya sendiri karena memiliki bahasa, adat-istiadat dan konstitusi yang khas. Bahasa dan hukum adalah sejajar, serta tidak dapat diterapkan pada masyarakat lain dan daerah-daerah lain. *Volkgeist* dapat dilihat dalam hukumnya oleh karena itu sangat penting untuk mengikuti evolusi *volkgeist* melalui penelitian hukum sepanjang sejarah.

Pokok-pokok ajaran mazhab sejarah Van Savigny dapat dilihat pada tabel di bawah ini.

Pemikiran Hukum Mazhab Sejarah von Savigny

No	Mazhab Sejarah	Ajaran
1	Terjadinya	Hukum tidak dibuat tapi ditemukan dalam kesadaran hukum bangsa
2	Hakikat	Kesadaran hukum bukan pertimbangan rasional, melainkan aktualisasi dari faktor budaya
3	Penemu	Ahli hukum merupakan tokoh sentral dalam menformulasikan kesadaran hukum yang tidak selamanya tampak secara konkrit
4	Wilayah berlaku	Undang-undang (hukum) tidak dapat berlaku secara universal

Dalam perkembangannya, pemikiran Savigny itu kemudian dikembangkan oleh salah seorang muridnya bernama Puchta. Hukum menurutnya dapat berbentuk langsung berupa adat istiadat, melalui undang-undang, dan melalui ilmu hukum dalam bentuk karya para ahli hukum. Keyakinan hukum yang hidup dalam jiwa bangsa harus disahkan melalui kehendak umum masyarakat yang terorganisasi dalam negara. Negara mengesahkan hukum itu dengan membentuk undang-undang. Puchta sendiri mengutamakan pembentukan hukum dalam negara sedemikian rupa, sehingga pada akhirnya tidak ada tempat lagi bagi sumber-sumber hukum lainnya, yakni praktik hukum adat istiadat bangsa dan pengolahan ilmiah hukum oleh ahli-ahli hukum. Adat istiadat bangsa hanya berlaku sebagai hukum sesudah disahkan oleh negara. Sama halnya dengan pengolahan hukum oleh kaum yuris, dimana pemikiran-pemikiran mereka tentang hukum memerlukan pengesahan negara supaya berlaku sebagai hukum.¹³

Ajaran mazhab sejarah ini mengalami improvisasi di tangan pengikutnya sendiri yakni Sir Henry Maine (1822-1888) yang dalam bukunya "*Ancient Society*" menyampaikan teorinya bahwa hukum berkembang dari bentuk status ke kontrak, sejalan dengan perkembangan masyarakat dari sederhana (statis) ke masyarakat kompleks dan modern (progresif). Pada masyarakat modern hubungan antara para anggota masyarakat dilakukan atas dasar sistem hak dan kewajiban yang tertuang dalam bentuk suatu kontrak yang dibuat secara sadar dan sukarela oleh pihak-pihak yang berkenaan.¹⁴

Maine mengatakan tentang adanya masyarakat-masyarakat yang 'statis' dan 'progresif'. Masyarakat yang progresif adalah yang mampu mengembangkan hukum melalui tiga tahap, yaitu *fiksi*, *equity*, dan perundang-undangan. Menurut Maine, perubahan-

13 Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995, hlm 108

14 Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum - Apakah Hukum itu ?*, Cetk Kelima, Penerbit PT. Remaja Rosdakarya, Bandung, 1991, hlm 48

perubahan masyarakat tidak selalu menuju kepada yang lebih baik. Berbeda dengan Savigny, ia menyukai perundang-undangan dan kodifikasi. Maine juga tidak menerima konsep *volksgeist* Savigny yang terselubung mistik itu. Maine masih mengembangkan suatu tesis yang kemudian sering dikutip, yaitu dalam perjalanan masyarakat menjadi progresif, dimana terlihat adanya perkembangan dari suatu situasi yang ditentukan oleh "status" kepada penggunaan "kontrak".¹⁵

D. Ontologi, Epistemologi, dan Aksiologi Mazhab Sejarah

Dengan memahami pokok-pokok ajaran mazhab di atas, maka akan diketahui landasan ontologi, epistemologi, dan aksiologi mazhab ini. Aspek ontologi antara lain mempersoalkan apa yang merupakan hakikat dari realitas. Aneka jawaban yang diberikan terhadap berbagai pertanyaan tentang hakikat realitas ini menghasilkan sejumlah pendekatan. Ada yang melihat inti realitas sebagai materi, sementara yang lain melihatnya sebagai ide (gagasan). Pandangan monistis yang hanya memilih salah satu dari alternatif di atas, ditentang oleh aliran dualisme yang menegaskan bahwa hakikat realitas justru keduanya sekaligus.¹⁶

Epistemologi adalah pilar kedua ilmu pengetahuan setelah ontologi yang mempersoalkan tentang hakikat sumber pengetahuan dan kebenaran pengetahuan. Sedangkan aksiologi mempelajari nilai yang hendak dituju dari suatu ilmu. Dengan kata lain, pertanyaan mendasar mengenai aspek aksiologi suatu ilmu adalah untuk apa ilmu pengetahuan itu dibangun dan dikembangkan? Dalam konteks hukum, aksiologi terkait tujuan atau nilai-nilai tertentu yang hendak dituju dari suatu hukum, seperti tujuan hukum adalah untuk mencapai kepastian hukum, kemanfaatan hukum atau keadilan hukum.

15 Satjipto Rahardjo, *op.cit.*, hlm 317-318

16 Sidharta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaan*, CV. Utomo, Bandung, 2006, hlm 71

Dalam kaitannya dengan mazhab sejarah, untuk mengetahui ontologi mazhab ini adalah mengalisis konsepsi hukum oleh Von Savigny, yaitu bahwa hukum tidak dibuat melainkan tumbuh bersama dengan masyarakat. Dari konsepsi ini, maka ontologi dari mazhab sejarah menekankan bahwa hukum adalah pola-pola perilaku sosial yang terlembagakan. Proses institusionalisasi dari perilaku sosial ini sangat bergantung pada aspek-aspek seperti efektifitas menanam, kekuatan menentang dari masyarakat, dan kecepatan menanam.¹⁷

Pola-pola perilaku yang terlembagakan ini akan mengendalikan secara normatif perilaku individu dan kelompok masyarakat, sesuai dengan asas yang menegaskan bahwa fakta yang berulang-ulang terjadi akan mengikat secara normatif. Diasumsikan bahwa pola-pola tersebut telah mengalami penyatuan (internalisasi), sehingga tingkat *efficacy*-nya tidak perlu dipersoalkan sama sekali karena sudah hadir dengan sendirinya.¹⁸

Dari aspek epistemologi, dimana mazhab sejarah menggunakan dua pendekatan sekaligus, yaitu silogisme doktrinal-deduktif dan non doktrinal-induktif. Hal ini sebagai dampak dari pandangan bahwa hukum merupakan jiwa bangsa atau rakyat. Jiwa ini tidak pernah padam, melainkan terus dijaga dan dipelihara melalui elemen politik (*das politische element*) dan elemen teknis (*das technische element*). Mazhab ini juga meyakini bahwa hukum tidak perlu dibuat karena ia tumbuh dan berkembang mengikuti masyarakat. Organisme hukum yang hidup ini mengejawantah dalam perilaku-perilaku sosial dalam skala makro. Oleh karena itu, mazhab ini mutlak membutuhkan data lapangan dengan mengamati praktik-praktik hukum masyarakat dari waktu ke waktu. Perilaku masyarakat yang diamati tersebut berulang lingkup partikular, tidak universal sebagaimana dikonsepsikan aliran hukum kodrat.¹⁹

17 *Ibid.*, hlm 257

18 *Ibid*

19 Sidharta, "Pemetaan Aliran-aliran Pemikiran Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya Suatu

Ditinjau dari aspek aksiologinya, mazhab sejarah menggabungkan sekaligus antara nilai kemanfaatan dan nilai keadilan. Kedua tujuan hukum dalam aspek aksiologi ini berada pada tataran yang sama primernya, sehingga pengupayaannya pun dilakukan secara simultan. Pola perilaku sosial yang beragam kebiasaan sehingga jelas didominasi oleh pertimbangan-pertimbangan pragmatis atau kemanfaatan. Sebaliknya, *volksgeist* sebagai abstraksi nilai-nilai yang diyakini telah mengalami proses internalisasi itu, mengejawantahkan tujuan keadilan. Tujuan keadilan ini diperintahkan oleh kesusilaan yang mutlak.²⁰

E. Kritik terhadap Pemikiran Hukum Mazhab Sejarah

Terhadap pokok-pokok ajaran dan ontologi, epistemologi, serta aksiologi mazhab sejarah tersebut, beberapa kritik ditujukan terhadap mazhab ini. Paling tidak ada beberapa hal yang merupakan kelemahan mazhab ini sehingga di negara Jerman sendiri sebagai tempat kelahirannya dan di negara-negara lain penganut sistem *civil law*, pemikiran-pemikiran Von Savigny tidak banyak diikuti. *Pertama*, penolakan mazhab ini terhadap hukum tertulis (perundang-undangan) hanya cocok diterapkan pada masyarakat yang masih sederhana, di mana ikatan-ikatan sosial masih didasarkan pada nilai kepercayaan, dan konflik-konflik sosial masih dalam bentuk yang sederhana. Memang benar bahwa hukum tertulis bukanlah satu-satunya sarana yang dapat digunakan dalam mengatur perilaku, tetapi menolak keberadaannya juga tidak bijak karena masyarakat sudah semakin kompleks dan global, sehingga tatanan sosial dan konflik yang terjadi tidak dapat diatur hanya dengan kesadaran hukum rakyat.

Pengantar ke Arah Pemahaman Penelitian Hukum Normatif”, makalah disampaikan pada *Seminar Nasional Metodologi Penelitian dalam Ilmu Hukum*, Bagian Hukum dan Masyarakat Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 16 Desember 2010, hlm 9-10

20 Sidharta, *Karakteristik...op.cit.*, hlm 259 dan 263

Bagi masyarakat modern dengan kompleksitas permasalahannya, sangat tidak mungkin pengaturan tertib sosial hanya mengandalkan aturan tidak tertulis, apalagi dalam jumlah yang banyak. Jika masyarakat modern (yang jumlahnya tidak sedikit) menggunakan aturan tidak tertulis dalam mengatur kebutuhan dan kepentingan dalam aturan pergaulannya pada masyarakat, maka dapat dibayangkan akan tercipta suatu ketidakpastian hukum.

Kedua, sebagai dampak dari yang pertama yang hanya mengakui hukum tidak tertulis berbasis kesadaran hukum rakyat, mazhab sejarah mendelegasikan kewenangan untuk mencari dan menemukan jiwa hukum rakyat ini kepada ahli hukum. Pada awalnya, Savigny meyakini hukum tidak mungkin dipisahkan dari rakyat, sebagaimana halnya dengan bahasa. Hak dan kewajiban dibentuk dan dihapus oleh perilaku simbolis yang sebenarnya merupakan 'tata bahasa hukum' pada saat itu. Namun, pada perkembangannya kemudian Savigny mengakui bahwa jika kehidupan sosial bertambah kompleks, maka hukum perlu lebih dikonkritkan secara ilmiah dengan menggunakan bahasa yang lebih sempurna. Dalam rangka inilah diperlukan suatu kelas profesional yang disebut para ahli hukum.²¹

Hemat penulis, pemikiran Savigny tersebut mengandung dua kelemahan sekaligus. *Pertama*, penolakan Savigny terhadap hukum tertulis hanya berlaku pada masyarakat yang masih sederhana, tapi jika masyarakat sudah kompleks, maka hukum tidak dapat dihindari dari bentuknya yang tertulis. Frase 'hukum perlu lebih dikonkritkan secara ilmiah dengan menggunakan bahasa yang lebih sempurna' menunjukkan pengakuan Savigny terhadap hukum tertulis. *Kedua*, para ahli hukum yang diberi kewenangan untuk mengkonkritisasi jiwa masyarakat tidak mustahil subjektif, akan mempertinggi kemungkinan ketidakpastian hukum. Sifat tidak tertulis dari suatu aturan hukum juga dapat mengundang tindakan sewenang-wenang dari kekuasaan

21 Sidharta, *Karakteristik...op.cit.*, hlm 264

absolut. Penguasa dapat saja menyelewengkan makna dari jiwa masyarakat sesuai dengan harapannya sendiri. Para ahli hukum yang bertugas menemukan hukum tidak mustahil diarahkan penguasa. Sebab keberadaan ahli hukum sebagai penemu hukum yang menjadi abdi kesadaran umum atau kesadaran hukum sulit mengendalikan kesetiiaannya. Bila masyarakat hidup di bawah kekuasaan absolut, maka sangat mungkin aturan tidak tertulis yang disebut hukum itu untuk disalahgunakan.²²

Ketiga, konsep tentang jiwa rakyat ini masih abstrak. Pada masyarakat yang sederhana, menemukan dan mengukur jiwa rakyat ini mungkin tidak terlalu sulit. Akan tetapi, ukuran jiwa bangsa atau rakyat di dalam suatu masyarakat modern yang kompleks sangatlah abstrak, sukar didefinisikan, dan sulit diukur. Dengan kata lain, konsep jiwa masyarakat dalam madzab ini tidak dapat menunjukkan secara jelas bagaimana isi dan ruang lingkupnya, sehingga amat sulit melihat fungsi dan perkembangannya sebagai sumber utama hukum menurut mazhab ini. Selain itu pada kenyataannya saat ini, iklim globalisasi sudah semakin menyulitkan untuk membuat ukuran bangsa tadi.²³

Keempat, Savigny menyebutkan bahwa hukum yang baik adalah yang bersumber dari jiwa rakyat, tetapi dalam suatu tulisannya yang lain, yang membahas tentang Hukum Romawi, dia mengatakan bahwa Hukum Romawi merupakan hukum terbaik.²⁴ Studi Savigny yang mendalam atas Hukum Romawi menjelaskan pada dirinya bahwa perkembangan Hukum Romawi merupakan contoh penuntun hukum yang bijaksana yang membentuk hukum melalui adaptasi bertahap bagi zaman sebelum "*corpus iuris*" membentuk kodifikasi yang final.²⁵ Ini artinya, selain Savigny sendiri tidak konsisten dalam mengartikan

22 Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum...op.cit.*, hlm 49

23 Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Filsafat, Teori & Ilmu Hukum*, Cetk. Ketiga, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm 115

24 Lili Rasyidi, *Filsafat...op.cit.*, hlm 49

25 W. Friedman, 1994, *Teori...op.cit.*, hlm 62

jiwa rakyat sebagai sumber hukum, juga sebenarnya menunjukkan bahwa sikap anti terhadap kodifikasi kelihatan diperlunak. Dengan kata lain, Savigny sebenarnya mengakui bahwa hukum tertulis penting untuk mengatur kehidupan masyarakat.

Kelima, tidak ada konsistensi berpikir mazhab sejarah antara yang dikemukakan oleh Savigny, Puchta, dan Maine. Jika Savigny menolak keras kehadiran hukum tertulis, meskipun ia sendiri secara pribadi mengagumi hukum Romawi, Puchta dan Maine, serta membuka ruang yang lebar bagi kehadiran hukum tertulis. Karena inkonsistensi pemikiran seperti ini, mazhab ini tidak terlalu banyak pengikutnya baik di negara-negara Eropa maupun di luar negara itu.

F. Relevansi Pemikiran Hukum Mazhab Sejarah terhadap Pembangunan Sistem Hukum Nasional

Meskipun pemikiran eksponen mazhab sejarah khususnya Von Savigny mengandung sejumlah kelemahan dan tidak konsisten satu sama lain, namun pemikiran tersebut masih relevan untuk dijadikan sebagai salah satu ide/konsep/landasan berpikir dalam pembangunan sistem hukum nasional. Pemikiran Savigny menyatakan bahwa hukum harus sesuai dan berasal dari jiwa bangsa (*volksgeist*) memiliki keterkaitan dengan keberadaan Pancasila. Jika hukum setiap bangsa tidak dapat dilepaskan dan berakar dari nilai-nilai budaya yang dianut bangsa itu, maka dalam konteks Pancasila bagi Indonesia akan disamakan dengan *volksgeist* seperti konsep pemikiran Savigny. Pancasila merupakan bintang pemandu, apakah suatu pranata hukum tertentu sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam kelima sila Pancasila.

