

Varia

TEORI HUKUM KONTEMPORER



Penulis:

Assoc. Prof. Dr. H. Firman Freaddy Busroh., S.H., M.Hum., C.T.L., C.M.N.

Assoc. Prof. Dr. Hj. Fatria Khairo, S.TP., S.H., M.H., C.T.L.

VARIA TEORI HUKUM KONTEMPORER

UU No 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta

Fungsi dan sifat hak cipta Pasal 4

Hak Cipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 huruf a merupakan hak eksklusif yang terdiri atas hak moral dan hak ekonomi.

Pembatasan Pelindungan Pasal 26

Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23, Pasal 24, dan Pasal 25 tidak berlaku terhadap:

- i. penggunaan kutipan singkat Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait untuk pelaporan peristiwa aktual yang ditujukan hanya untuk keperluan penyediaan informasi aktual;
- ii. Penggandaan Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait hanya untuk kepentingan penelitian ilmu pengetahuan;
- iii. Penggandaan Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait hanya untuk keperluan pengajaran, kecuali pertunjukan dan Fonogram yang telah dilakukan Pengumuman sebagai bahan ajar; dan
- iv. penggunaan untuk kepentingan pendidikan dan pengembangan ilmu pengetahuan yang memungkinkan suatu Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait dapat digunakan tanpa izin Pelaku Pertunjukan, Produser Fonogram, atau Lembaga Penyiaran.

Sanksi Pelanggaran 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).

VARIA TEORI HUKUM KONTEMPORER

Penulis:

Assoc. Prof. Dr. H. Firman Freaddy Busroh., S.H., M.Hum., C.T.L., C.M.N.

Assoc. Prof. Dr. Hj. Fatria Khairo, S.TP., S.H., M.H., C.T.L.

Penerbit:



CV. Intelektual Manifes Media
Jalan Raya Puri Gading Cluster Palm Blok B-8
Kabupaten Badung, Bali
www.infesmedia.co.id

Anggota IKAPI

No. 034/BAI/2022

VARIA TEORI HUKUM KONTEMPORER

Penulis:

Assoc. Prof. Dr. H. Firman Freaddy Busroh., S.H., M.Hum., C.T.L., C.M.N.

Assoc. Prof. Dr. Hj. Fatria Khairo, S.TP., S.H., M.H., C.T.L.

Editor:

Dr. Ermanto Fahamsyah, S.H., M.H., C.LA.

Tata Letak:

Miko Andi Wardana

Dede Riansya Putra

Desain Cover:

Erma Yuliani

Ukuran:

B5: 25 x 17,6 cm

Halaman:

XXIX, 556

ISBN:

978-623-8528-47-9

Terbit Pada:

Juni, 2024

Hak Cipta 2024 @ Intelektual Manifes Media dan Penulis

Hak cipta dilindungi Undang-Undang. Dilarang keras menerjemahkan, memfotokopi, atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini tanpa izin tertulis dari Penerbit atau Penulis

PENERBIT INTELEKTUAL MANIFES MEDIA

(CV. Intelektual Manifes Media)

Jalan Raya Puri Gading Cluster Palm Blok B-8

Kabupaten Badung, Bali

www.infesmedia.co.id

KATA PENGANTAR

Puja dan puji syukur kami haturkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat rahmat-Nyalah buku dengan judul Buku Varia Teori Hukum Kontemporer disusun oleh Dr. H. Firman Freaddy Busroh., S.H., M.Hum., C.T.L, Dr. Hj. Fatria Khairo, S.TP., S.H., M.H., C.T.L.. Walaupun jauh dar kesempurnaan, tetapi kami mengharapkan buku ini dapat dijadikan referensi atau bacaan serta rujukan bagi akademisi ataupun para profesional mengenal ilmu Hukum terkait Hukum Kontemporer yang dibahas secara mendalam dengan berbagai kajian serta pengukuran dari berbagai sumber empiris dan teori mendalam terkait Ilmu Hukum.

Sistematika penulisan buku ini diuraikan dalam dua puluh Sembilan bab yang membahas secara mendalam tentang Sejarah dan ilmu hukum secara detail lengkap dengan kajian-kajian yang mendalam, selanjutnya pembahasan mendalam tentang teori hukum alam, teori moralitas hukum, teori-teori tentang kedaulatan hukum, teori validasi hukum, teori hukum murni dan grundnorm, teori badan hukum, teori pacta sunt servanda, teori hukum yang merekayasa masyarakat, teori kriminologi kritis, jenis teori hukum dalam ilmu hukum normatife dan ilmu hukum empiris, teori hukum dalam nuasa hukum praktikal, teori sifat hakekat negara, teori pembenaran hukum negara, teori terjadinya hukum negara, teori tujuan negara, teori tipe-tipe negara, teori bentuk negara dan bentuk pemerintahan, teori kedaulatan, teori unsur-unsur negara, teori fungsi negara, teori konstitusi, teori Lembaga perwakilan, teori sendi-sendi pemerintahan, teori alat-alat perlengkapan negara, teori Kerjasama antar negara, teori keadilan, perkembangan pemikiran ilmu hukum, dan pandangan orang tentang negara hukum beserta pengujian berdasarkan kajian empiris beserta indiator-indikator yang dikupas secara komprehensif.

Ucapan terima kasih yang tak terhingga kepada seluruh pihak yang telah berkontribusi penuh dalam seluruh rangkaian penyusunan sampai penerbitan buku ini. Secara khusus, terima kasih kami sampaikan kepada penerbit CV. Intelektual Manifes Media (Infes Media). Buku ini tentunya banyak kekurangan dan keterbatasan, saran dari pembaca sekalian sangat berarti demi perbaikan karya selanjutnya. Akhir kata, semoga buku referensi ini bisa bermanfaat bagi para pembaca yang berkeinginan untuk mempelajari tentang perilaku konsumen.

Juni, 2024

Editor.