Bukti bahwa Pancasila adalah *volksgeist* sebagaimana dianut oleh Indonesia dengan nilai-nilai yang terkandung dalam kelima silanya dapat ditelusuri dalam kesepakatan Hasil Seminar Hukum Nasional (SHN) ke-1 hingga ke-7 dari tahun 1963 hingga tahun 1999. Seminar Hukum Nasional ke-1 sebagai usaha pertama pembaharuan

sistem hukum nasional menegaskan bahwa Pancasila adalah dasar hukum nasional Indonesia.²⁶ Dalam Seminar Hukum Nasional ke-2, penegasan ini muncul kembali dengan kalimat yang lebih rinci. *Pertama*, Pancasila bukan saja mengajarkan tujuan yang hendak dicapai (kemerdekaan dan keadilan sekaligus), akan tetapi juga menentukan cara mencapai tujuan yang harus sesuai dengan semangat dan jiwa Pancasila. *Kedua*, pelaksanaan Undang- Undang Dasar 1945 yang berlawanan dengan semangat dan jiwa Pancasila berarti manipulasi konstitusi dan pengkhianatan terhadap Pancasila.²⁷

Dalam Seminar Hukum Nasional Ke-3, selain menjadikan Pancasila sebagai dasar pembinaan hukum nasional, eksistensi hukum adat yang merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) juga harus diperhatikan sebagai salah satu materi dalam pembinaan hukum nasional.²⁸ Sedangkan dalam Seminar Hukum Nasional Ke-4, disebutkan bahwa pencerminan nilai-nilai Pancasila di dalam perundang-undangan merupakan hakikat pembentukan sistem hukum nasional. Oleh karena itu, peraturan-peraturan hukum yang merupakan pelaksanaan undang-undang tidak boleh mengandung hal-hal yang bertentangan dengan Pancasila. Selain itu, sistem hukum nasional harus sesuai dengan kebutuhan kesadaran hukum rakyat Indonesia, yang salah satunya adalah menjadikan hukum tidak tertulis sebagai bagian (bukan pelengkap) dari sistem hukum nasional.²⁹

Dalam Seminar Hukum Nasional ke-6, ide dasar atau esensi dari pembaharuan sistem hukum nasional juga ditemukan di dalamnya, yang intinya menentukan bahwa sistem hukum nasional yang merupakan sistem hukum Pancasila, harus berdasarkan penjabaran

26 Isi Pokok-pokok Ajaran Hukum Indonesia Hasil Seminar Hukum Nasional Ke-1 Tahun 1963

27 Sub Bab tentang Persyaratan Pelaksanaan Demokrasi Pancasila Hasil Seminar Hukum Nasional Ke-2 Tahun 1968

28 Sub b mengenai Perundang-undangan dan Kesimpulan poin 1 Seminar Hukum Nasional Ke-3 Tahun 1974

29 Poin B tentang Sistem Hukum Nasional angka 1 huruf b dan c dan angka 2 huruf a dan huruf e Hasil Seminar Hukum Nasional Ke-4 tahun 1979.

dari seluruh sila Pancasila secara keseluruhan. Di dalam membangun sistem hukum nasional, keberadaan hukum tertulis dan hukum tidak tertulis hendaknya bersifat komplementer.³⁰ Artinya, hukum tertulis tidak diposisikan lebih tinggi dari hukum tidak tertulis, keduanya memiliki kedudukan yang sama. Karena memiliki kedudukan yang setara dengan hukum tertulis, Seminar Hukum Nasional ke-7 secara eksplisit menegaskan bahwa setiap usaha pembangunan hukum harus secara sungguh-sungguh memperhatikan eksistensi kebhinekaan sosial dan budaya serta lembaga hukum adat lokal sebagai aspek hukum yang mendasar.³¹

Berdasarkan uraian di atas, jelas bahwa Pancasila ide dasar/landasan/cita hukum dalam membangun sistem hukum nasional karena berisi nilai-nilai dasar atau fundamental, yaitu nilai-nilai yang terdapat di dalam rumusan sila Pancasila yang bersifat abstrak dan universal. Nilai sebagaimana dimaksud adalah nilai religius, nilai kemanusiaan, nilai persatuan bangsa, nilai kerakyatan, dan nilai keadilan sosial.³²

Agar nilai-nilai setiap nilai yang terkandung di dalam Pancasila dapat diwujudkan, maka eksistensinya dapat dijadikan sebagai sumber inspirasi dan menjadi penuntun ke arah yang hendak dituju oleh hukum nasional. Oleh karena itu, pembangunan sistem hukum nasional hendaknya secara hakiki memuat sikap menjunjung tinggi agama, moral, etika, harkat dan martabat manusia, mencerminkan jiwa dan rasa keadilan manusia dan masyarakat, dan disusun berdasarkan pada pandangan hidup dan kepribadian, serta aspirasi yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat.³³

30 Poin A huruf e tentang Falsafah dan Budaya Hukum dan poin B huruf b tentang Materi Hukum Seminar Hukum Nasional ke-6 tahun 1994.

31 Poin A angka 8 tentang Umum Seminar Hukum Nasional ke-7 tahun 1999.

32 Soejadi, *Pancasila Sebagai Sumber Tertib Hukum Indonesia*, Lukma Offset, Yogyakarta, 1999, hlm 87-90; Paulus Wahana, *Filsafat Pancasila*, Kanisius, Yogyakarta, 1993, hlm 72-75

33 Abdul Bari Azed, "Aliran Sociological Jurisprudence dan Cita-cita Pancasila di Bidang Hukum", dalam Lili Rasjidi dan B. Arief Sidharta, *Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya*, CV. Remaja Karya, Bandung, 1989, hlm 93-94

Pancasila juga merupakan pandangan hidup bangsa Indonesia tentang hubungan antara manusia dengan Tuhan, manusia dengan sesama manusia, serta manusia dengan alam semesta yang menegaskan keyakinan tentang tempat manusia individual di dalam masyarakat dan alam semesta. Pandangan hidup adalah pandangan atau penghayatan manusia tentang tempat dirinya dalam kerangka keseluruhan. Ia merupakan pangkal bertolak dari landasan kefilosofan serta ukuran bagi norma kritik yang mendasari atau menjiwai tata hukum. Oleh karena itu, pandangan hidup yang dianut akan memberikan koherensi dan pengarahannya pada keseluruhan proses sosial penormaan peraturan hukum beserta dengan proses penerapannya dalam kehidupan bermasyarakat.³⁴ Di dalam pandangan hidup terkandung konsep dasar mengenai kehidupan yang dicita-citakan oleh suatu bangsa, terkandung pikiran terdalam dan gagasan suatu bangsa, dan wujud kehidupan yang dianggap baik. Pada akhirnya, pandangan hidup suatu bangsa adalah suatu kristalisasi dari nilai-nilai yang dimiliki oleh bangsa itu sendiri, yang diyakini kebenarannya dan menimbulkan tekad pada bangsa itu untuk mewujudkannya.³⁵

Namun demikian, pembangunan sistem hukum nasional tidak cukup jika hanya didasarkan pada nilai-nilai Pancasila dan pandangan hidup bangsa yang bersifat tidak tertulis. Karenanya, nilai-nilai itu harus ditetapkan ke bentuk norma positif dalam sistem perundang-undangan. Pemikiran Von Savigny yang menolak hukum tertulis tidak cocok diterapkan di Indonesia karena masyarakatnya yang heterogen. Selain itu, Indonesia tidak dapat menghindari dari perkembangan global yang dicirikan dengan adanya ketergantungan suatu negara pada negara lain baik dari aspek hukum, ekonomi, teknologi informasi, dan politik. Karenanya, konsep masyarakat progresif yang ditandai dengan masyarakat yang mengakui hukum tertulis yang dicetuskan

34 Bernard Arief Sidharta, *Filsafat Hukum Pancasila*, Bahan Kuliah Program Pascasarjana Magister Hukum, Fakultas Hukum UII, tidak diterbitkan, tt, hlm 1

35 Gatut Saksono, *Pancasila Seokarno*, Rumah Belajar Yabinkes, Yogyakarta, 2007, hlm 33

Sir Henry Maine, perlu diintrodusir dalam pembangunan sistem hukum nasional dengan melakukan modifikasi. Modifikasi ini terkait dengan undang-undang yang dibentuk itu harus berasal dan selaras dengan nilai-nilai Pancasila dan pandangan hidup bangsa Indonesia. Artinya, dalam membentuk suatu undang-undang, hendaklah substansinya sesuai dengan nilai-nilai Pancasila. Di samping itu juga, pembangunan sistem hukum nasional perlu menempatkan hukum tertulis dan hukum tidak tertulis dalam kedudukan yang sama sesuai dengan kesepakatan Seminar Hukum Nasional. Hukum tertulis tidak diposisikan lebih tinggi dari hukum tidak tertulis, di mana kedua hal tersebut memiliki kedudukan yang sama.

G. Penutup

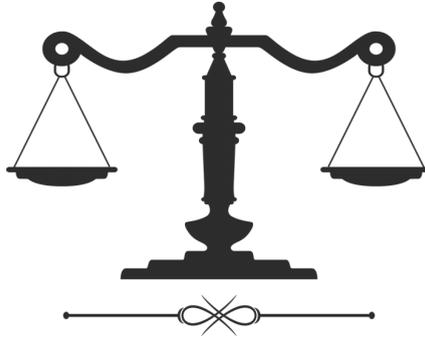
Mazhab sejarah lahir selain sebagai kritik terhadap hukum alam dan positivisme hukum, juga merupakan respon terhadap pemikiran Montesquieu dan dipengaruhi oleh paham nasionalisme yang bergema pada abad ke-19. Pada awalnya, mazhab ini, sebagaimana dikemukakan Savigny, menyatakan bahwa hukum itu tidak dibuat melainkan ditemukan dalam kesadaran hukum bangsa (*volkgeist*). Dalam perkembangannya, menurut Puchta, keyakinan hukum yang hidup dalam jiwa bangsa ini harus disahkan melalui kehendak umum masyarakat yang terorganisasi dalam negara. Negara mengesahkan hukum itu dengan membentuk undang-undang. Mazhab ini semakin mengalami improvisasi melalui pemikiran Maine bahwa masyarakat itu terbagi ke dalam masyarakat statis dan masyarakat progresif. Yang terakhir ini adalah masyarakat yang ditandai dengan tiga ciri, fiksi, *equity*, dan perundang-undangan.

Dari aspek ontologi, mazhab sejarah mengkonsepsikan hukum sebagai pola-pola perilaku sosial yang terlembagakan. Oleh karena itu, mazhab ini dilihat dari aspek epistemologi menggunakan dua pendekatan sekaligus, yaitu silogisme doktrinal-deduktif dan non doktrinal-induktif. Sedangkan aksiologi bagi mazhab ini

menggabungkan sekaligus antara nilai kemanfaatan dan nilai keadilan.

Mazhab sejarah dengan segenap pemikiran hukum yang mendasarinya, ternyata tidak lepas dari kritik. Kritik ini berkisar pada : 1) penolakan mazhab ini terhadap hukum tertulis (perundang-undangan) hanya cocok diterapkan pada masyarakat yang masih sederhana; 2) para ahli hukum yang diberi kewenangan untuk mengkonkritisasi jiwa masyarakat tidak mustahil subjektif, akan mempertinggi kemungkinan ketidakpastian hukum; 3) konsep tentang jiwa rakyat ini masih abstrak; 4) inkonsistensi pemikiran Savigny sendiri yang masih mengakui bahwa hukum terbaik adalah hukum Romawi yang bercorak hukum tertulis; dan 5) inkonsistensi pemikiran hukum yang dikemukakan oleh para pemikir mazhab ini baik Savigny, Pucht maupun Maine.

Dalam kaitannya dengan pembangunan sistem hukum nasional, pemikiran Von Savigny tentang hukum sebagai jiwa bangsa (*volksgeist*) memiliki keterkaitan dengan Pancasila yang ditempatkan sebagai landasan/ide dasar/cita hukum dalam sistem hukum Indonesia. Pancasila adalah *volksgeist* versi Indonesia dengan kelima nilai ketuhanan, nilai kemanusiaan, nilai persatuan, nilai kemasyarakatan, dan nilai keadilan yang terkandung di dalamnya. Nilai-nilai ini harus dipahami dan diinternalisasi dalam setiap pembentukan peraturan perundang-undangan. Pembangunan sistem hukum nasional juga harus menempatkan hukum tertulis dan hukum tidak tertulis dalam kedudukan yang sejajar.



BAB II

TEORI POSITIVISME HUKUM JOHN AUSTIN, HANS KELSEN, DAN H.L.A. HART

A. Pendahuluan

Pemikiran hukum ditandai dengan perkembangan pemikiran dalam aliran-aliran filsafat hukum. Kemunculan suatu aliran dalam ilmu hukum merupakan respon atau kritik terhadap aliran hukum sebelumnya, atau berbagai aliran tersebut muncul sebagai respon terhadap perkembangan sosial masyarakat pada masa itu. Berbagai aliran dalam ilmu hukum yang muncul dan berkembang dalam khazanah pemikiran hukum meliputi Aliran Hukum Alam/ Kodrat, Positivisme Hukum, Utilitarianisme, Realisme Hukum, *American Sociological Jurisprudence*, dan Mazhab Sejarah. Tesis yang dibangun dalam suatu aliran mencerminkan kekhasan dimensi ontologi, epistemologi, dan aksiologi. Aspek ontologi antara lain mempersoalkan apa yang merupakan hakikat dari realitas. Epistemologi mempersoalkan tentang hakikat sumber pengetahuan dan kebenaran pengetahuan. Aksiologi mempelajari nilai yang hendak dituju dari suatu ilmu. Dengan kata lain, pertanyaan mendasar mengenai aspek aksiologi suatu ilmu adalah untuk apa ilmu pengetahuan itu dibangun dan dikembangkan.

Positivisme hukum merupakan aliran dalam filsafat hukum yang dicetuskan oleh ahli hukum Inggris, yaitu John Austin dan dikembangkan oleh Hans Kelsen dan H.L.A. Hart. Pemikiran hukum Austin berbeda dengan pemikiran Kelsen dan Hart. Jika Austin terkenal dengan teorinya bahwa hukum adalah perintah penguasa, Kelsen memperkenalkan teori hukum murni dan teori hierarki norma hukum. Sedangkan pemikiran hukum Hart justru mengkritik pemikiran hukum Austin dan Kelsen, dan menyatakan bahwa hukum adalah sistem peraturan.

Meskipun pemikiran ketiga tokoh positivisme hukum ini berbeda, namun mereka tetap dimasukkan ke dalam eksponen positivisme hukum karena secara umum ide-ide yang dikembangkan memiliki kesamaan. Dalam konteks inilah, tulisan ini mengkaji tesis-tesis yang dikembangkan positivisme hukum dan sekaligus mengkaji pemikiran hukum Austin, Kelsen, dan Hart. Tulisan ini diarahkan untuk menjawab dua permasalahan. *Pertama*, latar belakang dan tesis positivisme hukum. Pada permasalahan pertama ini, analisis ditujukan kepada latar belakang kehadiran positivisme hukum dan tesis-tesis yang dikembangkannya. *Kedua*, pemikiran hukum John Austin, Hans Kelsen, dan H.L.A. Hart. Hal yang membedakan antara pemikiran hukum Austin, Kelsen dan Hart merupakan titik fokus permasalahan kedua ini.

B. Latar Belakang Kelahiran dan Tesis Positivisme Hukum

Sebagai salah satu aliran pemikiran dalam filsafat hukum yang dominan hingga saat ini, dimana positivisme hukum muncul dari filsafat positivisme, yang merupakan suatu paham falsafah yang berkembang di Eropa Kontinental, khususnya di Prancis dengan dua eksponennya yang terkenal, yaitu Henri Saint-Simon (1760-1825) dan Auguste Comte (1798-1857).³⁶ Dalam positivisme, hukum-

36 Sutandyo Wignjosoebroto, "Permasalahan Paradigma dalam Ilmu Hukum", *Jurnal Wacana*, Vol. 6, 2000, hlm 12; Sutandyo Wignjosoebroto, *Pergeseran Paradigma dalam Kajian-kajian Sosial*

hukum yang berlaku dalam ilmu pengetahuan alam dirumuskan berdasarkan asumsi bahwa alam dapat diidentifikasi dan hasilnya tidak tergantung dari ruang dan waktu.

Melalui Comte, positivisme berkembang menjadi gerakan filsafat yang sangat berpengaruh pada dekade kedua abad ke-19 dan serta dekade pertama abad ke-20 dalam lingkungan dunia Barat.³⁷ Comte mengatakan terdapat hukum perkembangan yang menguasai manusia serta segala gejala hidup bersama dan itu mutlak. Hal ini yang oleh Comte disebutnya sebagai hukum tiga tahap.³⁸ Setiap masyarakat seharusnya melalui tiga tahap itu, yaitu tahap teologis, tahap metafisik, dan tahap positif. Pada tahap teologis dinyatakan bahwa manusia percaya pada kekuatan-kekuatan ilahi di belakang gejala-gejala alam. Pada tahap metafisik ini dimulailah kritik terhadap segala pikiran termasuk teologis. Ide-ide teologi diganti dengan ide-ide abstrak dari metafisika. Sedangkan pada tahap positif, ditegaskan bahwa gejala-gejala tidak diterangkan lagi oleh suatu ide alam yang abstrak, tetapi gejala diterangkan melalui gejala lain dengan mendapati hukum-hukum di antara gejala-gejala yang bersangkutan. Hukum-hukum tersebut sebenarnya merupakan bentuk relasi yang konstan di antara gejala-gejala tersebut.³⁹

Menurut W. Friedmann, sebagaimana dikutip oleh Lili Rasjidi dan Bernard Arief Sidharta, secara umum tesis-tesis pokok dari filsafat positivisme dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Hanya ilmu yang dapat memberikan pengetahuan yang sah;
2. Hanya fakta yang dapat menjadi objek pengetahuan;
3. Metode filsafat dari metode ilmu;
4. Tugas filsafat adalah menemukan asas-asas umum yang berlaku bagi semua ilmu dan menggunakannya sebagai

dan Hukum, Setara Press, Malang, 2013, hlm 77

37 Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 2009, hlm 64

38 Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1982, hlm 122-126

39 FX. Adji Samekto, *Studi Hukum Kritis Kritik terhadap Hukum Modern*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm 2

pedoman bagi perilaku manusia dan menjadi landasan bagi organisasi sosial;

5. Semua interpretasi tentang dunia harus didasarkan pada pengalaman (empiris-verifikatif);
6. Bertitik tolak pada ilmu-ilmu alam;
7. Berusaha memperoleh suatu pandangan tunggal tentang dunia fenomena, baik dunia fisik maupun dunia manusia, melalui aplikasi metode-metode dan perluasan jangkauan hasil-hasil ilmu-ilmu sosial.⁴⁰

Ciri-ciri positivisme tersebut kemudian digunakan dalam hukum sehingga menjelma menjadi filsafat atau aliran positivisme hukum yang muncul pada abad ke-19 melalui dua eksponen utamanya yang terkenal, yakni John Austin dan Hans Kelsen. Konsep yang dibangun oleh positivisme hukum ini menghendaki dilepaskannya pemikiran meteyuridis mengenai hukum sebagaimana dianut oleh para eksponen aliran hukum kodrat. Positivisme hukum menolak aliran ini karena melebihi dari idealistik. hukum kodrat dengan segala variannya yang menempatkan hukum pada tataran yang sangat abstrak, ditolak positivisme hukum karena dinilai tidak konkrit.⁴¹ Menurut positivisme hukum, setiap norma hukum haruslah eksis dalam alamnya yang objekif sebagai norma-norma yang positif (*all law is enacted law*),⁴² ditegaskan sebagai wujud kesepakatan kontraktual yang konkrit antara warga masyarakat. Hukum tidak harus dikonsepsikan sebagai asas-asas moral metayuridis yang abstrak tentang hakikat keadilan, melainkan *ius* yang telah mengalami positivisasi sebagai *lege* atau *lex*, guna menjamin kepastian mengenai apa yang ditegaskan dalam hukum dan apa pula yang sekalian normatif harus dinyatakan sebagai hal-hal yang bukan dimaksud dalam hukum.⁴³

40 Lili Rasjidi dan Bernard Arief Sidharta, *Filsafat Hukum (Mazhab dan Refleksinya)*, Remadja Karya, Bandung, 1989, hlm 50-51

41 Widodo Dwi Putro, *Kritik terhadap Paradigma Positivisme Hukum*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm 24

42 George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York, 1996, hlm 33

43 Soetandyo Wignjosebroto, *Permasalahan...op.cit.*, hlm 13

Secara ideologis positivisme hukum meyakini bahwa dalam teori maupun praktiknya, hukum itu akan dapat dikonstruksikan dan dikelola sebagai suatu institusi yang netral (*neutrality of law*) dan terlepas dari politik (*law politics distinction*), mengidealkan sebagai hasil positivisasi norma-norma yang telah disepakati, yang berdasarkan prinsip *rule of law*, dipastikan akan mempunyai otoritas internal yang akan mengikat siapapun dari pihak manapun, tidak melihat dari kelas sosialnya. Dari prinsip-prinsip sebagaimana dimaksud disini, selanjutnya dirumuskan kaidah terkenal yakni persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*). Jadi, hukum yang dpositifkan, karena merupakan kesepakatan, akan benar-benar bersifat netral dan akan dapat ditegakkan oleh badan yudisial yang netral pula dalam posisinya sebagai suatu badan yang mandiri.⁴⁴

Dalam definisinya yang paling tradisional tentang hakikat hukum, positivisme hukum memaknai hukum sebagai norma-norma positif dalam sistem perundang-undangan dan merupakan perintah yang berdaulat dengan menempatkan lembaga-lembaga yang superior untuk itu. Hukum dimaknai sebagai hukum yang dpositifkan dalam bentuk aturan tertulis yang dipaksakan melalui kekuasaan negara.⁴⁵ Di luar itu, tidaklah disebut sebagai hukum. Dengan konsep hukum yang seperti itu, tugas hakim hanyalah mengadili perkara-perkara yang dihadapkan padanya berdasarkan hukum (positif) yang ada. Tidak ada celah bagi hakim untuk menciptakan hukum baru;⁴⁶ hakim hanyalah sebagai pelaksana undang-undang.

Berdasarkan pemikiran di atas, dapat dijelaskan bahwa terdapat tiga tesis utama paradigma positivisme hukum. *Pertama*, positivisme hukum membedakan secara tegas mana yang didefinisikan dan dikategorikan sebagai hukum, dan mana yang didefinisikan dan

44 Ifdhal Kasim, "Mempertimbangkan 'Critical Legal Studies' dalam Kajian Hukum di Indonesia", *Jurnal Wacana*, Vol 6, 2000, hlm 25

45 Philippe Nonet, "What is Positive Law?" *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1990, hlm 667-668

46 Torben Spaak, "Legal Positivism and the Objectivity of Law", *Analisi e Diritto*, 2004, hlm 254

dikategorikan sebagai fakta sosial. Hukum tidak berurusan dengan fakta sosial karena hukum menurut positivisme hukum dibatasi maknanya sebagai norma positif dalam sistem perundang-undangan.⁴⁷

Kedua, positivisme hukum memisahkan secara tegas antara hukum dengan moral. Tidak ada hubungan antara hukum di satu sisi dan moral di sisi lain. Berbeda dengan aliran hukum alam yang menegaskan bahwa terdapat hubungan yang esensial antara hukum dan moral (*there is an essential connection between law and morality*)⁴⁸ sehingga validitas hukum bergantung kepada validitas moral,⁴⁹ positivisme hukum justru mengeluarkan nilai-nilai moral dari aspek hukum. Hukum adalah apa yang ditetapkan oleh penguasa terlepas dari apakah isinya sesuai atau berlawanan dengan nilai-nilai moral. *Ketiga*, hukum yang dibentuk dan eksis itu dianggap efektif keberadaannya. Oleh karena itu, semua warga Negara dituntut untuk mematuhi.⁵⁰ Fakta hukum yang terkenal bahwa semua orang dianggap tahu hukum memiliki keterkaitan erat dengan tesis positivisme hukum.

Anthony F. Susanto mengatakan bahwa pemikiran positivisme hukum memunculkan empat *problem* ontologi dan epistemologi. *Pertama*, positivisme hukum telah mengakibatkan keterbatasan dan kekaburan ruang lingkup hukum sebagai ilmu yang utuh. Hukum hanya dibatasi kepada wilayah yang benar-benar murni yaitu wilayah *sollen*. Hukum juga hanya dibatasi kepada wilayah-wilayah empiris kuantitatif. *Kedua*, positivisme hukum juga merusak pemahaman hukum baik sebagai sains maupun sebagai gejala praktis. Wilayah hukum dipandang sebagai wilayah empirisme dan rasionalisme yang kemudian telah menumbuhkan perkembangan ilmu hukum

47 Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaan*, CV. Utomo, Bandung, 2006

48 Jeffrie G. Murphy dan Jules L. Coleman, *Philosophy of Law an Introduction to Jurisprudence*, Edisi Revisi, Westview Press, London, 1990, hlm 11

49 Andre Ata Ujan, *op.cit.*, hlm 60

50 Torben Spaak, *op.cit.*, hlm 257-258.

positif dengan kredonya aturan dan logika (*rules and logic*). Ilmu hukum hanya memandang hukum sebagai bangunan atau tatanan logis-rasional, sehingga fokusnya hanya pada membuat rumusan-rumusan, definisi yang spesifik, memilahkan dan menggolongkan, mensistematisir, diterapkan pada undang-undang. *Ketiga*, positivisme hukum telah menyulitkan hukum dalam mengembangkan desain analisis yang utuh. Ilmu hukum yang sarat dengan nilai dan makna simbolik menjadi ilmu yang kering, karena penggunaan pendekatan di mana subjek berada di luar objek yang ditelitinya. *Keempat*, positivisme hukum telah melakukan penyempitan substansi kajian ilmu hukum, sebagaimana positivisme yuridis yang melihat hukum hanya sebagai teks yang terpisah dari realitas sosialnya.⁵¹

Tesis-tesis positivisme hukum tersebut tersebut menjadi dasar kemunculan hukum modern (*modern law*).⁵² Hukum modern yang dianut oleh hampir semua Negara di dunia mendasarkan dirinya pada pemikiran positivisme hukum.⁵³ Marc Galanter mengemukakan bahwa terdapat sebelas ciri hukum modern, yaitu dalam penerapannya hukum modern itu seragam, bersifat transaksional, bersifat universal, bersifat hierarkis, bersifat birokratis, hanya dijalankan oleh kaum profesional, pengacara (advokat) lebih dibutuhkan saat ini melebihi masa-masa sebelumnya ketika penerapan hukum modern menjadi lebih bersifat teknis dan rumit, dapat diamandemen, memiliki karakter politis, dan hanya Negara yang memiliki hak monopoli untuk menyelesaikan segala macam perselisihan.⁵⁴ Kesebelas ciri

51 Anthon F. Susanto, "Menggugat Fondasi Filsafat Ilmu Hukum Indonesia", dalam Sri Rahayu Oktoberina dan Niken Savitri, (Penyunting) *Butir-butir Pemikiran dalam Hukum Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm 14-16

52 Hukum modern yang dimaksud adalah hukum yang masuk dalam kategori *civil law system* dengan tiga karakteristik utamanya, yaitu adanya kodifikasi, hakim tidak terikat kepada preseden sehingga undang-undang menjadi sumber hukum yang terutama, dan sistem peradilan bersifat inquisitorial. Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetk. Ke-1, Kencana, Jakarta, 2008, hlm 286 dan 294

53 Sulistyanta, "Tinjauan Kritis Sejarah terhadap Munculnya Negara dan Hukum Modern" *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 8 No. 2, 2005, hlm 213-218.

54 Marc Galanter, "The Modernization of Law", dalam Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler*

hukum modern yang dikemukakan oleh Marc Galanter tersebut sesungguhnya menekankan bahwa hukum modern selalu menekankan pada kesatuan atau unifikasi (*unity*), keseragaman atau kodifikasi (*uniformity*), dan universalitas (*universality*).

C. Austin : Hukum sebagai Perintah Penguasa

John Austin, ahli filsafat hukum Inggris, secara umum diakui sebagai ahli hukum pertama yang memperkenalkan positivisme hukum sebagai sistem. Pemikiran pokoknya tentang hukum dituangkan terutama dalam karyanya berjudul *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Menurutnya, filsafat hukum memiliki dua tugas penting terkait dimensi hukum, yaitu yurisprudensi analitis dan yurisprudensi normatif. Kegagalan membedakan keduanya akan menimbulkan kekaburan baik intelektual maupun moral. Terkait yang pertama, tugas filsafat hukum adalah melakukan analisis tentang konsep dasar dalam hukum dan struktur hukum sebagaimana adanya. Pertanyaan tentang apa hukum itu, tanggung jawab hukum, hak dan kewajiban hukum adalah contoh pertanyaan-pertanyaan khas yang diajukan filsafat atau pemikiran sebagai titik tolak dalam menganalisis dan mencoba memahami konsep dasar tersebut.⁵⁵

Yurisprudensi normatif, di sini yang lain, berusaha mengevaluasi atau mengkritik hukum dengan berangkat dari konsep hukum sebagaimana seharusnya. Pertanyaan-pertanyaan pokok yang diajukan antara lain mengapa hukum disebut hukum, mengapa hukum wajib ditaati, dan manakah basis validitas hukum. Dimensi yang kedua ini, dengan demikian, berurusan dengan dimensi ideal

Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia, Cetk. Pertama, Pustaka Alvabet, Jakarta, 2008, hlm 4-6; Marc Galanter, "Hukum Hindu dan Perkembangan Sistem Hukum India Modern", dalam A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto (Editor), *Hukum dan Perkembangan Sosial Buku Teks Sosiologi Hukum Buku II*, Cetk. Kesatu, Sinar Harapan, Jakarta, 1988, hlm 147-149; Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, Cetk. Keempat, Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2005, hlm 84-86.

55 Andre Ata Ujan, *op.cit.*, hlm 68

dari hukum.⁵⁶ Dimensi ini ditolak oleh Austin karena baginya, hukum sebagaimana adanya sebagai hukum positif yang dilihatnya sebagai sekumpulan peraturan yang eksistensi dan kedudukannya bergantung kepada otoritas penguasa.

Pemikiran Austin di atas tidak dapat dilepaskan dari klasifikasi hukum yang dibedakan ke dalam hukum yang sebenarnya (*laws properly so called*) dan hukum yang bukan sebenarnya (*laws improperly so called*). Hukum yang sebenarnya masih dibedakan lagi ke dalam dua jenis; yaitu (1) hukum dari Tuhan untuk manusia (*the divine law/laws of God*); dan (2) hukum yang dibuat oleh manusia (*human laws*). Hukum yang dibuat oleh manusia dibedakan lagi dalam hukum yang sebenarnya yang disebut hukum positif dan hukum yang bukan sebenarnya yang dibuat bukan oleh penguasa politik.⁵⁷

Hukum positif adalah hukum yang dibuat oleh penguasa yang berdaulat. Hukum adalah perintah penguasa (*law as a command of the sovereign*).⁵⁸ Austin menyatakan bahwa pihak superior yang menentukan apa yang diperbolehkan. Kekuasaan dari superior itu memaksa orang lain untuk taat. Ia memberlakukan hukum dengan cara menciptakan ketakutan dan mengarahkan tingkah laku orang lain ke arah yang diinginkannya.⁵⁹ Kata perintah itu sendiri memiliki empat unsur, yaitu kehendak, sanksi, ekspresi kehendak, dan generalitas. Keempat unsur tersebut ditambah dengan unsur yang kelima yang disebut pemimpin politik yang superior dan bisa diidentifikasi (penguasa yang berdaulat) yang perintah-perintahnya akan dipatuhi oleh bawahan-bawahan politiknya yang inferior dan juga tidak harus harus patuh kepada siapapun.⁶⁰

56 *Ibid.*, hlm 69

57 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, hlm 19

58 *Ibid.*, hlm 21. R.M.W Dias, *Jurisprudence*, Edisi Kelima, Butterworhts, London, 1985, hlm 346.

59 Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995, hlm 97

60 Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2006

Secara lebih rinci, hukum sebagai perintah mengandung pentingnya keinginan (*wish*), yakni keinginan dari seorang penguasa bahwa seseorang harus melakukan atau menahan diri untuk tidak melakukan sesuatu. Tidak semua keinginan, tentu saja, mempunyai kekuatan sebagai hukum. Karena itu, keinginan dalam arti hukum memiliki kekhususan yakni bahwa 'pihak yang terkena hukum harus menanggung akibat yang tidak menyenangkan atau membahayakan dari yang lain apabila gagal memenuhi hukum yang berlaku'. Hukum dalam arti yang pertama ini, mengungkapkan keinginan penguasa pada dasarnya memberikan ancaman hukuman bagi siapapun yang berada di bawah hukum berlaku. Hukum juga memiliki kemampuan untuk menciptakan sesuatu yang tidak menyenangkan atau bahkan membahayakan subjek yang melanggarnya. Individu yang terkena perintah dengan sendirinya terikat, wajib berada di bawah keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan apa yang diperintahkan. Kegagalan memenuhi tuntutan perintah akan berakibat bahwa subjek yang terkena perintah mendapatkan sanksi hukum.⁶¹

Setelah menjelaskan makna perintah, Austin kemudian memperkenalkan tiga faham pokok di seputar positivisme hukum. *Pertama*, kekuasaan tertinggi yang ada dalam suatu Negara adalah satu-satunya sumber hukum. Hukum adalah perintah dari kekuasaan politik yang berdaulat dalam suatu Negara. *Kedua*, hukum merupakan sistem logika yang bersifat tetap dan tertutup (*closed logical system*). Sebagai objek kajian, hukum harus dilepaskan dari unsur nilai. *Ketiga*, hukum haruslah memenuhi unsur perintah, sanksi, kewajiban dan kedaulatan. Apabila tidak memenuhi persyaratan tersebut, maka tidak bisa dikategorikan sebagai hukum tetapi moral positif.⁶²

61 Andre Ata Ujan, *op.cit.*, hlm 71

62 Hedar Laudjeng dan Rikardo Simartana, "Pendekatan Mazhab Hukum Non-Positivistik dalam Bidang Hukum Sumberdaya Alam", *Jurnal Wacana*, Vol 6, Tahun 2000, hlm 122

D. Kelsen : Hukum sebagai Sistem Norma

Dalam membangun teorinya, Kelsen bertolak dari dualisme antara bentuk dan materi atau isi dalam bidang pengetahuan seperti yang diajukan Kant. Kant membedakan antara bidang 'ada' (*Sein*) dan bidang 'harus' (*Sollen*). Bidang 'ada' adalah bidang alam, yang seluruhnya dikuasi oleh aturan sebab akibat. Dalam bidang ini berlakulah prinsip bahwa bila hal ini terjadi, maka hal itu terjadi pula. Bidang 'harus' adalah bidang kehidupan manusia, yang dikuasi kebebasan dan tanggung jawab. Karenanya, dalam bidang ini berlakulah prinsip bahwa bila hal ini terjadi, maka seharusnya itu terjadi pula. Oleh Kelsen prinsip ini disebut prinsip tanggungan (*prinzip der zurechnung*).⁶³ Dengan kata lain, Kelsen memandang hukum sebagai persoalan *Sollen*, bukan *Sein*.

Karena hukum, menurut Kelsen, adalah kategori keharusan (*Sollenskategorie*) dan bukan kategori faktual (*Seinskategorie*), maka hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir yang non-yuridis, seperti unsur sosiologis, politis, historis, bahkan etis atau moral. Dengan kata lain, selain hukum harus seragam dalam arti dapat diterapkan pada semua waktu dan tempat, ia juga harus dilepaskan dari anasir-anasir politik dan dipisahkan dari moral.⁶⁴ Pemikiran inilah yang dikenal dengan Teori Hukum Murni (*Reine Rechtlehre*).⁶⁵ Murni dalam arti bahwa hukum harus benar-benar murni, dan hukum merupakan pencerminan dari proposisi yang "seharusnya".⁶⁶ Kelsen menghendaki dilepaskannya pemikiran mateyuridis mengenai hukum sebagaimana dianut oleh para eksponen aliran hukum alam. Nilai-nilai moralitas harus dikeluarkan dari pengertian hukum.