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	i
DAFTAR ISI	iii
BAB 1 TEORI HUKUM ALAM	1
A. TEORI DAN POSTULAT HUKUM ALAM SERTA HAK- HAK ALAMIAH.....	1
B. TEORI HUKUM ALAM DI SEPANJANG SEJARAH.....	8
BAB 2 TEORI MORALITAS HUKUM	23
A. KONSEP-KONSEP TENTANG TEORI MORALITAS HUKUM	23
B. HAKIKAT DARI TEORI MORALITAS HUKUM.....	30
BAB 3 TEORI-TERORI TENTANG KEDAULATAN DALAM HUKUM	43
A. TEORI KEDAULATAN	43
B. TEORI PERINTAH.....	47
C. TEORI KEWAJIBAN DAN PAKSAAN	55
BAB 4 TEORI VALIDITAS HUKUM	59
A. TEORI VALIDITAS DAN EFEKTIVITAS HUKUM	59
B. TEORI VALIDITAS DAN KEBERLAKUAN HUKUM.....	66
BAB 5 TEORI HUKUM MURNI DAN GRUNDNORM	69
A. TEORI HUKUM MURNI.....	69
B. TEORI GRUNDNORM	78
BAB 6 TEORI BADAN HUKUM	89
A. TEORI TENTANG HAKIKAT BADAN HUKUM.....	89
B. TEORI PIDANA KORPORASI	114
BAB 7 TEORI PACTA SUNT SERVANDA.....	127
A. PACTA SUNT SERVANDA: LANDASAN GERAK HUKUM KONTRAK.....	127
B. TEORI FIKSI DAN TEORI REALITAS DALAM PACTA SUNT SERVANDA ..	135
C. TEORI TENTANG LOGIKA DARI PACTA SUNT SERVANDA.....	138
D. TEORI PACTA SUNT SERVANDA DALAM HUKUM INTERNASIONAL	141
BAB 8 TEORI HUKUM YANG MEREKAYASA MASYARAKAT (SOCIAL ENGINEERING).....	145
A. TEORI TENTANG FUNGSI HUKUM DALAM MASYARAKAT	145
B. TEORI HUKUM SEBAGAI SARANA PERUBAHAN	148
C. TEORI HUKUM YANG MEMBENTUK POLA PIKIR BARU DALAM MASYARAKAT	158
BAB 9 TEORI KRIMINOLOGI KRITIS.....	165
A. TEORI-TEORI DALAM ILMU KRIMINOLOGI.....	165
B. TEORI FEMINISME KRITIS.....	171
BAB 10 JENIS TEORI HUKUM DALAM ILMU HUKUM NORMATIF DAN ILMU HUKUM EMPIRIS	177
A. JENIS-JENIS TEORI HUKUM DALAM ILMU HUKUM NORMATIF.....	177
B. JENIS-JENIS TEORI HUKUM DALAM ILMU HUKUM EMPIRIS.....	186
BAB 11 TEORI HUKUM DALAM NUANSA HUKUM PRAKTIKAL	199
A. TEORI HUKUM DALAM HUKUM TATA NEGARA.....	199
B. TEORI PEMISAHAN KEKUASAN DAN BEBERAPA MODIFIKASI	199
C. TEORI HUKUM DALAM HUKUM PIDANA.....	230

D. TEORI HUKUM DALAM HUKUM ACARA.....	250
BAB 12 TEORI SIFAT HAKEKAT NEGARA	263
BAB 13 TEORI PEMBENARAN HUKUM NEGARA.....	273
BAB 14 TEORI TERJADINYA NEGARA	287
BAB 15 TEORI TUJUAN NEGARA	291
BAB 16 TEORI TIPE-TIPE NEGARA	293
BAB 17 TEORI BENTUK NEGARA DAN BENTUK PEMERINTAHAN	297
A. BENTUK NEGARA	297
B. BENTUK PEMERINTAHAN	302
C. SUSUNAN NEGARA.....	304
BAB 18 TEORI KEDAULATAN.....	309
BAB 19 TEORI UNSUR-UNSUR NEGARA	315
BAB 20 TEORI FUNGSI NEGARA.....	323
BAB 21 TEORI KONSTITUSI.....	329
BAB 22 TEORI LEMBAGA PERWAKILAN	381
BAB 23 TEORI SENDI-SENDI PEMERINTAHAN.....	397
BAB 24 TEORI ALAT-ALAT PERLENGKAPAN NEGARA	399
BAB 25 TEORI KERJASAMA ANTAR NEGARA.....	405
BAB 26 TEORI KEADILAN.....	425
BAB 27 PERKEMBANGAN PEMIKIRAN ILMU HUKUM	433
BAB 28 TEORI NEGARA HUKUM.....	441
A. TEORI NEGARA HUKUM.....	441
B. NEGARA HUKUM PROFETIK	457
C. RECHSSTAAT	465
D. COMMON LAW	472
E. SOSIALIST LEGALITY.....	475
F. NEGARA HUKUM INTEGRALISTIK.....	478
G. NEGARA HUKUM PANCASILA.....	484
H. NEGARA HUKUM POSTMODERN.....	487
I. NEGARA HUKUM PASCAKOLONIAL.....	492
BAB 29 PANDANGAN TOKOH TENTANG NEGARA HUKUM	495
DAFTAR PUSTAKA.....	547

BAB 1

TEORI HUKUM ALAM

Lex mnusta non est lex.

Hukum yang tidak adil bukanlah hukum yang benar.

There exists no right to violate a right.

Bukan namanya hak jika dimaksudkan untuk melanggar hak orang lain.

Adalah hukum yang dapat membeda-bedakan antara yang benar dengan yang salah, yang adil dengan yang tidak adil, yang baik dengan yang buruk, yang teratur dengan yang berantakan, yang tertib dengan yang centang perenang, yang damai dengan yang perang, atau yang jujur dengan yang culas Itulah hakikat hukum alam.

A. TEORI DAN POSTULAT HUKUM ALAM SERTA HAK- HAK ALAMIAH

Dalam hubungan dengan hukum alam, dalam ilmu hukum dikenal dua konsep, yaitu konsep hukum alam (*natural law*) dan konsep hak-hak alamiah (*natural rights*) yang merupakan konsep hak asasi manusia. Dalam hal ini hukum alam sebagai induknya melahirkan hak-hak alamiah sebagai anaknya. Karena itu, tanpa hukum alam tidak mungkin ada hak-hak alamiah, karena hak-hak alamiah manusia harus ada yang mengakui, menjaga, dan mengawalinya. Jadi, yang mengakui, menjaga dan mengawal hak-hak alamiah tersebut adalah hukum alam, meskipun kaidah-kaidah hukum alam itu sendiri terkadang dapat muncul ke permukaan dalam bentuk hukum positif.

Pendapat bahwa hukum alamiah yang mengakui, menjaga, dan mengawal hak-hak alamiah manusia tentunya sulit diterima oleh Paham-paham hukum yang bersifat positivisme. Misalnya HLA Hart, seorang penganut positivisme, meskipun secara tidak tegas mengakui eksistensi hukum alam, tetapi beliau



beranggapan bahwa antara hukum alam dan hak-hak alamiah manusia tidak ada korelasinya dan masing-masingnya saling berdiri independen, di mana di antara hak-hak alamiah yang paling utama adalah kebebasan (*freedom*).¹

Selanjutnya, HLA Hart berpendapat bahwa jika misalnya ada yang namanya “hak-hak moral” (*moral rights*), maka hak-hak moral tersebut merupakan hak-hak alamiah (*natural rights*). Dan jika manusia ingin tetap eksis/*survive*, maka harus ada hukum yang berisikan konten minimal (*minimum content*). Maka, hukum dengan minimum konten ini sejajar dengan konsep hukum alam dalam teori hukum alam.

Seperti telah disebutkan, bahwa menurut HLA Hart antara teori hukum alam dan teori hak-hak alamiah manusia saling berdiri independen dari segi logika dan dari segi fungsinya. Dari segi logika, seseorang dapat menerima teori hukum alam tanpa mengakui teori hak-hak alamiah. Demikian juga sebaliknya bahwa seseorang dapat saja mengakui teori hak-hak alamiah tanpa mengakui teori hukum alam.

Menurut HLA Hart, independensi antara hukum alam dan hak-hak alamiah manusia juga dapat dilihat dari segi fungsinya, karena masing-masing memainkan peranan yang berbeda-beda. Dalam hal ini, berbeda dengan hak-hak alamiah, hukum alam sama sekali tidak mempunyai peranan dalam hal menjustifikasi pendapat bahwa “paksaan” secara definisi (*prima facie*) adalah jelek. Di samping itu, berbeda dengan hak-hak alamiah, hukum alam memainkan peranan yang penting dalam menjelaskan konsep-konsep hukum yang berlaku.

Secara garis besar ada empat teori yang berkenaan dengan konsep hukum alam, yaitu:

¹ Michael Martin, *The Legal Philosophy of HLA Har.* Philadelphia, USA, Temple University Press, 1987. hal. 175



1. Teori dari Cicero dengan tesisnya yang *transcendental*, yang menyintesis antara teori manusianya Aristoteles dengan teori kosmologi dari kaum Stoa.
2. Teori Thomas Aquinas, yang mengadopsi teologi tradisional dari hukum Yahudi-Kristen.
3. Teori Richard Hooker, yang menghubungkan antara teori hukum alam neoklasik dari Bragton dengan teologi Kristen.
4. Teori Herbert Spencer, yang merumuskan teori hukum alam atas dasar teori biologi sebagaimana yang dipelopori oleh Charles Darwin.

Sebagaimana diketahui, bahwa teori hukum alam di satu pihak berdiri bertolak belakang dengan teori hukum positif di lain pihak. Para positivis menuduh hukum alam sebagai bagian dari ajaran moral dan idealisme yang tempatnya hanya cocok di menara gading, sehingga tidak mungkin diterapkan dalam sistem kenegaraan dan sistem hukum sehari-hari. Akan tetapi, tuduhan dari kaum positivis ini dalam kenyataannya ternyata tidak benar adanya. Sebab, dalam banyak kesempatan, teori-teori dan kaidah-kaidah hukum alam tetap merupakan inspirasi, jiwa, bahkan kaidah yang sering kali diterapkan ke dalam hukum positif. Misalnya ketika suatu undang-undang dibuat di parlemen, atau suatu putusan diambil dan dirumuskan di pengadilan, ataupun ketika suatu undang-undang dijalankan oleh jaksa, polisi, atau advokat. Hukum alam yang selalu menjadi inspirasi ini merupakan hukum yang abadi. Karena itu terhadap "hukum alam" (*natural law*) ini, sering juga disebut dengan "hukum abadi" (*eternal law*).

Ada beberapa postulat besar yang diusung dan menjadi dasar dari hukum alam, yaitu:

- 1. Postulat bahwa Hukum Alam Berdasarkan Kepada Kebenaran.**

Bahwa secara prinsip, suatu kebenaran dapat diterima oleh akal manusia, sehingga mestinya sebuah prinsip hukum yang berdasarkan kebenaran dapatlah diterima di masyarakat rasional mana pun dan kapan pun. Prinsip-prinsip hukum yang berdasarkan kepada kebenaran yang dapat



diterima oleh rasio manusia ini merupakan kandungan dasar dari hukum alam itu sendiri.

2. Postulat Eksistensi Sikap Benar Manusia

Bahwa prinsip-prinsip dasar dari sikap kemanusiaan yang benar selalu ada menunggu rasio manusia untuk mendapatkannya dan menjabarkannya dalam konsep-konsep dan kaidah-kaidah hukum. Seperti tersedianya obat bagi setiap penyakit menunggu keterampilan manusia untuk menemukan obat-obat bagi penyakit tersebut.