63 Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Cetk. Keenam belas, Kanisius, Yogyakarta, 2012, hlm 157

64 R.M.W Dias, *Jurisprudence*, Edisi Kelima, Butterworhts, London, 1985, hlm 358

65 Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *op.cit.*, hlm 98

66 R.M.W Dias, *op.cit.*, hlm 358; R. M Dworkin, *Filsafat Hukum Sebuah Pengantar*, Diterjemahkan oleh Yudi Santoso, Merkid Press, Yogyakarta, 2007, hlm 2; Herman Bakir, *Filsafat Hukum Desain dan Arsitektur Kesejarahan*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm 330-334

Atas dasar itu, Kelsen kemudian memperkenalkan hukum sebagai sistem norma yang diatur secara hierarki. Hukum yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi. Validitas suatu norma bergantung kepada norma hukum yang juga valid yang memiliki kedudukan yang lebih tinggi sampai pada norma dasar (*grundnorm*) yang berfungsi sebagai sumber keharusan dalam bidang hukum. Norma dasar ini dapat dirumuskan dalam bentuk suatu kaidah hukum yang dianggap sebagai yang tertinggi dalam bidang hukum. Kaidah itu berbunyi sebagai berikut: "orang harus menyesuaikan diri dengan apa yang ditentukan (*man soll sich so verhalten wie die verfassung vorschreibt*)". Bagi Kelsen, norma dasar itu berfungsi sebagai syarat transendental-logis berlakunya seluruh tata hukum. Itu berarti bahwa keharusan dan kewajiban yang berkaitan dengan hukum tidak berasal dari isi kaidah hukum yang tertentu, melainkan dari segi formalnya.⁶⁷

Konsep hukum sebagai sistem norma sebenarnya merupakan kritik Kelsen terhadap teori perintah John Austin. Pandangan Austin yang melihat hukuman sebagai esensi hukum menurut Kelsen merupakan reduksi terhadap hukum hanya sebagai kajian hukum pidana. Padahal di samping hukum pidana, masih terdapat hukum perdata yang tidak mengharuskan hukuman. Ini tidak berarti bahwa Kelsen mengabaikan pentingnya sifat memaksa (*coersive power*) hukum. Sifat memaksa hukum yang didukung dengan sanksi tentu saja penting. Akan tetapi, terlalu simplistis mengasalkan hukum dan validitasnya pada kedaulatan penguasa.⁶⁸

Jika Austin menduga bahwa kewajiban hukum adalah konsekuensi dari sanksi, maka perbuatan yang harus dilakukan menurut kewajiban hukum tidak dapat diidentikkan dengan perbuatan yang diperintahkan oleh aturan hukum. Apa yang diperintahkan adalah sanksi. Norma hukum tidak menentukan tindakan yang membentuk kewajiban

67 Theo Huijbers, *op.cit.*, hlm 158

68 Ander Ata Ujan, *op.cit.*, hlm 83

hukum. Perbuatan yang dinyatakan sebagai salah, *unlawfull*, atau *injury* terjadi dalam norma hukum sebagai kondisi dari sanksi yang ditentukan oleh norma hukum. Hal ini disebabkan karena norma hukum memberikan suatu sanksi tertentu terhadap suatu perbuatan yang perbuatan sebaliknya adalah kewajiban hukum. Dalam konsepsi Austin, perintah menentukan perbuatan yang membentuk kewajiban hukum, sehingga tidak ada ruang untuk sanksi. Konsepsi ini telah dikaji sebagai norma sekunder. Jika menyadari bahwa sanksi adalah elemen esensial hukum, maka harus mendefinisikan aturan hukum sebagai perintah yang menetapkan suatu sanksi. Inilah kekeliruan Austin yang menyamakan antara kewajiban hukum dengan konsep perintah.⁶⁹

Dalam kaitannya dengan posisi pemikiran hukum Hans Kelsen di antara aliran hukum alam dan positivisme empiris, Stanley L. Paulson menjelaskannya dalam bagan berikut ini.⁷⁰

Law & Fact Law & Morallity	Normativity Thesis (<i>separibility of law & fact</i>)	Reductive Thesis (<i>Insparibility of law & fact</i>)
Morality Thesis (<i>inseparibility of law & morality</i>)	Natural Law Theory	-
Separibility Thesis (<i>Separibility of law & morality</i>)	Kelsen's Pure Theory of Law	Empirico-positivist Theory of Law

Bagan di atas menunjukkan bahwa tesis teori hukum murni merupakan sintesis atas tesis aliran hukum alam dan positivisme empiris. Jika tesis aliran hukum alam adalah tesis moralitas (kesatuan hukum dan moral) dan tesis normatifitas (keterpisahan hukum dan

69 Hans Kelsen, *The General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Russel & Russel, New York, 1961, hlm 63-64

70 Hans Kelsen, *Introduction to the Problem of Legal Theory*, diterjemahkan oleh Bonnie Litschewski Paulson dan Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford New York, 1992, hlm xxvi

fakta) yang berbeda dengan tesis positivisme empiris berupa tesis separabilitas (keterpisahan hukum dan moral) dan tesis reduktif (kesatuan hukum dan fakta), maka teori hukum murni mengambil satu tesis aliran hukum alam yaitu tesis normatiftas dan satu tesis positivisme empiris berupa tesis separabilitas. Sedangkan kotak yang kosong tidak terisi karena jika diisi akan menghasilkan sesuatu yang kontradiktif, sebab tidak mungkin memegang tesis reduktif bersama-sama tesis moralitas.⁷¹

E. Hart : Hukum sebagai Sistem Peraturan

Pemikiran Hart tentang apa hukum itu dilatarbelakangi oleh ketidakpuasan dirinya terhadap positivisme imperatif Bentham, Austin, dan Kelsen yang menurutnya sempit, tunggal, dan oleh karenanya merupakan definisi hukum yang tidak memadai. Jeremy Bentham membedakan jenis sanksi ke dalam empat jenis, yaitu sanksi fisik, sanksi politik, sanksi agama, dan sanksi moral. Dari keempat jenis sanksi ini, hanya sanksi politik (*political sanction*) yang dijatuhkan oleh penguasa yang berdaulat yang memiliki kekuatan mengikat.⁷² John Austin mengkonsepsikan hukum sebagai perintah penguasa berdaulat (*law as a command of the sovereign*).⁷³ Menurut Austin, terdapat empat unsur perintah, yaitu kehendak, sanksi, ekspresi kehendak, dan generalitas. Keempat unsur tersebut ditambah dengan unsur yang kelima yang disebut pemimpin politik yang superior dan bisa diidentifikasi (penguasa yang berdaulat) yang perintah-perintahnya akan dipatuhi oleh bawahan-bawahan politiknya yang inferior dan juga tidak harus harus patuh kepada siapapun.⁷⁴

71 Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006, hlm 9-10

72 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Botoche Books, Kithener, 2000, hlm 27-28

73 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, hlm 22-24.

74 Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2006

Hans Kelsen memandang hukum sebagai sistem norma (*law as a sistem of norms*). Validitas suatu norma hukum bergantung kepada norma hukum di atasnya hingga pada norma dasar (*ground norm*). Terkenal dengan teori hukum murni (*the pure theory of law*), Kelsen menyatakan bahwa teori hukum harus dibedakan dari hukum itu sendiri. Selain hukum harus seragam dalam arti dapat diterapkan pada semua waktu dan tempat, ia juga harus dilepaskan dari anasir-anasir politik dan dipisahkan dari moral.⁷⁵

Menurut Hart, mengkonsepsikan hukum hanya pada satu aspek seperti unsur paksaan dan mengabaikan aspek yang lain sebagaimana tampak pada ketiga pemikir positivisme hukum di atas, justru mengaburkan definisi hukum itu sendiri. Ia menegaskan bahwa alasan mendasar mengapa pertanyaan tentang apa hukum itu tidak dijawab secara memuaskan selama beberapa tahun karena adanya kelemahan yang terus muncul mengenai tiga isu hukum yang tidak pernah dijelaskan dengan baik oleh pemikir terdahulu, yaitu paksaan, peraturan dan moralitas.

Dari ketiga isu hukum tersebut, pemikir teori-teori imperatif tentang hukum kebanyakan memfokuskan diri pada unsur paksaan hukum dan kurang memberikan perhatian pada konsep peraturan. Kondisi ini menyebabkan mereka hanya memandang hukum sebagai suatu sistem eksternal mengenai paksaan, sehingga mengabaikan elemen kewajiban hukum yang mengarahkan orang-orang mematuhi hukum bahkan saat tiadanya suatu ancaman kekuatan yang memaksa mereka mematuhinya.

Pendekatan yang dianut Jeremy Bentham, John Austin dan Hans Kelsen yang menganggap hukum hanya sebagai kekuasaan, paksaan, dan sanksi, mengandung kebenaran esensial bahwa hukum menciptakan perbuatan yang pasti menjadi wajib. Ini berarti bahwa hukum membatasi kebebasan dan pilihan di mana orang-orang

75 R.M.W Dias, *Jurisprudence*, Edisi Kelima, Butterworhts, London, 1985, hlm 358

mengorganisasikan aktifitas mereka. Juga benar bahwa banyak hukum, khususnya hukum pidana, didukung oleh sanksi dan di banyak sistem hukum, penegak hukum bekerja secara efektif untuk menjatuhkan sanksi ketika mereka sadar bahwa pelanggaran hukum telah terjadi. Kendatipun demikian, pendekatan ini menafikan satu aspek terpenting (dari hukum). Ini adalah suatu fakta bahwa hukum yang terdapat di banyak negara pada umumnya dipatuhi oleh warga negaranya, bukan karena mereka takut terhadap sanksi, melainkan karena adanya (rasa) kewajiban yang berasal dari penghormatan mereka terhadap legitimasi dan otoritas pembuat hukum.

Agar lebih mudah dalam memahami cara pandang internal ini, Hart membedakan antara makna 'diwajibkan atau diharuskan' dengan 'memiliki kewajiban'. Diwajibkan berarti bahwa seseorang dipaksa untuk melakukan perbuatan tertentu karena adanya ancaman seperti ketika orang bersenjata memerintahkan seseorang menyerahkan uang. Di sisi yang lain, 'memiliki kewajiban' diartikan sebagai seseorang melakukan perbuatan tertentu karena merasa berkewajiban tanpa adanya stimulus eksternal yang mendorongnya melakukan perbuatan itu.⁷⁶ Diwajibkan terkait aspek eksternal hukum, sedangkan memiliki kewajiban berkorelasi dengan aspek internal hukum. Perbedaan kedua istilah ini penting bagi Hart karena teori-teori perintah menjelaskan hukum hanya dari segi eksternalnya, dan itulah mengapa teori tersebut tidak memadai. Fungsi hukum, menurut Hart, tidak terletak pada elemen eksternalnya, melainkan pada elemen internalnya. Elemen eksternal hukum hanya memainkan peranan dalam situasi adanya pelanggaran hukum di mana penegak hukum memiliki kesadaran untuk menjatuhkan sanksi.

Setelah mengurai pentingnya aspek atau elemen internal hukum, Hart kemudian membangun teori hukumnya dengan menyatakan bahwa hukum merupakan suatu sistem peraturan (*law as a sistem of*

76 *Ibid.*, hlm 130

rules). Hart memahami hukum sebagai suatu sistem peraturan primer (*primary rules*) yang membebankan kewajiban dan peraturan sekunder (*secondary rules*) tentang pengenalan (*rule of recognition*), perubahan (*rule of change*), dan adjudikasi (*rule of adjudication*). Peraturan-peraturan yang membebankan kewajiban (peraturan primer) tentu merupakan peraturan yang secara langsung mengarahkan perilaku manusia disertai alasan bertindak. Peraturan-peraturan sekunder, pada sisi yang lain, berisi peraturan primer dalam arti bahwa eksistensinya digunakan untuk mengidentifikasi, menciptakan, merubah, dan meniadakan peraturan-peraturan primer, serta menetapkan institusi hukum yang diterapkan pada peraturan primer.⁷⁷ Uraian lebih rinci mengenai kedua peraturan tersebut sebagai berikut.

Peraturan primer adalah kewajiban dasar yang membebani aturan hukum, tentang apa yang orang-orang seharusnya dan yang tidak seharusnya dilakukan. Peraturan ini menciptakan kewajiban di mana anggota masyarakat diminta untuk mematuhi.⁷⁸ Contohnya adalah aturan dalam hukum pidana, perbuatan melawan hukum, dan lain sebagainya. Dalam sistem hukum yang lebih dasar, aturan-aturan ini secara normal diciptakan, divalidasi, ditegakkan dan diubah oleh penegak hukum.

Kendatipun demikian, adalah mungkin membayangkan masyarakat 'pra-hukum', yaitu suatu masyarakat di mana tidak ditemukan adanya struktur seperti badan pembentuk undang-undang, pengadilan, dan lain sebagainya. Di dalam masyarakat jenis ini, aturan-aturan hukum tetap ada, karena aturan itu diterima oleh mayoritas warga sebagai standar-standar khusus yang diterima sebagai perilaku, dan yang pertimbangan dan otoritasnya diberikan melalui konsensus. Validitas aturan-aturan ini sebagai hukum bergantung kepada 'cara pandang internal' warga di dalam komunitas, yang menggambarkan

77 Torben Spaak, *Kelsen and Hart on the Normativity of Law*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2010, hlm 407-408

78 H.L.A. Hart, *op.cit.*, hlm 142-143

sikap kritis-reflektif yang memungkinkan mereka memiliki (rasa) kewajiban untuk mematuhi. Peraturan primer tidak dapat disebut sebagai suatu sistem hukum karena memiliki tiga kelemahan dasar, yaitu tidak pasti, statis, dan tidak efektif.⁷⁹

Tidak pasti karena tidak ada mekanisme penyelesaian sengketa jika ketidakpastian terhadap peraturan itu muncul. Aturan-aturan di masyarakat tanpa hukum juga tidak dapat beradaptasi dengan cepat saat diperlukan. Penerimaan mereka secara luas terhadap setiap aturan itu membutuhkan waktu yang lama, sehingga tidak mungkin mengubah aturan atau menambahkannya secara cepat. Akhirnya, masyarakat tanpa hukum harus mengandalkan pada tekanan sosial untuk menjamin kesesuaian umum dengan aturan-aturan itu. Ini berarti, ketika tidak terdapat kesepakatan yang diterima secara luas tentang apakah suatu aturan tertentu telah dilanggar, dibutuhkan waktu yang lama agar tekanan sosial ini memotivasi orang-orang menyesuaikan diri dengan aturan primer tersebut. Karena tekanan sosial ini bisa datang dari siapapun, maka aturan di dalam masyarakat tanpa hukum menjadi tidak efektif.⁸⁰

Agar tekanan sosial ini menjadi efektif, menurut Hart, ia harus disentralkan yang diikuti dengan pembentukan aturan dan sanksi yang mengiringinya yang membolehkan kelompok tertentu menentukan secara otoritatif pelanggaran dan sanksi. Konsep yang diperkenalkan Hart inilah yang disebut dengan peraturan-peraturan sekunder yang terdiri atas peraturan pengenalan, peraturan perubahan, dan peraturan adjudikasi.

Peraturan pengenalan memiliki dua fungsi penting. *Pertama*, peraturan ini mengidentifikasi dan memeringkat sumber-sumber hukum.⁸¹ Dengan kata lain, ia menyediakan kriteria otoritatif untuk

79 Heather Kuiper, *Understanding Fundamental Secondary Rules and the Inclusive/Exclusive Legal Positivism Debate*, Disertasi, McMaster University, 2012, hlm 9-10

80 H.L.A. Hart, *op.cit.*, hlm 144-146

81 Torben Spaak, *Kelsen and...op.cit.*, hlm 408

mengidentifikasi sistem peraturan yang valid secara hukum. Kriteria ini bervariasi antara lain referensi atas teks otoritatif, pembentukan undang-undang, praktik kebiasaan, deklarasi umum mengenai orang-orang tertentu, atau putusan-putusan pengadilan terdahulu dalam kasus tertentu.⁸² *Kedua*, ia menetapkan sumber tertinggi normatifitas hukum dengan membebaskan suatu kewajiban hukum kepada penegak hukum untuk menerapkan semua norma yang sesuai dengan kriteria validitas yang ditentukan.⁸³

Peraturan pengenalan adalah peraturan pokok yang menentukan eksistensi dan validitas aturan hukum yang lain di dalam suatu sistem hukum. Meskipun diklasifikasikan sebagai peraturan sekunder, peraturan pengenalan merupakan jantung suatu sistem hukum karena hanya dengan mengacu kepada aturan yang lain disebut sebagai peraturan hukum. Ia mampu mengidentifikasi sendiri dengan menentukan kriteria formal yang dengannya penegak hukum di dalam sistem hukum tertentu memutuskan aturan apa yang disebut sebagai aturan hukum yang valid.⁸⁴

Dalam kaitannya dengan aspek ketidakpastian dalam peraturan primer, peraturan pengenalan ini memecahkan masalah ketidakpastian itu dengan menetapkan perbedaan formal antara aturan-aturan yang disebut hukum dan yang tidak disebut hukum. Ia menyediakan aturan yang pasti, baik peraturan primer maupun peraturan sekunder, dengan legalitas dan validitasnya. Oleh karena itu, peraturan pengenalan membantu menentukan pemisahan antara aturan hukum dan aturan sosial yang lain seperti moralitas, dan faktor-faktor yang lain yang menentukan bagaimana orang-orang seharusnya berbuat seperti bentuk-bentuk tertentu suatu paksaan.

Peraturan perubahan diperlukan untuk memungkinkan perubahan dilakukan di dalam kewajiban hukum di mana orang-

82 Heather Kuiper, *Understanding...op.cit.*, hlm 13

83 Torben Spaak, *op.cit*

84 H.L.A. Hart, *op.cit.*, hlm 161, 164-165

orang memiliki kewajiban untuk melaksanakan peraturan primer dalam suatu sistem hukum. Perubahan-perubahan ini bisa terjadi di ruang publik melalui pembebanan kewajiban oleh negara kepada warga negara, atau di ruang privat melalui penciptaan kewajiban yang mengikat secara hukum di antara warga negara. Dalam kaitannya dengan kelemahan peraturan primer yang statis, peraturan perubahan ini memecahkan masalah tersebut karena dengannya, suatu peraturan dapat dirubah atau ditiadakan tanpa harus bergantung kepada konsensus masyarakat dan lamanya waktu.⁸⁵

Akhirnya, peraturan ajudikasi merupakan peraturan yang merundingkan kekuasaan kepada petugas pengadilan (hakim) untuk melaksanakan proses ajudikasi ketika suatu sengketa muncul atau hukum dilanggar. Ia juga menetapkan standar yang ditentukan pengadilan, tingkat dan hukuman yang setara atau kompensasi atas setiap pelanggaran hukum. Peraturan ini dimaksudkan untuk memecahkan masalah peraturan yang tidak efektif yang muncul di masyarakat 'pra hukum' di mana tidak ada pengadilan yang dapat menyelesaikannya atau tidak ada cara yang tetap ketika suatu aturan dilanggar.⁸⁶

F. Penutup

Positivisme hukum, salah satu aliran dalam ilmu hukum yang masih dominan hingga saat ini, memandang bahwa hukum adalah norma positif dalam sistem perundang-undangan yang dibentuk oleh penguasa. Hukum juga harus dilepaskan dari anasir-anasir non-hukum seperti politik, psikologi dan moral. Austin adalah ahli hukum pertama yang mencetuskan pemikiran positivisme hukum. Menurutnya, hukum adalah perintah dari penguasa yang berdaulat. Apa yang disebutnya sebagai hukum positif adalah manifestasi dari hukum yang dibentuk oleh penguasa yang berdaulat yang perintah-

85 *Ibid.*, hlm 149

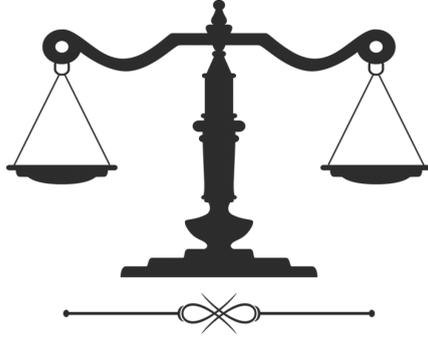
86 *Ibid.*, hlm 151

perintahnya dipatuhi oleh orang lain dan ia sendiri tidak tunduk kepada siapapun. Ketidakpatuhan terhadapnya menimbulkan sanksi atau hukuman. Validitas hukum mengacu kepada fakta superioritas penguasa yang berdaulat itu. Kata perintah memiliki empat unsur, yaitu kehendak, sanksi, ekspresi kehendak, dan generalitas. Keempat unsur tersebut ditambah dengan unsur yang kelima yang disebut pemimpin politik yang superior (penguasa yang berdaulat).

Pemikiran Austin yang menitikberatkan pada sanksi/hukuman atas ketidakpatuhan terhadap perintah penguasa berdaulat dikritik oleh Kelsen. Menurutnya, hukuman sebagai esensi hukum sebenarnya mereduksi makna hukum sebagai bidang hukum pidana saja. Padahal ada hukum perdata yang tidak menitikberatkan kepada hukuman. Atas dasar itu, Kelsen kemudian memperkenalkan hukum sebagai sistem norma yang diatur secara hierarki. Validitas suatu norma bergantung kepada norma hukum yang juga valid yang memiliki kedudukan yang lebih tinggi sampai pada norma dasar (*grundnorm*) yang berfungsi sebagai sumber keharusan dalam bidang hukum. Kelsen juga menyatakan bahwa hukum harus dilihat dari dimensi bentuk dan bukan isi, serta tidak membicarakan hal-hal faktual (*Sein*). Hukum harus dilihat dari segi normatifnya, sehingga hal-hal di luar hukum seperti pertimbangan politik, psikologis, dan moral harus dikeluarkan dari hukum. Kelsen memisahkan antara hukum dan moral (tesis moralitas) sekaligus antara hukum dengan fakta (tesis normatifitas).

Pemikiran Austin dan Kelsen kemudian dikritik oleh Hart yang menurutnya hanya menekankan pada aspek eksternal hukum. Padahal, orang mematuhi hukum tidak hanya karena takut kepada sanksi melainkan karena memiliki kewajiban untuk mematuhi. Dengan kata lain, ada perbedaan esensial antara 'diwajibkan' dengan 'memiliki kewajiban'. Hal yang terakhir inilah yang disebut Hart sebagai aspek internal hukum. Hart kemudian mengusulkan bahwa

hukum sebagai sistem peraturan primer dan peraturan sekunder yang meliputi peraturan pengenalan, peraturan perubahan, dan peraturan ajudikasi. Titik tekan Hart pada peraturan sekunder agar hukum mendatangkan kepastian, adaptif dan efektif dalam menyelesaikan sengketa atau konflik yang terjadi.



BAB III

TEORI HUKUM RONALD DWORKIN DAN LON L. FULLER

A. Pemikiran Hukum Ronald Dworkin

1. Posisi Pemikiran Hukum Ronald Dworkin

Jika positivisme Hart mengkonsepsikan hukum sebagai suatu sistem peraturan, adanya diskresi pengadilan, dan memisahkan antara hukum dan moralitas, Dworkin justru memaknai hukum sebagai standar moral, dan oleh karenanya antara hukum dan moralitas tidak dapat dipisahkan. Bagi Dworkin, penggunaan diskresi oleh hakim dalam memutus suatu perkara tidak dibenarkan. Dengan kata lain, tidak ada diskresi pengadilan dalam memutus suatu perkara. Pada sisi yang lain, tidak terpisahkannya hukum dan moralitas tidak kemudian menyamakan antara pemikiran Dworkin dengan pemikiran teori hukum alam. Dworkin menolak ide-ide hukum yang dikembangkan oleh teori hukum kodrat karena dianggapnya apriori. Karena penolakan inilah, pemikiran hukum Dworkin berada diantara positivisme hukum dan teori hukum alam.

2. Kritik Dworkin terhadap Positivisme Hukum Hart

Kritik utama Dworkin terhadap positivisme hukum terkait dengan konsepsi hukum yang menurutnya masih umum. Bentham dan Austin, penganut positivisme hukum klasik, memandang hukum sebagai seperangkat perintah yang dikeluarkan oleh penguasa berdaulat yang memiliki kekuasaan untuk menjatuhkan sanksi. Kelsen menganggap hukum sebagai seperangkat norma-norma dasar atau primer. Sedangkan Hart mengartikan hukum sebagai suatu sistem peraturan primer dan peraturan sekunder yang divalidasi oleh peraturan pengenalan. Bagi keempat teoritis ini, suatu jenis tunggal standar umum saja yang disebut hukum, dan segala sesuatu yang tidak sesuai dengannya tidak dapat disebut hukum.

Kelemahan para kaum positifis, menurut Dworkin, adalah ketidakmampuan mereka untuk mengakui standar lain sebagai hukum. Dalam situasi di mana tidak ada hukum tertentu yang dapat diterapkan terhadap situasi tertentu, Dworkin menyebutnya dengan istilah kasus sulit, hakim kemudian diperbolehkan untuk menggunakan diskresi agar putusan bisa dijatuhkan. Dalam konteks inilah, Dworkin secara khusus mengkritik pemikiran hukum Hart yang mengkonsepsikan hukum sebagai suatu sistem peraturan.

Menurut Hart, hanya peraturan yang sesuai dengan kriteria validitas hukum sebagaimana dimaksud dalam peraturan pengenalan yang layak disebut sebagai hukum. Sedangkan yang lain seperti moralitas dan standar sosial tidak dapat disebut hukum, dan oleh karena itu keberadaannya tidak relevan digunakan dalam proses adjudikasi di pengadilan. Dalam berbagai kasus normal, hakim tidak mengalami kesulitan mengidentifikasi peraturan-peraturan hukum yang diterapkan terhadap suatu perkara dan menggunakannya sebagai solusi dalam memecahkannya.

Masalah muncul, menurut Dworkin, ketika kasus yang ditangani hakim adalah tergolong kasus sulit (*hard cases*), suatu kasus di mana tidak ada peraturan hukum yang secara spesifik dapat digunakan untuk menyelesaikan perkara yang dihadapkan ke pengadilan. Bagi Hart, diskresi dapat digunakan oleh hakim dalam memutus perkara yang sulit itu. Ini artinya, hakim akan menggunakan konsepsi pribadinya tentang apa yang dianggap adil atau tidak adil, dan berdasarkan konsepsinya itulah putusan dibuat. Proses adjudikasi dalam perkara sulit, dengan diskresi hakim, sebenarnya telah memberikan kesempatan kepada hakim untuk membuat hukum baru atau bahkan secara fundamental mengubah makna dan mengukur penerapan hukum. Bagi Dworkin, pendekatan kaum positifis ini sebenarnya tidak secara tepat merefleksikan dan menjelaskan apa yang terjadi ketika hakim membuat putusan dalam perkara-perkara sulit.

3. Standar Moral dan Hukum

Dworkin percaya bahwa hukum tidak hanya sekedar peraturan, tapi juga standar-standar yang lain seperti kebijakan dan prinsip. Standar ini memiliki kedudukan yang sama dengan peraturan dari sisi signifikansi, efek dalam proses legislasi dan adjudikasi, meskipun antara standar yang lain dengan peraturan berbeda karakter dan model pelaksanaannya. Semua standar ini secara bersama-sama membentuk susunan moral suatu masyarakat dan dimaksudkan untuk melindungi kepentingan-kepentingan tertentu yang dianggap oleh anggota masyarakat sebagai sesuatu yang bernilai. Kepentingan-kepentingan ini secara normal ditetapkan dalam konteks hak-hak yang abstrak seperti hak untuk hidup, kebebasan, dan martabat manusia. Setiap masyarakat memiliki hak-hak abstrak tertentu yang khas dan memiliki pandangan yang berbeda tentang kepentingan-kepentingan yang perlu dilestarikan dan dilindungi itu.

Pemikiran Dworkin bahwa moralitas itu harus dimaknai dalam konteks kepentingan-kepentingan tertentu yang dianggap bernilai dan berbeda antara satu masyarakat dengan masyarakat yang lain, merupakan kritik terhadap teori hukum alam yang menyatakan bahwa manusia dapat menemukan prinsip-prinsip moral yang lebih tinggi kedudukannya daripada kehendak manusia dan yang bersifat universal, abadi, dan tidak berubah. Ide Dworkin tentang hak-hak abstrak menjadikan moralitas menjadi bagian dari hukum dan eksistensinya harus dipertimbangkan hakim dalam memutus suatu perkara.

4. Perbedaan antara Peraturan dengan Prinsip

Dworkin membedakan secara tegas antara peraturan dengan prinsip. Dalam proses adjudikasi, prinsip diterapkan secara berbeda dengan peraturan. Ketika prinsip diterapkan terhadap suatu kasus, ia menyediakan alasan atas kasus yang diputus di dalam suatu cara tertentu, tapi ini tidak mensyaratkan bahwa putusan tersebut harus sesuai dengan peraturan. Kondisi ini tidak ditemukan dalam penerapan peraturan. Hal ini karena mungkin saja prinsip-prinsip saling bertentangan, dan dalam situasi seperti ini berbagai prinsip tersebut dipertimbangkan satu sama lain sebelum putusan dibuat untuk menerapkan satu prinsip atau yang lain.

Karena kecenderungannya yang mengandung konflik, prinsip memiliki pertimbangan, suatu kualitas dan dimensi yang memungkinkan mereka dibandingkan, ditimbang, dan pilihan-pilihan dibuat di antara prinsip-prinsip tersebut. Perbandingan dan pertimbangan ini tidak ditemukan dalam peraturan. Oleh karena itu, tidak mungkin satu peraturan bertentangan dengan peraturan yang lain. Dengan demikian, prinsip tetap valid dan mengikat secara hukum meskipun ada pertentangan di dalamnya.

5. Diskresi Pengadilan dan Kasus-kasus Sulit (*hard cases*)

Dalam memutus suatu perkara yang dihadapkan ke pengadilan, hakim tidak hanya dibatasi untuk menerapkan satu perangkat standar, seperti peraturan, dalam memecahkan perkara tersebut. Standar yang lain seperti prinsip tersedia baginya yang memungkinkan untuk menjatuhkan putusan bahkan dalam perkara di mana tidak suatu peraturan tertentu yang dapat diterapkan terhadapnya. Penggunaan prinsip ini memaksa hakim untuk membuat putusan tertentu dan membatasi penggunaan diskresi.

Bagi Dworkin, hakim tidak memiliki diskresi quasi-legislatif. Hakim tidak memiliki diskresi untuk membuat putusan yang berakibat pada penciptaan hukum baru atau secara fundamental merubah hukum yang ada. Hakim hanya memiliki diskresi di dalam cara di mana mereka menerapkan hukum sebagaimana ditemukan dalam peraturan dan prinsip. Hal ini karena, meskipun hakim tidak disediakan prosedur-prosedur khusus dalam menerapkan pada setiap hukum, mereka tidak boleh bertindak secara mekanis, tapi harus melakukan penilaian dengan mengacu kepada pertimbangan keadilan dan kepatantasan. Pada akhirnya, karena eksistensi dan pelaksanaan prinsip-prinsip hukum, pasti ada jawaban yang benar atas suatu sengketa terhadap pertanyaan "siapa yang berhak menang?". Yang diperlukan semua hakim adalah menemukan jawaban itu, dan untuk menemukannya ia harus mencarinya melalui susunan moral masyarakat.

Untuk mengilustrasikan argumennya tersebut, Dworkin mengetengahkan kasus nyata yang mencerminkan penggunaan prinsip. Dalam kasus *Riggs v Palmer* tahun 1899, seorang ahli waris yang tidak sabar ingin mendapatkan harta warisan berusaha ingin membunuh sang pewaris harta. Haruskah ia diperbolehkan untuk menerima warisan tersebut? Keinginannya untuk membunuh,

seperti yang tertera dalam pernyataan itu, yang menjadi dasar putusan hakim dan disamakan dengan melakukan pembunuhan. Tetapi apakah pembunuh boleh menerima warisan atau tidak ada kejelasan. Materi aturan dalam rangkaian surat wasiat tidak memberikan pengecualian apapun untuk dapat diberlakukan. Jika demikian, seharusnya pembunuh itu tetap diberi hak atas warisan. Namun Pengadilan tetap memutuskan dengan mengacu kepada pandangan bahwa penerapan materi aturan dalam surat wasiat itu harus tunduk kepada prinsip bahwa 'tidak seorang pun yang boleh mengambil keuntungan dari kesalahannya sendiri'. Melalui perkara ini, Dworkin ingin menunjukkan bahwa hukum tidak hanya berisi peraturan, tapi juga prinsip. Dengan kata lain, selalu ada standar-standar hukum yang mendukung putusan hakim dalam kasus sulit, bahkan di saat eksistensi dan penerapan standar ini tidak selalu diucapkan oleh hakim.

Hakim yang ideal, yang oleh Dworkin disebut Hercules, memiliki kapasitas untuk menyediakan justifikasi yang mendalam atau lengkap atas putusan dalam kasus-kasus sulit dengan berbasis pada prinsip. Untuk sampai pada hal ini, Hercules akan mulai mengkonstruksi teori hukum yang paling mungkin yang berisi justifikasi moral dan politik bagi peraturan-peraturan dan institusi hukum. Teori ini, jika berhasil dijalankan, akan menghasilkan hukum sebagai jaringan mulus tanpa lipatan yang berisi peraturan hukum, prinsip hukum, dan standar hukum yang lain yang mampu menghadirkan jawaban benar-tunggal dalam setiap kasus atas pertanyaan 'siapa yang berhak menang?'.

Tentu saja, beberapa hakim membuat kesalahan dalam memutus 'perkara-perkara sulit', dan kadangkala mereka tidak menerapkan prinsip-prinsip itu secara tepat sehingga jawaban atas hak yang benar tadi tidak terjawab. Tapi ini hanya akibat dari kekeliruan hakim sebagai seorang manusia dan tidak membuat

kebenaran putusan lain yang dibuat dengan dasar yang sama menjadi tidak berlaku. Faktanya adalah bahwa kebanyakan hakim tidak menyediakan penjelasan tentang hal itu, dan justifikasi yang memadai atas putusan-putusan mereka dalam kasus sulit tidak dapat diartikan bahwa penjelasan dan justifikasi ini tidak ada.

B. Pemikiran Hukum Lon L. Fuller

1. Fuller dan Delapan Prinsip Moralitas Prosedural dalam Pembentukan Hukum

Lon L. Fuller, salah seorang guru besar di Harvard University, menyatakan bahwa hukum positif wajib sejalan dengan moralitas. Fuller melihat hukum sebagai institusi yang tidak bisa dipisahkan dari moral. Keduanya memiliki hubungan yang niscaya. Hukum selalu mengandung prinsip-prinsip nilai moral. Fuller melalui penyebutan 'inti moralitas hukum' (*inner morality of law*), kajian hukum memiliki tujuan tertentu untuk mengarahkan subjek hukum patuh pada aturan sesuai prinsip-prinsip moral hukum. Pengabaian tujuan menurut Fuller akan menjadikan kajian hukum tidak punya arti bagi perbaikan hukum. Bagi Fuller, perbaikan hukum atau reformasi hukum dapat dicapai dengan cara tidak memisahkan hukum dan moralitas.⁸⁷

Fuller menentang pemikiran Hart bahwa hukum hanya berkenaan dengan peraturan dan tidak ada kaitannya dengan moral. Tujuan hukum, menurut Fuller, adalah mengatur perbuatan manusia melalui hukum. Fuller kemudian mencetuskan delapan prinsip moralitas prosedural dalam setiap pembuatan hukum. Kedelapan ini harus dijadikan sebagai dasar agar hukum yang dibuat sesuai dengan tujuan hukum, yaitu:⁸⁸

87 Christina Maya Indah S, "Menggagas Cita Moral dalam Penafsiran Hukum Hakim", *Refleksi Hukum Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 4 No. 1, 2019, hlm. 43

88 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1964

- 1) Generalitas;
- 2) Non-rekroaktifitas;
- 3) Promulgasi (publikasi);
- 4) Kejelasan;
- 5) Non-kontradiksi;
- 6) Kemungkinan untuk dipatuhi atau ditaati;
- 7) Konsistensi;
- 8) Kesesuaian antara aturan yang diumumkan dengan tindakan aparat penegak hukum.