3. Postulat Karakteristik Alam dan Hukum Fisika

Adanya satu hukum sesuai karakteristik alam dan fisika, yang kemudian dijabarkan ke dalam hukum alam di mana semua benda-benda alam termasuk manusia harus mengikutinya, seperti juga hukum alam yang harus diikuti oleh seluruh isi alam semesta, termasuk hukum alam yang harus diikuti oleh bintang, planet, bulan, Bumi, hewan, tumbuh-tumbuhan, benda-benda alam, dan manusia.

4. Postulat Keterbatasan Saling Pengertian

Ketika manusia mengikuti aturan hukum, dia harus rela mengorbankan ketamakannya/keinginan jangka pendeknya untuk kepentingan jangka panjang. Untuk itu diperlukan aturan main agar terbina saling pengertian satu sama lain. Tetapi tidak semua orang dapat mengalahkan nafsu serakahnya dengan nafsu saling pengertian. Karena itu, diperlukan sebuah hukum alam yang pada prinsipnya mengatur secara adil antara keharusan saling pengertian antarmanusia di satu pihak dengan nafsu serakahnya di pihak yang lain.

5. Postulat Kesamaan Kebutuhan Dasar Manusia

Prinsip kesamaan kebutuhan dasar bagi manusia yang berlaku di mana saja dan kapan saja, seperti kebutuhan dasar bahkan yang paling utamanya adalah kebutuhan untuk tetap cksis (hak untuk hidup) di dunia ini atau di alam semesta. Karena adanya kesamaan kebutuhan tersebut, maka dibutuhkan suatu prinsip-prinsip hukum yang sama untuk



mengaturnya agar manusia tetap selalu eksis. Karena itu, harus ada ketentuan hukum alam, misalnya yang melarang pembunuhan, pencurian, melukai orang lain, menipu, atau tidak boleh ada hukum yang melarang orang untuk makan, minum, melanjutkan keturunan, hidup bebas di alam bebas.

6. Postulat Manusia sebagai Makhluk Antara

Manusia secara keseluruhan bukanlah setan yang selalu menyakiti atau merugikan orang lain. Tetapi manusia juga bukan malaikat, yang selalu memberi kasih sayang dan berbuat baik bagi orang lain. Kira-kira manusia berada antara kedudukan setan dan malaikat. Apabila manusia semua seperti malaikat, maka hukum alam tidak dibutuhkan, tetapi karena ada sebagian manusia yang bermental jahat, bahkan pada satu orang baik pun masih ada sifat jahatnya meskipun dalam persentase kecil, maka karenanya dibutuhkan hukum alam.

7. Postulat Kecenderungan Alamiah Makhluk Manusia

Karena ada sebagian manusia (meskipun tidak semua) yang secara alamiah punya kecenderungan dasar untuk menyerang atau merugikan manusia yang lain, seperti juga secara alamiah hewan yang satu cenderung menyerang hewan yang lain. Karena itu, dibutuhkan suatu hukum (hukum alam) yang berlaku di mana pun dan kapan pun, untuk menanggulangnya agar manusia yang satu tidak mencrang/merugikan orang lain.

8. Postulat Kebutuhan akan Kesamaan Perlakuan dan Perlindungan

Manusia membutuhkan kesamaan perlakuan dan perlindungan. Orang yang kuat sekalipun (dalam artian kuat tenaga, fisik, pikiran, kecerdasan, keturunan, kekayaan), kekuatan masih perlu dijaga dan diawasi terus, sehingga mereka juga memerlukan perlindungan hukum. Mereka yang lemah tentu lebih memerlukan lagi perlindungan hukum. Jadi, semua memerlukan perlindungan hukum, memerlukan sebuah hukum yang berlaku di mana saja dan kapan saja.



9. Postulat Keterbatasan Sumber Daya

Bahwa dunia serba terbatas. Salah satunya adalah keterbatasan sumber daya alam dibandingkan dengan kebutuhan atau maunya manusia. Bila tidak ada suatu hukum alam yang mengatur secara adil, maka akan terjadi rebut-rebutan terhadap sumber daya tersebut yang dapat menimbulkan perang, bunuh-bunuhan, dan sebagainya.

Kemudian, para penganut hukum alam umumnya sependapat bahwa keabsahan dari kaidah-kaidah hukum positif haruslah diukur dengan kriteria-kriteria yang lebih luas, lebih permanen, dan lebih fundamental, yaitu hukum alam, jadi bukan hanya sekadar diukur dengan kebiasaan atau tradisi dari manusia atau masyarakat saja.

Jika keabsahan dari hukum positif harus diukur dengan kriteria hukum alam, dalam arti bahwa agar hukum positif tersebut absah haruslah sesuai dengan kaidah hukum alam, lalu bagaimana kita tahu bahwa suatu kaidah hukum positif tersebut sesuai atau tidak sesuai dengan kaidah hukum alam tersebut. Dalam hal ini, ada persoalan dalam bidang epistemologisnya. Untuk itu, sebagian penganut teori hukum alam mencoba menjawabnya dengan mengatakan bahwa hukum positif baru sesuai dengan hukum alam manakala hukum positif tersebut sesuai dengan logika (*reason*). Jadi, jika hukum sesuai dengan logika, “dengan sendirinya” hukum tersebut benar. Akan tetapi nyatanya, sesuai atau tidaknya suatu kaidah hukum dengan logika, berbeda-beda tafsir dari manusia yang satu dengan manusia yang lainnya, atau dari satu kelompok manusia dengan kelompok manusia lainnya.

Kemudian, sebagai penganut paham positivisme, HLA Hart sangat menekankan pada pentingnya faktor eksistensi/survival dari umat manusia di muka Bumi ini, sehingga untuk itu diperlukan suatu aturan hukum. Hal inilah yang membedakan HLA Hart dengan para penganut hukum alam, khususnya penganut hukum alam yang konvensional. Menurut HLA Hart, yang menjadi tujuan hukum adalah agar manusia tetap eksis/*survive* di muka Bumi ini. Akan tetapi, menurut para penganut paham hukum alam konvensional, yang



menjadi tujuan hukum sangat luas, lebih luas dari hanya sekadar mempertahankan eksistensi makhluk manusia.