Pada waktu Fuller mengajukan delapan prinsip hukum yang terkenal sebagaimana dimaksud diatas, saat itu muncul moral sebagai inti atau jantung hukum. Menurut Fuller, hukum tidak dapat diterima sebagai hukum kecuali apabila bertolak dari moralitas tertentu.⁸⁹ Fuller mengemukakan bahwa sistem hukum dicirikan oleh moralitas aspirasi, dan oleh karenanya hukum dan moralitas tidak dapat dipisahkan. Ia juga menyatakan bahwa dalam suatu komunitas masyarakat di mana sistem hukum yang ada tidak cocok dengan salah satu dari prinsip-prinsip di atas, maka tidak dapat dikatakan ada hukum dalam komunitas masyarakat tersebut. Sistem hukum yang dalam pembentukannya berkeinginan patuh pada ke delapan prinsip di atas oleh Fuller disebut dengan moralitas aspirasi. Dengan kata lain, hukum bisa disebut sistem hukum atau tidak bergantung kepada sampai sejauh mana eksistensinya sesuai dengan kedelapan prinsip tersebut.

Menurut Fuller, hukum harus memenuhi ukuran moral tertentu. Hukum tidak layak disebut hukum apabila memperlihatkan kegagalan-kegagalan dalam pembentukan undang-undang sebagai berikut:

- a. *A failure to achieve rules at all, so that every issue must not be decided on an ad hoc basis* (kegagalan untuk mengeluarkan

89 *Ibid.*, hlm. 67-68

- aturan. Suatu sistem hukum harus mengandung aturan-aturan, artinya ia tidak boleh membuat putusan-putusan yang hanya bersifat *ad hoc*);
- b. *A failure to publicize, or at least to make available to the affected party, the rules he is expected to observe* (kegagalan untuk mengumumkan aturan tersebut kepada publik. Aturan yang telah dibuat harus diumumkan);
 - c. *The abuse of retroactive legislation, which not only cannot itself guide action, but undercuts the integrity of rules prospective in effect, since it puts them under the threat of retrospective change* (Kegagalan yang menyalahgunakan perundang-undangan yang berlaku surut. Tidak boleh ada aturan yang berlaku surut, oleh karena aturan seperti itu tidak dapat dipakai sebagai pedoman tingkah laku. Mengizinkan aturan berlaku surut akan merusak integritas aturan yang ditujukan untuk berlaku pada waktu yang akan datang. Aturan harus disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti);
 - d. *A failure to make rules understandable* (kegagalan membuat aturan yang mudah dimengerti);
 - e. *The enactment of contradictory rules* (kegagalan karena membuat aturan-aturan yang saling bertentangan. Suatu sistem hukum tidak boleh mengandung aturan yang bertentangan satu sama lain);
 - f. *Rules that requires conduct beyond the powers of affected party* (kegagalan karena menuntut dilakukannya perilaku di luar orang yang diatur. Aturan-aturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan);
 - g. *Introducing such frequent changes in the rules that the subject cannot orient his action by them* (kegagalan karena sering melakukan perubahan. Tidak boleh ada kebiasaan untuk mengubah aturan sehingga orang menyebabkan kehilangan orientasi);

- h. *A failure to congruence between rules as announced and their actual administrations* (kegagalan untuk menyesuaikan aturan dengan praktik penerapannya. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari).⁹⁰

2. Moralitas Terdalam Hukum

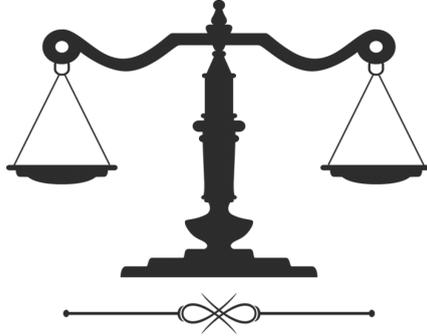
Fuller menilai bahwa, berbeda dengan penganut positivisme hukum yang memandang hukum harus dipisahkan dari moral, terdapat kebutuhan untuk menghubungkan antara hukum dan moral melalui apa yang disebutnya sebagai alasan di dalam tatanan hukum. Ide dasar yang menjustifikasi pembentukan suatu sistem hukum adalah terletak pada tujuannya, yaitu mengatur perbuatan manusia melalui peraturan. Agar sistem kontrol sosial itu dikatakan sebagai sistem hukum, ia harus mengakui tujuan-tujuan prosedural tertentu, yang digambarkan oleh seperangkat prinsip, sebagai tujuannya.⁹¹

Fuller lebih lanjut mengatakan bahwa agar tujuan hukum sebagaimana disebutkan di atas terwujud, maka sistem hukum harus ditetapkan sehingga dapat diterapkan secara efektif sesuai dengan tujuan hukum tersebut. Prinsip-prinsip yang berisi persyaratan dasar bagi suatu sistem hukum agar mencapai tujuan hukum oleh Fuller disebut dengan moralitas terdalam hukum (*the inner morality of law*). Prinsip ini disebut internal karena tujuan yang digambarkan bersifat intrinsik pada keseluruhan ide hukum dan berkontribusi pada pencapaian tujuan hukum dan pada justifikasi bagi pembuatannya.⁹² Keberadaan prinsip ini merupakan prinsip moral karena menyediakan standar bagi evaluasi tindakan petugas hukum dalam membuat dan menerapkan hukum.

90 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised edition, Yale University Press, London, 1969, hlm. 39.

91 Edwin W. Tucker, "The Morality of Law, by Lon L. Fuller", *Indiana Law Journal*, Vol. 40, No. 2, 1965, hlm. 271-279

92 Peter P. Nicholson, "The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics", *Ethics*, Vol. 84, No. 4, 1974, hlm. 307-326



BAB IV

KONSEKUENSI METODOLOGI ALIRAN-ALIRAN PEMIKIRAN HUKUM

A. Pendahuluan

Pemikiran hukum ditandai dengan perkembangan pemikiran dalam aliran-aliran yang terdapat pada ilmu hukum. Kemunculan suatu aliran hukum merupakan respon atau kritik terhadap aliran hukum sebelumnya, atau ia muncul sebagai respon terhadap perkembangan sosial masyarakat pada masa itu. Berbagai aliran yang muncul dan berkembang dalam khazanah pemikiran hukum meliputi Aliran Hukum Alam, Positivisme Hukum, Utilitarianisme, Realisme Hukum, *American Sociological Jurisprudence*, dan Mazhab Sejarah. Keenam aliran ini memiliki tesis yang berbeda satu sama lain. Dasar ontologi, epistemologi, aksiologi dan metodologi keenam aliran ini memiliki perbedaan, meskipun dalam dimensi tertentu seperti dimensi atau basis ontologi, ada kesamaan antara beberapa aliran tersebut.

Terkait positivisme hukum, Stanley L. Paulson menjelaskan posisi pemikiran hukum Hans Kelsen di antara aliran hukum alam dan positivisme empiris dalam bagan berikut ini:⁹³

93 Hans Kelsen, *Introduction to the Problem of Legal Theory*, diterjemahkan oleh Bonnie Litschewski Paulson dan Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford New York, 1992, hlm xxvi

Hukum dan Fakta Hukum dan Moral	Tesis Normatifitas (keterpisahaan hukum dan fakta)	Tesis Reduktif (Kesatuan hukum dan fakta)
Tesis Moralitas (Kesatuan hukum dan moral)	Teori Hukum Alam	-
Tesis Separibilitas (Keterpisahaan hukum dan moral)	Teori Hukum Murni Kelsen	Positivisme Empiris

Bagan di atas menunjukkan bahwa tesis teori hukum murni merupakan sintesis atas tesis aliran hukum alam dan positivisme empiris. Jika tesis aliran hukum alam adalah tesis moralitas (kesatuan hukum dan moral) dan tesis normatifitas (keterpisahaan hukum dan fakta) yang berbeda dengan tesis positivisme empiris berupa tesis separibilitas (keterpisahan hukum dan moral) dan tesis reduktif (kesatuan hukum dan fakta), maka teori hukum murni mengambil satu tesis aliran hukum alam yaitu tesis normatifitas dan satu tesis positivisme empiris berupa tesis separibilitas. Sedangkan kotak yang kosong tidak terisi karena jika diisi akan menghasilkan sesuatu yang kontradiktif, sebab tidak mungkin memegang tesis reduktif bersama-sama tesis moralitas.⁹⁴

Kontradiksi antara tesis reduktif bersama-sama tesis moralitas dapat dimengerti jika yang dikaji hanya Aliran Hukum Alam, Teori Hukum Murni dan Positivisme Empiris. Tapi, kontradiksi ini dapat dihilangkan jika yang dikaji tidak hanya ketiganya, melainkan memasukkan juga Mazhab Sejarah, *American Sociological Jurisprudence* dan Utilitarianisme. Dalam konteks itulah, tulisan ini mengkaji keenam aliran dalam filsafat hukum tersebut dengan melakukan pemetaan terhadap tesis dari keenamnya dan konsekuensi metodologis yang ditimbulkan dengan mengacu kepada bagan yang dibuat Stanley L. Paulson, termasuk kotak kosong yang sengaja tidak diisi.

94 Lihat Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006, hlm 9-10

B. Moralitas dan Normatifitas dalam Teori Hukum Alam

John Finch menyatakan bahwa terdapat banyak nama yang disematkan kepada aliran hukum alam, seperti hukum alam semesta (*the law of universe*), hukum Tuhan (*the law of God*), hukum abadi (*the eternal law*), hukum umat manusia (*the law of mankind*), dan hukum akal budi (*the law of reason*).⁹⁵ Tesis hukum alam adalah bahwa terdapat hubungan yang esensial antara hukum dan moral (*there is an essential connection between law and morality*).⁹⁶ Tesis ini, yang disebut dengan tesis moralitas, berimplikasi pada dua hal. *Pertama*, validitas moral merupakan prasyarat yang dibutuhkan secara logis bagi adanya validitas hukum.⁹⁷ Pernyataan Augustinus bahwa hukum yang tidak adil bukan hukum (*an unjust law is not law/lex iniusta non est lex*) merupakan gambaran dari hubungan ini.⁹⁸ *Kedua*, tatanan moral merupakan bagian dari tatanan alam. Aquinas mengatakan:⁹⁹

Law is nothing than an ordinance of reason for the common good, promulgated by him who has the care of the community....Human law has the nature of law in so far as it partakes of right reason....So far as it deviates from reason, it is called an unjust law and has the nature, not of law, but of violence...Such are acts of violence rather than laws because as Augustine says, a law that is not just seems to be no law at all.

Setiap hukum yang dibuat oleh manusia harus sesuai dengan hukum alam, dalam arti hukum itu harus berasal dari hukum alam. Jika hukum yang dibuat itu ternyata tidak sesuai dari dasar-dasar yang terdapat dalam hukum alam, maka hukum itu disebut hukum yang tidak adil, dan hukum yang tidak adil sesungguhnya merupakan tindakan kekerasan, bukan hukum itu sendiri.¹⁰⁰

95 John Finch, *Introduction to Legal Theory*, Edisi Kedua, Sweet & Maxwell, London, 1974, hlm 21

96 Jeffrie G. Murphy dan Jules L. Coleman, *Philosophy of Law an Introduction to Jurisprudence*, Edisi Revisi, Westview Press, London, 1990, hlm 11

97 *Ibid.*, hlm 15; Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 2009, hlm 60

98 Dennis Patterson (editor), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishers, United Kingdom, 1999, hlm 226

99 Jeffrie G. Murphy dan Jules L. Coleman, *op.cit.*

100 Dennis Patterson, *op.cit.*

Tesis lain aliran hukum alam adalah tesis normatifitas, yaitu terpisahnya hukum dari fakta (*normativity thesis*). Hukum alam tidak berbicara tentang fakta. Apa yang dimaksud hukum di sini adalah hukum yang digambarkan berlaku abadi, yang norma-normanya berasal dari Tuhan Yang Maha Esa, dari alam semesta dan dari akal budi manusia. Sebagai hukum yang kekal dan abadi, begitu jauh tidak terikat oleh waktu dan keadilan dalam tingkatan yang paling mutlak kepada segenap umat manusia. Ia berakar pada batin manusia atau masyarakat dan lepas dari konvensi, undang-undang atau alat kelembagaan yang lain.¹⁰¹

Dengan tesis moralitas dan normatifitas di atas, aliran hukum alam mengkonsepsikan hukum sebagai keadilan dan kebenaran, berlaku secara universal dan abadi.¹⁰² Keadilan menjadi nilai yang hendak diwujudkan oleh aliran ini, sehingga tidak mengherankan jika metode penelitian aliran hukum alam bernuansa filosofis karena bersifat inklusif, sinopsis, dan reflektif-kritis. Apa yang diasumsikan sebagai benar dengan sendirinya adalah moralitas positif berupa asas-asas kebenaran dan keadilan yang universal. Asas-asas inilah yang dipakai untuk menguji legitimasi dan muatan keadilan suatu norma positif. Cara kerja aliran ini dalam suatu penelitian hukum menggunakan silogisme deduktif (doktrinal-deduktif).¹⁰³ Selain itu, karena hukum dikonsepsikan sebagai asas kebenaran dan keadilan yang universal, maka ruang lingkupnya bersifat universal.

Dalam kaitannya dengan penelitian hukum, topik tentang Konvensi Internasional Anti Penyiksaan (*International Convention Against Torture*) dan Kriminalisasi Perdagangan Orang (*human*

101 Otje Salman S, *Filsafat Hukum (Perkembangan dan Dinamika Masalah)*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hlm 40

102 Lili Rasjidi dan Ira Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Cetk, Ketujuh, Citra Aditya Bakti, 2001, hlm 47; John Finch, *Introduction to Legal Theory*, Edisi Kedua, Sweet & Maxwell, London, 1974, hlm 21

103 Shidarta, "Pemetaan Aliran-aliran Pemikiran Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya", dalam Sulistyowati Irianto dan Shidarta (Editor), *Metode Penelitian Hukum Konstelasi dan Refleksi*, Cetk. Pertama, Yayasan Obor, Jakarta, 2009, hlm 161

trafficking) sangat dekat dengan aliran hukum alam, karena merupakan dasar filsafati larangan penyiksaan dan kriminalisasi perdagangan orang berasal dari pemikiran hukum aliran hukum alam. Pertanyaan tentang mengapa negara-negara perlu meratifikasi Konvensi Internasional Anti Penyiksaan adalah karena dilatarbelakangi oleh nilai-nilai moralitas yang berlaku universal dengan melintasi ruang dan waktu. Demikian juga pertanyaan tentang mengapa perdagangan orang perlu dilarang oleh hukum pidana. Ia merupakan perbuatan yang bertentangan dengan nilai-nilai kemanusiaan seorang manusia di manapun dan kapanpun ia berada.

C. Pemisahan Hukum dan Moral serta Kesatuan Hukum dan Fakta dalam Positivisme Empiris

Berlawanan dengan tesis moralitas dan normatifitas aliran hukum alam adalah tesis positivisme empiris. Jika hukum alam menyatukan hukum dan moral, positivisme empiris justru sebaliknya; hukum harus dipisahkan dari moral. Juga, positivisme empiris tidak memisahkan antara hukum dan fakta (*reductive thesis*), suatu pemikiran yang ditentang oleh aliran hukum alam. Bagi positivisme empiris, hukum dapat direduksi sebagai fakta sosial.

Dalam konteks aliran-aliran dalam filsafat hukum, realisme hukum Amerika Serikat adalah aliran yang memisahkan antara hukum dan moral dan lebih mementingkan fakta sosial. Realisme berarti berhubungan dengan dunia nyata, dimana dunia sebagaimana ia nyata sekarang. Realisme hukum adalah suatu studi tentang hukum sebagai sesuatu yang benar-benar secara nyata dilaksanakan, dibandingkan dengan sekedar hukum sebagai sejumlah aturan yang hanya termuat dalam perundang-undangan, tetapi tidak pernah dilaksanakan.¹⁰⁴

104 Achmad Ali, *Sosiologi Hukum Kajian Empiris terhadap Pengadilan*, Badan Penerbit Iblam, Jakarta, 2004, hlm 41

Menurut penganut aliran ini, sifat normatif hukum harus dikesampingkan. Karena bagi mereka, hukum pada hakikatnya adalah manifestasi makna-makna simbolik para pelaku sosial. Pemaknaan demikian jelas sangat jauh dari nuansa filsafat, tetapi lebih mengarah kepada kombinasi dari berbagai disiplin ilmu, seperti sosiologi, psikologi, antropologi, dan ekonomi.¹⁰⁵ Dalam kaitannya dengan penanganan suatu perkara, hakim harus selalu melakukan pilihan, asas mana yang akan diutamakan dan pihak mana yang dimenangkan. Keputusan tersebut sering mendahului ditemukan atau digarapnya peraturan-peraturan hukum yang menjadi landasannya.¹⁰⁶ Oleh karenanya, kreatifitas hakim merupakan sentral dalam pembentukan hukum (*judge-made law*)¹⁰⁷ sebab hukum bukan logika, melainkan pengalaman (*the actual life of law has not been logic: it has been experience*).¹⁰⁸

Karena hukum menurut aliran realisme hukum dikonsepsikan sebagai pola perilaku dari pengalaman hakim di persidangan, maka metode penelitiannya adalah non-doktrinal induktif dengan ruang lingkup yang sempit (kasuistik), yaitu fakta-fakta sosial yang kasuistik. Dalam memutuskan kasus yang sedang ditangani, hakim tidak lagi berpedoman kepada norma-norma positif, melainkan beralih kepada realitas sosial dan kebutuhan masyarakat. Norma-norma positif ini tidak lagi digunakan oleh hakim jika tidak sesuai dengan realitas dan kebutuhan masyarakat. Selain itu, agar putusan hakim yang satu dengan yang lain tidak bertentangan satu sama lain, maka asas preseden menjadi pengikat sehingga ketidakpastian dan disparitas putusan dapat dicegah.¹⁰⁹

105 Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaa*, CV. Utomo, Bandung, 2006, hlm 273

106 Antonius Sudirman, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya Suatu Pendekatan dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku Kasus Hakim Bismar Siregar*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm 30

107 Albert A. Ehrenzweic, *Psychoanalytic Jurisprudence*, Sijthoff/Oceana, Netherlands, 1971, hlm 77

108 Margaret Davies, *Asking The Law Question*, Edisi Ketiga, Lawbook CO, Australia, 2008, hlm 158

109 Shidarta, *Pemetaan...op.cit.*, hlm 154

Contoh penelitian hukum yang menggunakan aliran realisme hukum adalah pengambilan sisa hasil panen (*gresek/gasak*) padi, randu, daun cengkeh dan hasil pertanian lainnya yang sudah menjadi kebiasaan masyarakat desa di Jawa.¹¹⁰ Pertanyaannya adalah apakah warga masyarakat yang mengambil hasil pertanian tersebut dikategorikan sebagai mengambil barang milik orang lain secara melawan hukum sebagaimana maksud Pasal 362 KUHP? Tentu saja hakim tidak perlu melihat KUHP untuk memutus perkara tersebut, melainkan mendasarkan kepada kebiasaan masyarakat desa di Jawa yang sudah menjadi pola-pola perilaku yang ajek. Kesimpulannya adalah bahwa mengambil sisa hasil pertanian bukanlah pencurian karena hal itu sudah menjadi kebiasaan masyarakat desa di Jawa. Dalam kasus ini, hakim berperan sebagai pembuat hukum (*judge made law*) dibandingkan dengan pelaksana undang-undang.

D. Pemisahan Hukum dan Moral serta Normatifitas dalam Teori Hukum Murni

Tesis yang dibangun oleh Kelsen dengan teori hukum murninya sebenarnya merupakan sintesis atas tesis aliran hukum alam dan positivisme empiris yang bertolak belakang. Dengan kata lain, pemikiran Kelsen merupakan jalan tengah dari dua aliran hukum tersebut. Di sini, Kelsen mengambil satu tesis aliran hukum alam yakni tesis keterpisahan antara hukum dan fakta (*normativity thesis*) dan satu tesis positivisme empiris yakni keterpisahan antara hukum dan moral (*separability of law and morality*). Sebaliknya, Kelsen menolak tesis aliran hukum alam tentang kesatuan antara hukum dan moral dan satu tesis positivisme empiris tentang kesatuan antara hukum dengan fakta.

Kelsen berpandangan bahwa teori hukum harus dibedakan dari hukum itu sendiri, hukum harus seragam dalam arti dapat

110 Widodo Dwi Putro, *Kritik terhadap Paradigma Positivisme Hukum*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm 181

diterapkan pada semua waktu dan tempat, hukum harus dilepaskan dari anasir-anasir politik, psikologis, sosiologis, dan dipisahkan dari nilai-nilai moral atau etis;¹¹¹ dengan kata lain hukum harus benar-benar murni, dan hukum merupakan pencerminan dari proposisi yang “seharusnya”.¹¹² Kelsen menghendaki dilepaskannya pemikiran metayuridis mengenai hukum sebagaimana diyakini oleh para eksponen aliran hukum alam. Karena itu, setiap norma hukum haruslah eksis dalam alamnya yang objekif sebagai norma-norma yang positif (*all law is enacted law*),¹¹³ ditegaskan sebagai wujud kesepakatan kontraktual yang konkrit antara warga masyarakat. Hukum tidak lagi dikonsepsikan sebagai asas-asas moral metayuridis yang abstrak tentang hakikat keadilan, melainkan *ius* yang telah mengalami positivisasi sebagai *lege* atau *lex*, guna menjamin kepastian mengenai apa yang disebutkan sebagai hukum dan apa pula yang dianggap sebagai normatif harus dinyatakan sebagai sebagai hal-hal yang bukan disebutkan sebagai hukum.¹¹⁴

Selain terpisah dari moral, hukum juga terpisah dari fakta. Hukum adalah norma positif dalam sistem perundang-undangan dan terlepas dari fakta sosial. Apa yang telah dinormakan menjadi undang-undang adalah hukum. Validitas suatu norma tidak terletak pada kesesuaian antara norma itu dengan kenyataan, melainkan kepada norma yang terletak di atasnya sampai pada norma dasar (*grundnorm*) yang berfungsi sebagai sumber keharusan dalam bidang hukum. Norma dasar ini dapat dirumuskan dalam bentuk suatu kaidah hukum yang dianggap sebagai yang tertinggi dalam bidang hukum. Kaidah itu

111 Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Cetak. Keenambelas, Kanisius, Yogyakarta, 2012, hlm 156

112 R.M.W Dias, *Jurisprudence*, Edisi Kelima, Butterworhts, London, 1985, hlm 358; R. M Dworkin, *Filsafat Hukum Sebuah Pengantar*, Diterjemahkan oleh Yudi Santoso, Merkid Press, Yogyakarta, 2007, hlm 2; Herman Bakir, *Filsafat Hukum Desain dan Arsitektur Kesejarahan*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm 330-334

113 George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York, 1996, hlm 33

114 Sutandyo Wignosoebroto, “Permasalahan Paradigma dalam Ilmu Hukum”, *Jurnal Wacana*, Vol 6, 2000, hlm 13

berbunyi sebagai berikut: orang harus menyesuaikan diri dengan apa yang ditentukan (*man soll sich so verhalten wie die verfassung vorschreibt*). Bagi Kelsen, norma dasar itu semata-mata berfungsi sebagai syarat transendental-logis berlakunya seluruh tata hukum. Itu berarti bahwa keharusan dan kewajiban yang berkaitan dengan hukum tidak berasal dari isi kaidah hukum yang tertentu, melainkan dari segi formalnya.¹¹⁵

Dengan dua tesis teori hukum murni Kelsen tersebut, wajar jika metode penelitiannya menggunakan metode doktrinal-deduktif dalam lingkup partikular. Dikatakan partikular karena ruang lingkup keberlakuan norma-norma positif itu hanyalah sebatas wilayah kekuasaan penguasa yang bersangkutan. Teori hukum murni tidak mengasumsikan ada norma-norma yang berlaku universal karena apa yang menjadi hukum selalu merupakan produk pemegang kekuasaan politik. Selain itu, metode penelitian dalam perspektif teori hukum murni akan senantiasa menjadikan norma-norma positif sebagai sumber utama untuk menjustifikasi setiap permasalahan hukum. Norma-norma positif yang diasumsikan benar dengan sendirinya itu selalu ditempatkan sebagai premis mayor. Rumusan premis mayor inilah yang menentukan ke mana arah konklusi dari silogisme deduktif tersebut.¹¹⁶

Dalam kaitan dengan penelitian hukum, contoh kasus *gresek/gasak* di atas akan berbeda jika menggunakan tesis dalam teori hukum murni Kelsen. Jawaban atas pertanyaan tentang apakah warga masyarakat yang mengambil hasil pertanian tersebut dikategorikan sebagai mengambil barang milik orang lain secara melawan hukum sebagaimana maksud Pasal 362 KUHP bergantung kepada kesesuaian antara premis minor berupa fakta bahwa warga masyarakat desa di Jawa telah mengambil sisa hasil panen milik orang lain dengan premis mayor berupa unsur-unsur delik dalam Pasal 362 KUHP.

115 Theo Huijbers, *op.cit.*, hlm 158

116 Shidarta, *Pemetaan...op.cit.*, hlm 160

Jika kesimpulannya adalah sesuai, maka perbuatan warga tersebut dikategorikan sebagai pencurian. Di sini, hakim berperan sebagai pelaksana undang-undang. Apa yang termaktub dalam Pasal 362 KUHP akan disesuaikan oleh hakim dengan kasus yang sedang ditangani. Jika ada kesesuaian, maka hakim tinggal memutus bahwa perbuatan seseorang terbukti memenuhi unsur dalam Pasal 362 KUHP.

E. Moralitas dan Kesatuan Hukum dan Fakta dalam Pemikiran Mazhab Sejarah

Tesis yang dibangun mazhab sejarah yang dikembangkan oleh Savigny di satu sisi memiliki persamaan sekaligus perbedaan dengan aliran hukum alam, dan di sisi lain juga memiliki kemiripan dengan positivisme empiris. Persamaan dengan aliran hukum alam adalah terletak pada penyatuan antara hukum dan moral (*morality thesis*). Baik aliran hukum alam maupun mazhab sejarah sama-sama tidak memisahkan antara hukum dan moral. Sedangkan perbedaannya, lingkup moral menurut mazhab sejarah tidak bersifat universal sebagaimana dalam tesis aliran hukum alam, melainkan bersifat partikular. Keberadaan setiap hukum termasuk nilai-nilai moral adalah berbeda, bergantung kepada tempat dan waktu berlakunya hukum. Hukum dipandang sebagai penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa (*volksgeist*).¹¹⁷ Apa yang dianggap bermoral atau tidak bermoral berbeda antara satu bangsa dengan bangsa lain bergantung kepada jiwa bangsa itu.

Edgar Bodenheimer dengan mengutip pemikiran Savigny mengatakan bahwa:¹¹⁸

117 Absori, Kelik Wardiono, dan Saepul Rochman, *Hukum Profetik Kritik terhadap Paradigma Non-Sistematik*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2015, hlm 104

118 Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence The Philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press, USA, 1978, hlm 71

The law was not something that should be made arbitrarily and deliberately by a lawmaker. Law was a product of "internal, silently-operating forces". It was deeply rooted in the past of a nation, and its true sources were popular faith, custom, and "the common consciousness of the people". Like the language, the constitution, and the character of a nation, by "its national spirit" (volksgeist).

Jadi, hukum itu harus bersumber dari kebiasaan dan kesadaran umum masyarakat. Aturan hukum yang dibuat dan diterapkan hendaknya merupakan endapan dari jiwa hukum rakyat. Karena hanya dengan inilah, aturan itu bisa diterapkan dan berfungsi dengan baik di masyarakat. Hukum tumbuh dan berkembang sejalan dengan perkembangan rakyat, dan akhirnya punah dengan berakhirnya suatu bangsa.¹¹⁹

Mazhab sejarah juga tidak memisahkan antara hukum dengan fakta (*reductive thesis*) sebagaimana tesis positivisme empiris. Mazhab sejarah meyakini hukum tidak perlu dibuat karena ia tumbuh dan berkembang mengikuti masyarakat. Organisme hukum yang hidup ini mengejawantah dalam perilaku-perilaku sosial dalam skala makro. Penelitian hukum dalam mazhab sejarah mutlak membutuhkan data lapangan dengan mengamati praktik-praktik hukum masyarakat dari waktu ke waktu.¹²⁰ Oleh karena itu, antara hukum dengan fakta tidak dapat dipisahkan karena hukum adalah pola perilaku yang terlembagakan.

Berdasarkan dua tesis mazhab sejarah tersebut, metode penelitian menurut mazhab ini memadukan dua pendekatan sekaligus yaitu silogisme doktrinal-deduktif (hukum sebagai penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa) dan non-doktrinal-induktif (organisme hukum yang hidup mengejawantah dalam perilaku-perilaku sosial dalam skala makro)¹²¹ sehingga ruang lingkungannya partikular.

119 *Ibid.*, hlm 72

120 Shidarta, *Pemetaan...op.cit.*, hlm 161

121 Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaan*, CV. Utomo, Bandung, 2006, hlm 259

Penelitian tentang penyelesaian perkara pidana berbasis hukum adat, sangat dekat dengan tesis mazhab sejarah. Di sini, peneliti tidak perlu membandingkan dengan model penyelesaian sengketa di negara lain karena yang hendak diketahui adalah nilai-nilai kearifan lokal masyarakat Indonesia dalam menyelesaikan perkara pidana. Atau, penelitian tentang fondasi filsafat ilmu hukum Pancasila juga berangkat dari tesis mazhab sejarah. Peneliti akan mengkaji sejarah perumusan Pancasila dan pembukaan Undang-undang Dasar 1945, falsafah dan cita-cita hukum bangsa Indonesia, serta pandangan hidup bangsa Indonesia. Semua itu menjadi bahan dalam mengkonstruksi fondasi filsafat ilmu hukum Pancasila.

F. Pemisahaan Hukum dan Moral serta Kesatuan Hukum dan Fakta dalam *American Sociological Jurisprudence*

American Sociological Jurisprudence lahir sebagai jalan tengah atas ketegangan antara positivisme hukum dan mazhab sejarah. Jika positivisme hukum mengkonsepsikan hukum sebagai norma positif dalam sistem perundang-undangan dan mengabaikan keberadaan data lapangan, maka realisme hukum justru membutuhkan data lapangan karena hukum dikonsepsikan sebagai pola-pola perilaku sosial yang terlembagakan. Perbedaan mengenai konsep hukum kedua aliran ini 'didamaikan' oleh *American Sociological Jurisprudence* yang memandang bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat. Sesuai disini berarti bahwa hukum itu mencerminkan nilai-nilai yang hidup di masyarakat.¹²² Hukum positif dalam sistem perundang-undangan itu hanya akan efektif jika selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.¹²³ Aliran ini mengkonsepsikan hukum sebagai putusan hakim *in-concreto*.¹²⁴

122 Lili Rasjidi dan Ira Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Cetk, Ketujuh, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm 66

123 Otje Salman, *Filsafat Hukum (Perkembangan dan Dinamika Masalah)*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hlm 72

124 Shidarta, *Karakteristik...op.cit*, hlm 268

American Sociological Jurisprudence tetap menjadikan norma positif dalam sistem perundang-undangan sebagai acuan, namun tidak dipandang sebagai hukum yang hakiki, melainkan sebagai dasar saja untuk menyelesaikan suatu kasus konkrit. Tesis yang dibangun aliran ini adalah pemisahan antara hukum dengan moral sebagai konsekuensi dari konsepsi hukum sebagai norma positif dalam sistem perundang-undangan. Pada saat yang sama, aliran ini juga tidak memisahkan antara hukum dengan fakta karena putusan hakim haruslah sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Dengan kata lain, dasar putusan hakim tidak semata-mata norma positif dalam sistem perundang-undangan, melainkan nilai atau kenyataan yang hidup dan dipraktikkan dalam masyarakat.

Dalam konteks pendekatan dalam penelitian hukum, *American Sociological Jurisprudence* memadukan dua pendekatan sekaligus secara bersamaan, yaitu pola *bottom-up* yang non-doktrinal induktif dan pola *top-down* yang doktrinal deduktif.¹²⁵ Meskipun pendekatan dalam penelitian aliran ini sama dengan pendekatan penelitian mazhab sejarah, tetapi keduanya berbeda. *Pertama*, yang disebut doktrinal deduktif bukanlah jiwa bangsa (*volksgeist*), melainkan norma positif dalam sistem perundang-undangan. *Kedua*, yang disebut non-doktrinal induktif bukanlah pola-pola perilaku sosial yang terlembagakan, melainkan putusan hakim (*judge made law*). Jadi, lingkup *American Sociological Jurisprudence* adalah kasuistik, sedangkan mazhab sejarah partikular.

Contoh penelitian hukum yang menggunakan tesis *American Sociological Jurisprudence* adalah perkawinan yang dilangsungkan pada masa iddah. Pertanyaannya adalah apakah perkawinan yang dilangsungkan pada masa iddah tidak sah atau batal? Untuk menjawab pertanyaan ini, peneliti perlu melakukan dua hal secara bersamaan (simultan), yaitu mengetahui hukum perkawinan yang dilangsungkan

125 *Ibid.*, hlm 266

pada masa iddah menurut kebiasaan masyarakat dan menurut norma positif dalam sistem perundang-undangan. Jika kedua instrumen hukum menyimpulkan bahwa perkawinan yang dilangsungkan pada masa iddah tidak sah, maka peneliti menyimpulkan bahwa perkawinan tersebut tidak sah/batal.¹²⁶

G. Pemisahaan Hukum dan Moral serta Kesatuan Hukum dan Fakta dalam Utilitarianisme

Aliran utilitarianisme merupakan aliran yang dipelopori oleh tiga eksponen utamanya yaitu Jeremy Bentham, John Stuart Mill, dan Rudolf von Jhering. Dengan memegang prinsip bahwa manusia akan melakukan tindakan untuk mendapatkan kebahagiaan yang sebesar-besarnya dan mengurangi penderitaan, dan Bentham mencoba menerapkannya di bidang hukum. Baik buruknya suatu perbuatan diukur apakah perbuatan itu mendatangkan kebahagiaan atau tidak. Demikian pula dengan perundang-undangan, baik buruknya ditentukan pula oleh ukuran tersebut. Oleh karena itu, undang-undang yang memberikan kebahagiaan pada bagian terbesar masyarakat akan dinilai sebagai undang-undang yang baik.¹²⁷

N.E. Simmonds mengatakan:

*The basic principle of utility required us to weight up the consequences, in terms of happiness and unhappiness, of various alternative actions, and choose that action which would, on balance, have the best consequences, in the sense of producing the largest net balance of happinesses.*¹²⁸

Tesis utilitarianisme sama dengan tesis positivisme hukum dari dimensi ontologi karena kedua aliran ini memandang hukum sebagai norma positif dalam sistem perundang-undangan. Hukum, dengan demikian, harus dipisahkan dengan moral (*separability thesis*). Perbedaan utilitarianisme dengan positivisme justru terletak pada

126 Contoh penelitian hukum ini dimodifikasi dari Shidarta, *Ibid.*, hlm 268-269

127 Rasjidi dan Iran Rasjidi, *Dasar-dasar...op.cit.*, hlm 64

128 N.E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence, Justice, Law and Rights*, Sweet & Maxwell, London, 1986, hlm 15

dimensi epistemologi dan aksiologi. Utilitarianisme tidak sekedar mementingkan tujuan kepastian hukum. Jika norma-norma positif hanya diarahkan pada pencapaian kepastian, maka pekerjaan telah berakhir begitu suatu keputusan atau putusan hukum selesai ditetapkan. Utilitarianisme memandang dimensi kemanfaatan dari keputusan atau putusan hukum itu juga perlu diperhatikan untuk mengukur seberapa jauh keberlanjutan suatu norma positif dapat terus dipertahankan.¹²⁹ Dengan kata lain, norma positif dalam sistem perundang-undangan itu harus diuji dalam lapangan kenyataan. Karena ada dimensi uji dalam lapangan kenyataan inilah, maka tesis lain utilitarianisme adalah tidak memisahkan antara hukum dan fakta.