Konsep hukum alam dari HLA Hart dengan konsep hukum dengan “konten minimal” -nya itu sebenarnya tidak lain dari hukum alam yang didasari atas konsep “empati sederhana (*simple truism*).²

Konsep “empati sederhana” tersebut sebagai berikut:

1. Manusia adalah rentan terhadap serangan fisik.
2. Manusia kurang lebih seimbang antara kemampuan fisik dengan kemampuan mentalnya.
3. Manusia memiliki rasa “empati” (*altruism*) yang terbatas.
4. Manusia memiliki keterbatasan sumber daya.
5. Manusia memiliki keterbatasan dalam hal *widerstanding* dan kuatnya faktor keinginan.
6. Manusia ingin tetap eksis/*survive*.
7. Hukum harus dapat membatasi praktik-praktik kebcbasan manusia dalam melakukan pelanggaran.
8. Hukum harus didasari pada sikap saling menahan diri (*mutual forbearance*).
9. Hukum harus mengatur penggunaan sumber daya alam.
10. Hukum harus menyediakan kriteria-kriteria bagi setiap kewajiban manusia.
11. Hukum harus menyediakan sanksi bagi pelanggar hukum.
12. Umat manusia adalah makhluk rasional.
13. Manusia tidak boleh dicegah untuk menjalankan rencana-rencananya dalam kehidupannya.
14. Masyarakat pada prinsipnya mempunyai sifat rakus dalam hubungan dengan sistem sosial dan ekonomi.

² *Ibid*



15. Dalam setiap masyarakat, kurang adanya sistem perlindungan terhadap korban dari tindakan pelanggaran dari kelompoknya.
16. Dalam setiap masyarakat selalu ada grup-grup pecundang.

B. TEORI HUKUM ALAM DI SEPANJANG SEJARAH

Dalam sejarah hukum di dunia ini, hukum alam telah berulang kali digunakan sebagai dasar untuk memperkuat sendi-sendi hukum suatu bangsa, setelah tatanan hukum yang lama dianggap tidak memadai lagi. Dalam menarik suatu tatanan hukum yang baru, mereka menggunakan kaidah-kaidah hukum alam yang bersifat rasional dan universal, misalnya seperti terlihat dalam hal-hal sebagai berikut:

1. Orang-orang Babilonia memperkuat sistem hukumnya dengan menggunakan sendi-sendi hukum alam sampai dengan terbentuknya The Code of Hammurabi di abad ke-20 Sebelum Masehi.
2. Orang-orang Yahudi menyebarluaskan ajarannya melalui Nabi Musa (abad ke-13 Sebelum Masehi) yang dirumuskan kembali dan ditulis oleh rabi-rabi Yahudi pada abad ke-4 Sebelum Masehi yang bersandikan kepada hukum alam, dalam bentuk kitab Taurat dan kitab Talmud.
3. Budha Gautama di India, Confucius di Cina, dan ajaran-ajaran Hindu di India telah mengajari prinsip-prinsip hukum alam kepada umat manusia ini.
4. Orang-orang Yunani Kuno di zaman Yunani yang memperkuat dasar falsafahnya dengan memanfaatkan teori-teori hukum alam di abad ke-4 Sebelum Masehi.
5. Orang-orang Romawi yang memperkuat sistem pemerintahannya di zaman kejayaan Romawi mulai abad-abad awal Masehi dengan menggunakan prinsip-prinsip hukum alam.
6. Orang-orang Eropa di zaman Pertengahan ketika mereka baru bangkit dari suasana anarkis di Abad-abad Gelap (*Dark Ages*) juga menggunakan ajaran-ajaran hukum alam. Dalam hal ini, kaum Katolik bahkan dengan



resmi memasukkan ajaran hukum alam untuk menjadi doktrin resmi dari paham Katolik.

7. Orang-orang di sekitar jazirah Arab menggunakan kaidah-kaidah hukum alam yang dipercaya berasal dari Tuhan dalam merumuskan ajaran-ajaran Islam yang dibawakan oleh utusan Tuhan, yaitu Nabi Muhammad, untuk mendobrak sistem dan tatanan hukum yang lama di wilayah Arab saat itu. Dan, di awal abad ke-21, di negara-negara Arab dan Afrika (seperti Mesir, Libia, Sudan, Yaman, dan di berbagai negara Arab lainnya) rakyatnya kembali sekali lagi menggunakan prinsip-prinsip hukum alam dalam menumbangkan rezim-rezim tiran bertangan besi yang berkuasa saat itu melalui apa yang disebut dengan "kekuatan rakyat" (*people power*), dengan membentuk sistem pemerintahan yang berdasarkan pada prinsip-prinsip demokrasi.
8. Orang-orang Inggris yang menggunakan teori hukum alam dalam mengubah monarkinya menjadi sebuah sistem monarki konstitusional yang antara lain melahirkan piagam *Magna Charta* yang terkenal itu.
9. Dalam sistem hukum Anglo Saxon (seperti yang dipraktikkan di Inggris dan USA), apa yang namanya hukum "*equity*" (pertama sekali muncul di abad ke-15 Masehi) merupakan penjelmaan kaidah hukum alam ke dalam hukum positif, ketika hukum positif terlalu kaku dan legalistik, di mana keadilan banyak yang hanya bersifat deduksi rasional (*rational deduction*) dari pikiran manusia saja sehingga mulai menjauh dari prinsip hukum alam. Sebagaimana diketahui bahwa prinsip-prinsip hukum alam yang dimasukkan ke dalam hukum *equity* di Inggris terdiri dari ramuan: (1) hukum Romawi (terutama dari *Corpus Juris Civilis*), (2) Hukum Kanonik, dan (3) Kaidah-kaidah moral.
10. Orang-orang Perancis yang telah meletakkan dasar-dasar bagi sistem kenegaraan dan kemasyarakatannya melalui Revolusi Perancis, yang juga banyak diilhami oleh doktrin-doktrin hukum alam.