Dengan mengetahui kedua tesis utilitarianisme di atas, dapat diketahui bahwa pendekatan dalam penelitian menurut utilitarianisme adalah gabungan dari doktrinal deduktif dengan gerakan *top-down* dan non-doktrinal induktif dengan gerakan *bottom-up*. Yang pertama terkait konsepsi hukum sebagai norma positif dalam sistem perundang-undangan, sedangkan yang kedua berhubungan dengan efektifitas dan kemanfaatan norma positif tersebut di dalam masyarakat. Gerakan *top-down* dan *bottom-up* tidak simultan, tetapi berjalan linier. Setiap peraturan yang dikonsepsikan sebagai perintah penguasa itu memerlukan waktu kemudian untuk dievaluasi dan dinilai baik buruknya. Ini berarti, prinsip *efficacy* tidak dapat mempengaruhi prinsip *validity*. Suatu norma positif tetap absah, terlepas hasil evaluasinya menunjukkan aturan itu tidak membawa manfaat bagi sebagian besar masyarakat yang terikat norma tersebut (*the greatest happiness of the greatest number*). Gerakan *bottom-up* terkait keharusan agar produk hukum yang dibuat pembentuk undang-undang dinilai responsif.¹³⁰ Dengan kata lain, gerakan *bottom-up* sebagai bentuk *feedback* bagi norma positif dalam sistem perundang-undangan (gerakan *top-down*).¹³¹

129 Shidarta, *Pemetaan...op.cit.*, hlm 164

130 Shidarta, *Karakteristik...op.cit.*, hlm 253

131 Shidarta, *Pemetaan...op.cit.*, hlm 165

Dalam konteks penelitian hukum, penelitian tentang pemakaian helm SNI bagi pengendara sepeda motor dapat dianalisis dengan menggunakan tesis aliran utilitarianisme. Pertanyaan pokoknya adalah apakah kewajiban memakai helm SNI bagi pengendara sepeda motor dalam Undang-undang Nomor 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan memberikan kemanfaatan kepada mereka di jalan raya? Peneliti akan menganalisis kasus-kasus kecelakaan pengendara sepeda motor di jalan dalam rentang waktu yang agak lama dengan menfokuskan pada bagian anggota tubuh mana yang rentan mengalami luka. Jika kesimpulan penelitian menyatakan bahwa sebagian besar kecelakaan mengenai kepala pengendara sepeda motor, maka kewajiban memakai helm SNI bermanfaat bagi pengendara sepeda motor untuk melindungi kepalanya dari kemungkinan benturan yang menyebabkan kepalanya luka.

H. Penutup

Tiap-tiap aliran hukum yang berkembang memiliki tesis yang berbeda satu dengan lain yang berimplikasi pada perbedaan metodologinya. Tesis aliran hukum alam adalah tesis moralitas dan normatifitas. Hukum alam menyatukan antara hukum dan moral, tapi memisahkan antara hukum dengan fakta. Pendekatan penelitian menurut hukum alam bersifat doktrinal deduktif dengan lingkup yang universal. Tesis positivisme empiris justru memisahkan antara hukum dan moral serta menyatukan hukum dan fakta. Pendekatan penelitian menurut positivisme empiris adalah non-doktrinal induktif karena hukum dikonsepsikan sebagai manifestasi makna-makna simbolik para pelaku sosial.

Tesis teori hukum murni Kelsen merupakan sintesis dari tesis hukum alam dan positivisme empiris. Tesis normatifitas dari hukum alam dan tesis pemisahan antara hukum dan moral dari positivisme empiris diambil dan dijadikan tesis teori hukum murni. Pendekatan penelitiannya adalah doktrinal deduktif. Lingkup kajiannya bersifat

partikular karena hukum dikonsepsikan sebagai norma positif dalam sistem perundang-undangan yang terikat dengan ruang dan waktu. Sedangkan tesis mazhab sejarah adalah kesatuan antara hukum dan moral serta kesatuan antara hukum dan fakta, sehingga pendekatan penelitiannya merupakan gabungan dari doktrinal deduktif dan non-doktrinal induktif. Nilai-nilai moral menurut mazhab sejarah dibatasi pada jiwa setiap bangsa (*volksgeist*) sehingga lingkungannya bersifat partikular.

Tesis *American Sociological Jurisprudence* adalah pemisahan antara hukum dan moral serta penyatuan antara hukum dan fakta. Pendekatan penelitiannya berupa doktrinal deduktif dan non-doktrinal induktif yang dilakukan secara simultan dengan lingkup yang kasuistik. Sebagai sintesis dari positivisme hukum dan mazhab sejarah, *American Sociological Jurisprudence* berbeda dengan positivisme hukum dan mazhab sejarah. Jika positivisme hukum menjadikan norma positif dalam sistem perundang-undangan sebagai yang utama, *American Sociological Jurisprudence* justru menempatkannya sebagai dasar saja untuk menyelesaikan suatu kasus konkrit. Aliran ini juga membatasi konsep hukum sebagai putusan hakim (*judge made law*). Sedangkan tesis utilitarianisme adalah pemisahan antara hukum dan moral serta kesatuan antara hukum dan fakta. Konsep hukum menurut aliran utilitarianisme sama dengan konsep hukum menurut teori hukum murni, yaitu norma positif dalam sistem perundang-undangan. Hal yang membedakan pada dimensi epistemologi dan aksiologi di mana utilitarianisme menggunakan pendekatan doktrinal deduktif dan non-doktrinal induktif secara linier. Norma positif dalam sistem perundang-undangan itu harus diuji dalam lapangan kenyataan. Oleh karena itu, nilai kepastian hukum diikuti dengan nilai kemanfaatan. Dalam kaitannya dengan kotak yang sengaja tidak diisi Stanley L. Paulson, tesis-tesis mazhab sejarah, *American Sociological Jurisprudence*, dan utilitarianisme sebenarnya dapat dimasukkan ke dalam kotak tersebut meskipun antara ketiganya tidak sama persis.

INDEKS

A

Aksiologi 9, 21
American Sociological Jurisprudence 21, 54, 55, 65, 66, 70, 71
Auguste Comte 22

B

Bernard Arief Sidharta 17, 23, 24

E

Epistemologi 9, 21

F

Friedrich Karl von Savigny 2

H

Hans Kelsen vi, 22, 24, 34, 35, 36, 54, 55, 75
H.L.A. Hart vi, 22, 38, 39, 40
Hukum alam 57, 69
Hukum modern 27
Hukum Romawi 4, 13

J

John Austin vi, 2, 22, 24, 29, 30, 33, 35, 36

L

Lili Rasjidi 3, 6, 8, 13, 16, 23, 24, 57, 65

M

Marc Galanter 27, 29
Mazhab sejarah 2, 18, 19, 64
Montesquieu 3, 18

N

Norma dasar 33, 62
Norma hukum 33

O

Ontologi 9

P

Pancasila v, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 65, 78, 79

Peraturan pengenalan 39, 40

Peraturan primer 38, 39

Positivisme hukum 22, 24, 41

Prinsip 47, 50, 54

Puchta v, 2, 8, 14, 18

R

Realisme hukum 58

Reduktif 55

Ronald Dworkin vii, 44

S

Seminar Hukum Nasional 14, 15, 16, 18, 78

Separabilitas 55

Sir Henry Maine 8, 18

Sistem Peraturan 35

Stanley L. Paulson 34, 54, 55, 71

T

Teori hukum murni 62

Thibaut 4

W

W. Friedman 3, 6, 13

Y

Yurisprudensi analitis 73

Yurisprudensi normatif 29

DAFTAR PUSTAKA

- Ali, Achmad. 2004. *Sosiologi Hukum Kajian Empiris terhadap Pengadilan*. Jakarta: Badan Penerbit Iblam.
- Ali, Zainudin. 2006. *Filsafat Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Asshiddiqie, dan Safa'at, M. Ali. 2006. *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*. Jakarta: Mahkamah Konstitusi.
- Austin, John. 1995. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge University Press.
- Bakir, Herman. 2007. *Filsafat Hukum Desain dan Arsitektur Kesejarahan*. Bandung: PT. Refika Aditama.
- Bentham, Jeremy Bentham. 2000. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kihthener: Botoche Books.
- Bodenheimer, Edgar. 1978. *Jurisprudence the Philosophy and Method of the Law*. USA: Harvard University Press.
- Darmodiharjo, Darji, dan Shidarta. 1995. *Pokok-pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Davies, Margaret. 2008. *Asking the Law Question*. Australia: Lawbook Co.
- Dias, R.M. 1985. *Jurisprudence*. London: Butterworhts.
- Dimiyati, Khudzaifah. 2005. *Teorisasi Hukum Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*. Surakarta: Muhammadiyah University Press.
- Dworkin, R. M. 2007. *Filsafat Hukum Sebuah Pengantar*. Yogyakarta: Merkid Press.
- Ehrenzweic, Ibert A. 1971. *Psychoanalytic Jurisprudence*. Netherlands: Sijthoff/Oceana.

- Finch, John. 1974. *Introduction to Legal Theory*. London: Sweet & Maxwell.
- Fletcher, George P. 1996. *Basic Concepts of Legal Thought*. New York: Oxford University Press.
- Friedman, W. 1993. *Teori & Filsafat Hukum Telaah Kritis atas Teori-teori Hukum (Susunan I)*. Jakarta: Penerbit PT. RajaGrafindo Persada.
- Friedman, W. 1994. *Teori & Filsafat Hukum Idealisme Filosofis & Problema Keadilan (Susunan II)*. Jakarta: Penerbit PT. RajaGrafindo Persada.
- Fuller, Lon L. 1964. *The Morality of Law*. Connecticut: Yale University Press.
- Hart, H.L.A. 2013. *Konsep Hukum*. Diterjemahkan oleh M. Khozim. Bandung: Nusa Media.
- Huijbers, Theo. 2012. *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*. Yogyakarta: Kanisius.
- Indah, S. Christina Maya. 2019. "Menggagas Cita Moral dalam Penafsiran Hukum Hakim". *Refleksi Hukum Jurnal Ilmu Hukum*. Vol. 4 No. 1.
- Kasim, Ihdhal. 2000. *Mempertimbangkan 'Critical Legal Studies', dalam Kajian Hukum di Indonesia*. Jurnal Wacana. Volume 6.
- Kelsen, Hans. 1961. *The General Theory of Law and State*. New York: Clarendon Press.
- Kelsen, Hans. 1992 *Introduction to the Problem of Legal Theory*. New York: Clarendon Press.
- Kuiper, Heather. 2012. "Understanding Fundamental Secondary Rules and the Inclusive/Exclusive Legal Positivism Debate". Disertasi: McMaster University.
- Laudjeng, Hedar, dan Simartana, Rikardo. 2000. "Pendekatan Mazhab Hukum Non-Positivistik dalam Bidang Hukum Sumberdaya Alam". *Jurnal Wacana*, Vol 6.
- Lukito, Ratno. 2008. *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia*. Jakarta: Pustaka Alvabet.

- Murphy, Jeffrie G., dan Coleman, Jules L. 1999. *Philosophy of Law an Introduction to Jurisprudence*. Edisi Revisi, London: Westview Press.
- Nicholson, Peter P. 1974. *The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics*. Ethics. Vol. 84, No. 4.
- Nonet, Philippe. 1990. *What is Positive Law?*. Yale Law Journal. Vol. 100.
- Oktoberina, Sri Rahayu, dan Savitri, Niken Savitri. (2008). *Butir-butir Pemikiran dalam Hukum Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta*. Bandung: Refika Aditama.
- Patterson, Dennis. 1999. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. United Kingdom: Blackwell Publishers.
- Peters, A.A.G., dan Siswosoebroto, Koesriani. 1988. *Hukum dan Perkembangan Sosial Buku Teks Sosiologi Hukum*. Buku II. Jakarta: Sinar Harapan.
- Prasetyo, Teguh, dan Barkatullah, Abdul Halim. (2014). *Filsafat, Teori & Ilmu Hukum*. Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Putro, Widodo Dwi. 2011. *Kritik terhadap Paradigma Positivisme Hukum*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Rahardjo, Satjipto. 2014. *Ilmu Hukum*, . Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Rasjidi, Lili, dan Sidharta B. Arief. 1989. *Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya*. Bandung: CV. Remaja Karya.
- Rasjidi, Lili, dan Sidharta B. Arief. 2001. *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Rasjidi, Lili. 1991. *Filsafat Hukum - Apakah Hukum itu?*. Bandung: PT. Remaja Rosdakarya.
- Saksono, Gatut. 2007. *Pancasila Seokarno*. Yogyakarta: Rumah Belajar Yabinkes.
- Salman, Otje. 2009. *Filsafat Hukum (Perkembangan dan Dinamika Masalah)*. Bandung: Refika Aditama.
- Samekto, FX. Adji. (2005). *Studi Hukum Kritis Kritik terhadap Hukum Modern*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

- Seminar Hukum Nasional Ke-1 Tahun 1963.
- Seminar Hukum Nasional Ke-2 Tahun 1968.
- Seminar Hukum Nasional Ke-3 Tahun 1974.
- Seminar Hukum Nasional Ke-4 Tahun 1979.
- Seminar Hukum Nasional ke-6 Tahun 1994.
- Seminar Hukum Nasional ke-7 Tahun 1999.
- Sidharta, Bernard Arief. *Filsafat Hukum Pancasila: Bahan Kuliah Program Pascasarjana Magister Hukum*. Fakultas Hukum UII. Tidak Dipublikasikan.
- Shidarta, dan Irianto, Sulistyowati. 2009. *Metode Penelitian Hukum Konstelasi dan Refleksi*. Jakarta: Yayasan Obor.
- Shidarta. 2010. "Pemetaan Aliran-aliran Pemikiran Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya Suatu Pengantar ke Arah Pemahaman Penelitian Hukum Normatif". Makalah disampaikan pada Seminar Nasional Metodologi Penelitian dalam Ilmu Hukum, Bagian Hukum dan Masyarakat Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 16 Desember 2010.
- Shidarta. 2006. *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaan*. Bandung: CV. Utomo.
- Simmons, N.E. 1986. *Central Issues in Jurisprudence Justice, Law and Rights*. London: Sweet & Maxwell.
- Soejadi. 1999. *Pancasila Sebagai Sumber Tertib Hukum Indonesia*. Yogyakarta: Lukma Offset.
- Spaak, Torben. 2004. *Legal Positivism and the Objectivity of Law*. Analisis e Diritto.
- Spaak, Torben. 2010. *Kelsen and Hart on the Normativity of Law*. Stockholm Institute for Scandianvian Law.
- Sudirman, Antonius. 2007. *Hati Nurani Hakim dan Putusannya Suatu Pendekatan dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku Kasus Hakim Bismar Siregar*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Sulistyanta. 2005. "Tinjauan Kritis Sejarah terhadap Munculnya Negara dan Hukum Modern". *Jurnal Ilmu Hukum*. Vol. 8, No. 2.

- Tanya, Bernard L., et al. 2010. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Tucker, Edwin W. 1965. "The Morality of Law, by Lon L. Fuller". *Indiana Law Journal*. Vol. 40, No. 2.
- Ujan, Andre Ata. 2009. *Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Kanisius.
- Wacks, Raymond. 2006. *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press.
- Wahana, Paulus. 1993. *Filsafat Pancasila*. Yogyakarta: Kanisius
- Wardiono Absori Kelik, dan Rochman, Saepul. 2015. *Hukum Profetik Kritik terhadap Paradigma Non-Sistematik*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Wignjosoebroto, Soetandyo. 2000. *Permasalahan Paradigma dalam Ilmu Hukum*. Jurnal Wacana. Vol. 6.
- Wignjosoebroto, Soetandyo. 2013. *Pergeseran Paradigma dalam Kajian-kajian Sosial dan Hukum*. Malang: Setara Press.

TENTANG PENULIS

Muhammad Arif Setiawan, lahir di Bandung, 10 Juli 1962, adalah dosen tetap Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta yang saat ini menjabat sebagai Ketua Jurusan dan Kepala Pendidikan Khusus Profesi Advokat (PKPA) FH UII. S-1 diselesaikan di FH UII tahun 1987, S-2 di FH UI tahun 1996, dan S-3 di PDIH UNDIP tahun 2010. Mengampu Mata Kuliah Hukum Acara Pidana, Etika Profesi Hukum, Sistem Peradilan Pidana, dan Penegakan Pidana. Membimbing dan menguji disertasi baik di Program Doktor Ilmu Hukum FH UII dan FH UGM. Seringkali memberikan keterangan ahli pidana pada pemeriksaan di tingkat penyidikan maupun di sidang pengadilan dalam perkara tindak pidana umum, tindak pidana korupsi, tindak pidana perbankan, dan tindak pidana pencucian uang. Buku yang ditulis; 1) *Asas Strict Liability* pada Delik Lingkungan (ditulis bersama Mahrus Ali); 2) *Sistem Peradilan Pidana*; 3) *Economic Analysis of Law* dalam Hukum Pidana (ditulis bersama Mahrus Ali); dan 4) *Kapita Selekta Teori Hukum*. Korespondensi penulis: arif.setiawan@uii.ac.id

Mahrus Ali adalah dosen tetap Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta. S-1 dan S2 diselesaikan di FH UII, sedangkan S3 di UNDIP. Semuanya dengan predikat *cumlaude*. Telah menghasilkan lebih dari 15 buku dan puluhan jurnal ilmiah baik nasional maupun internasional (scopus). Penulis dapat dihubungi di mahrus_ali@uii.ac.id