11. Para *Founding Fathers* dari bangsa Amerika Serikat, yang menggunakan teori-teori hukum alam dalam revolusi Amerika yang melahirkan negara dan konstitusi Amerika Serikat di abad ke-18.
12. Orang-orang dari negara pecahan Uni Soviet yang menggunakan teori-teori hukum alam dalam merumuskan sistem hukum dan ketatanegaraannya yang menyebabkan pecahnya negara besar Uni Soviet ke dalam beberapa negara merdeka di akhir abad ke-20.

Dalam rangka menjalankan tugasnya selaku pengawal dan pengarah hukum positif, maka hukum alam senantiasa melaksanakan hal-hal sebagai berikut:

1. Memformulasikan dasar-dasar bagi penjatuhan sanksi terhadap mereka yang tidak melaksanakan kewajiban hukumnya.
2. Memformulasikan dasar-dasar bagi perbaikan terhadap tindakan melawan hukum yang merugikan kepentingan orang lain.
3. Memformulasikan dasar-dasar bagi perbaikan (ganti rugi) terhadap mereka yang tidak menaati kontrak yang telah dibuatnya.
4. Memformulasikan dasar-dasar bagi penghormatan terhadap kekuasaan negara.
5. Memformulasikan dasar-dasar bagi perlindungan hak asasi dan hak-hak sipil lainnya bagi masyarakat.

Seperti telah pernah sebelumnya disinggung, bahwa contoh yang sangat menarik adalah fenomena runtuhnya beberapa pemerintahan tangan besi di negara-negara Arab dan Afrika Islam di awal abad ke-21. Tuntutan terhadap berlakunya suatu bentuk demokrasi yang bercorak universal (sesuai kaidah hukum alam) telah memporandakan sendi-sendi kehidupan totaliter dan tirani model ncyara-ncgara Timur Tengah. Apa yang terjadi yang sbcncarnya adalah para pemimpin Arab dan Afrika Islam telah menerapkan secara salah terhadap sistem pemerintahan kekhaifahan tradisional yang sudah lama berlaku di kawasan tersebut, yang akhirnya menghasilkan sistem pemerintahan yang tirani dan totaliter. Dengan demikian, melalui kekuatan rakyat (*people power*), tumbanglah beberapa pemerintahan tirani tersebut,



seperti dipaksa turunnya Husni Mubarak sebagai Presiden Mesir, atau dipaksa turunnya presiden Muammar Khaddafi dari Libia. Dalam hal ini, hukum alam memaksa dirinya untuk ditegakkan, meskipun dalam pandangan sebagian kalangan ulama Islam, seorang pemimpin negara tidak boleh diturunkan dari jabatannya selama dia masih beragama Islam dan masih menjalankan rukun iman dan rukun Islam.

Di samping itu, di negara-negara Asia Timur Jauh telah lebih dulu terjadi penurunan beberapa kepala negara secara paksa juga melalui *people power* di akhir abad ke-20, seperti turunnya Presiden Ferdinand Marcos dari Filipina atau dipaksa turunnya presiden Soeharto sebagai Presiden Republik Indonesia. Bahkan, terpecah belahnya negara besar, yaitu Uni Soviet, ke dalam beberapa negara juga sekadar menjadi bukti betapa atas nama hukum alam, yang konkritisasinya dalam bentuk demokrasi, keterbukaan, dan perlindungan hak asasi, sebuah pemerintahan totaliter yang kelihatannya cukup perkasa tersebut dapat tumbang seketika.

Kemudian, seperti terlihat dalam sejarah hukum, ada masanya peran dari hukum alam diakui, tetapi ada masanya perannya meredup. Ketika hukum alam itu diakui oleh berbagai ahli, di antara para ahli tersebut sebenarnya juga tidak terdapat keseragaman tentang yang dimaksud dengan hukum alam tersebut.

Berbeda paham yang dianut oleh seorang ahli akan berbeda pula konsep dan persepsi kepada hukum alam. Jadi, hukum alam memang banyak warna-warni. Karenanya, konsep hukum alam berbeda dari zaman ke zaman, dari satu aliran hukum ke aliran hukum yang lain. Misalnya, terdapat perbedaan terhadap pemaknaan hukum alam dari paham dan zaman sebagai berikut:

1. Paham hukum alam dari filsuf Aristoteles (Yunani).
2. Paham hukum alam dari kaum Stoa (Romawi).
3. Paham hukum alam Nasrani di zaman Scholastik (misalnya dari Thomas Aquinas).



4. Paham hukum alam dari zaman baru (misalnya dari Thomas Hobbes, John Locke, Spinoza, atau Wolf).
5. Paham hukum alam idealistik (misalnya dari Immanuel Kant dan Hegel).
6. Paham hukum alam modern (terutama dari Hugo Grotius).
7. Paham hukum alam dari abad ke-20 (Neo-Kantianisme, Neo-Hegelian, dan lain-lain).
8. Paham penolakan terhadap hukum alam dari aliran Hedonisme/Utilitarian (misalnya dari David Hume atau Jeremy Bentham).
9. Paham penolakan terhadap hukum alam dari aliran positivisme (misalnya oleh John Austin atau Hans Kelsen).
10. Paham penolakan hukum alam dari para penganut paham postmodernisme (misalnya oleh Michel Foucault atau Roberto unger).

Selanjutnya, sebagaimana diketahui bahwa dalam sejarah, hukum alam itu mengalami pasang surut dari satu rnsa ke masa yang lain. Misalnya, di zaman Yunani Klasik, yaitu di zaman Stoa atau di zaman Romawi, khususnya di masa Cicero atau di masa John Lock dan Rousseau, ataupun di masa Hugo Grotius, di masa-masa itu peran dari hukum alam sangat dijunjung tinggi, meskipun seperti telah dikatakan bahwa mereka memberikan arti kepada hukum alam yang saling berlainan satu sama lain.

Di samping itu, para penganut aliran positivisme/legisme sama sekali tidak mangakui keberadaan hukum alam tersebut, demikian juga dcngan para penganut ajaran utilitarismc, scperti David Humc, Rudolph von Jhering dan Jeremy Bentham. Menurut para penganut paham positivisme/legisme, hukum adalah perintah penguasa, jadi hukum hanya ada dalam peraturan tertulis yang dibuat oleh para penguasa negara. Tidak ada hukum lain di luar hukum dari para penguasa negara tersebut.

Selanjutnya, para penganut paham utilitarisme berpendapat bahwa hukum yang baik itu dapat dikalkulasi dengan mempertimbangkan manfaat dan kerugian dari keberadaan kaidah hukum tersebut, karena itu, dengan



pengalaman saja, semua masalah moral, politik, dan hukum dapat terjawabkan. Menurut David Hume maupun Jeremy Bentham, hukum alam (*natural law*), kontrak sosial (*social contract*), maupun hak-hak alamiah (*natural rights*) hanya omong kosong belaka.

Demikian juga yang dikemukakan Karl Marx, bahwa pada prinsipnya, hukum alam, seperti juga umumnya hukum yang lain, hanyalah merupakan perwujudan dari perjuangan kelas dalam masyarakat, atau alat/alasan pemerintah yang dipakai oleh manusia/masyarakat yang kuat/tinggi kedudukan/statusnya untuk menindas manusia/masyarakat yang lemah.

Di samping itu, jika dilihat dari perkembangannya, dapat dikatakan bahwa dari abad ke-19 sampai dengan pertengahan abad ke-20, merupakan saat-saat di mana teori hukum alam kurang mendapatkan tempat bagi para ahli hukum. Teori-teori hukum di era tersebut umumnya didominasi oleh teori-teori yang bersifat evolutif/historis dan teori positivis. Baru kemudian di paruh abad ke-20, konsep-konsep dan teori hukum alam mulai dihidupkan kembali, yang dikenal dengan abad kemunculan kembali (*revival*) dari hukum alam tersebut. Kemunculan kembali teori dan prinsip hukum alam di paruh kedua abad ke-20 tersebut ditopang oleh adanya doktrin-doktrin hukum sebagai berikut:

1. Teori realisme hukum yang pada prinsipnya mengkritik dan menafikan berbagai mitos yang diajarkan oleh teori hukum saat itu tentang hukum dalam realitas, terutama ketika hukum tersebut diterapkan oleh pengadilan. Sehingga, memerlukan suatu hukum yang bersifat idealis.
2. Teori hukum yang bersifat sosiologis, yang antara lain mengajarkan bahwa dibutuhkan suatu hukum yang ideal untuk dapat mengarahkan masyarakat ke arah kemajuan, misalnya yang dinyatakan oleh Roscoe Pound dengan teorinya yang terkenal tentang rekayasa masyarakat (*social engineering*).

Rudolf Stammler (1856-1938) merupakan seorang ahli hukum yang memunculkan kembali konsep hukum alam dengan tetap berpegangan kepada



buah pikir dari Immanuel Kant. Menurut Stammler, suatu ide hukum (*the idea of law*) merupakan suatu realisasi dari suatu keadilan (*justice*) menuju hidup harmoni dari suatu masyarakat yang terdiri dari manusia-manusia yang berkeinginan bebas (*free willing men*).

Menurut Stammler, banyak usaha yang telah dilakukan untuk menemukan hukum yang ideal, yang bagi seorang anggota parlemen, khususnya ketika mereka membuat hukum, haruslah diperhatikan hal-hal sebagai berikut:

1. Pembuatan putusan-putusan individu tidaklah boleh di bawah pengaruh kekuasaan paksa dari pihak lain.
2. Anggota masyarakat tidaklah dapat dikeluarkan secara paksa dari komunitasnya.
3. Kewajiban hukum yang dibebankan terhadap umat manusia hanya dapat dibenarkan jika orang yang diwajibkan melakukan kewajiban tersebut masih tetap punya harga diri sebagai orang yang bermartabat.
4. Kewenangan mengawasi manusia hanyalah dapat dibenarkan oleh hukum jika orang tersebut masih tetap mempertahankan harga diri dan bermartabat.³

Maka, sama seperti Immanuel Kant, konsep hukum ideal dari Stammler masih bersifat individualisme, tetapi tidak seindividualisme dari ajaran Immanuel Kant.

Di samping itu, konsep hukum yang ideal dari Stammler bersifat abstrak sedemikian rupa, sehingga atas dasar hukum yang ideal yang sama masih mungkin dirumuskan berbagai kaidah hukum positif yang berbeda bahkan saling bertentangan satu sama lain.

Selanjutnya, mirip dengan pendapat dari Rudolf Stammler, filsuf hukum Italia, yaitu Giorgio Del Vecchio (1878-1970). juga membedakan antara “konsep hukum” dengan “idealisme hukum.” Menurut Giorgio Del Vecchio, konsep hukum hanyalah merupakan pengaturan hukum yang berdasarkan

³ Edgar Bodenheimer. *Treatise on Justice*, New York, Philosophical Library Inc, 1970. hal. 137



pengalaman-pengalaman logis dalam suatu tata pergaulan hukum, yang menghasilkan suatu "*a priory datum*," dengan fungsi utama antara lain: (1) untuk koordinasi dari berbagai aksi individu berdasarkan prinsip-prinsip etik, dan (2) untuk mengatur hal-hal yang bersifat bilateral, keharusan (*imperative*), dan pemaksaan (*coercibility*). Adapun idealisme hukum adalah pemikiran-pemikiran hukum yang menjurus kepada konsep hukum alam, yang berintikan penghormatan terhadap manusia individu sebagai makhluk rasional (*rational being*) yang mempunyai otonomi tertentu dengan tujuan untuk mencapai suatu keadilan. Karena itu, manusia tidaklah harus dianggap sebagai objek, tetapi adalah subjek yang penyandang hak, kehormatan, dan kewajiban, Karena itu, suatu evolusi dalam hukum adalah pergerakan ke arah pengakuan yang lebih besar terhadap otonomi, harkat, dan martabat manusia, yang berarti bahwa dunia sedang bergerak secara evolutif menuju kepada pengakuan dan kemenangan yang nyata terhadap kaidah-kaidah hukum alam (*juris naturalis scientia*).

Hukum alam itu sendiri menurut Del Vechio berfungsi sebagai suatu kriteria untuk mengevaluasi hukum positif dan untuk mengukur keadilan intrinsik dari hukum positif, "*The criterion which permits us to evaluate positive law and to measure its intrinsic justice*".⁴

Selanjutnya, salah satu titik balik dalam perkembangan hukum alam adalah ketika terjadi perubahan dari konsep hukum alam yang lebih membahas institusi hukum umum, ke arah hukum alam yang lebih melindungi hak asasi manusia, yang terjadi di sekitar abad ke17. Dalam hal ini, perubahan dari istilah "hukum alam" (*natural law*) menjadi "hak alamiah" (*natural rights*) tersebut adalah berkat jasa yang luar biasa dari seorang ahli hukum Belanda, yaitu Hugo Grotius. Di samping itu, perlu diketahui juga bahwa konsep hukum alam rasional (yang semata-mata berdasarkan pada rasio) tersebut, yang muncul melalui perlindungan hak-hak fundamental manusia ini, sangat

⁴ *Ibid*, hal. 138



banyak memengaruhi pola pikir dari para pendiri (*founding fathers*) dari negara Amerika Serikat, yang ditulis dengan jelas dalam konstitusi dan berbagai amendemen dari konstitusi negara USA tersebut, antara lain melalui konsep pemisahan kekuasaan dan *checks and balances*, perlindungan hak-hak melekat dari manusia (*unalienable rights*), *equal protection right*, dan lain-lain. Dan, ketentuan-ketentuan hukum alam sebagaimana tertulis dalam konstitusi negara USA tersebut banyak mengilhami konstitusi negara-negara lain (termasuk Indonesia), yang umumnya konstitusinya dibuat atau diamendemen jauh-jauh hari kemudian setelah terbentuknya konstitusi negara USA tersebut.

Perkembangan lain yang dialami oleh hukum alam adalah diputusnya mata rantai dari konsep hukum alam versi Abad Pertengahan yang bertautan dengan konsep Tuhan/agama, yang berubah ke arah konsep hukum alam yang tidak ada keterkaitannya dengan Tuhan/Agama.

Teori hukum alam yang sekuler ini di zaman modern banyak dikembangkan oleh Hugu Grotius, yang mendasari pendapatnya dari ajaran kaum Stoa dari zaman Yunani Klasik dan lepas sama sekali dari ajaran hukum alam Abad Pertengahan yang bersifat skolastik (bersandar pada agama), tetapi hanya bersandarkan atas rasio dan nurani manusia (*human reason and conscience*). Selain dari Grotius, para pengembang teori hukum alam lainnya di zaman modern adalah Del Vechio, Geny, Krabbe, dan dalam konotasi yang lebih luas juga Duguit dan Hauriou.

Akan tetapi, sering berubah-ubahnya konotasi terhadap hukum alam dari zaman ke zaman adalah wajar, sebagaimana terlihat dalam kutipan sebagai berikut:⁵

As social institution law, and therefore legal thinking, can not but reflect popular terminology and popular beliefs. The identification in the popular mind of

⁵ Pound, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven and London, 1954. hal. 71



Natural Law with laws of physical nature Is a phenomenon which every jurist must take into account.

Dengan demikian, meskipun secara terminologi, istilah hukyy alam tetap tidak berubah dalam waktu ribuan tahun, tetapi substansi dan konotasinya mengalami perubahan dan perkembangan sesuai perkembangan pemikiran manusia dan perkembangan zaman yaitu:

1. Ketika pola pikir manusia masih terbelenggu dengan pikiran kosmis (alam semesta), yakni sebelum zaman Sokrates—Plato-Aristoteles, maka hukum alam ditafsirkan sebagai hukum bagi pergerakan alam semesta tersebut, dan manusia merupakan bagian daripadanya.
2. Ketika pola pikir manusia mulai terfokus pada manusia individu (sejak zaman Sokrates—Plato—Aristoteles), maka ajaran-ajaran hukum alam pun mulai mengarah kepada hak dan kewajiban individu (dalam arti yang klasik).
3. Ketika pola pikir manusia bertumpu pada agama/Tuhan di Abad Pertengahan (abad Kristen dan Islam), maka konsep hukum alam pun bergeser kepada konsep kebenaran berdasarkan wahyu Tuhan/agama, misalnya sebagaimana yang diajarkan oleh Thomas Aquinas dan beberapa ahli pikir Islam. Dalam hal ini, hukum alam diartikan apa-apa yang diperintahkan oleh Tuhan dengan wahyunya melalui para nabi.
4. Ketika pola pikir manusia kembali ke alam rasional di abad ke-17 dan 18, maka konsepsi hukum alam pun mulai bergeser lagi ke arah yang lebih rasional yang berdasarkan kepada rasio dan intuisi manusia.
5. Ketika munculnya konsep pengaturan lintas negara (antarbangsa) yang meclahurkan sistem hukum internasional (abad ke-1718), maka kardah hukum alam pun ditafsirkan hampir-hampir sdenk dengan hukum internasional/hukum antarbangsa.
6. Ketika pola pikir manusia sangat kental dengan paham-paham pedivrdualisme (abad ke-18), maka kaidah-kaidah hukum alam pun



banyak yang bersifat individualisme, misalnya muncul dalam bentuk perlindungan hak asasi manusia.

7. Ketika pola pikir manusia dan masyarakat bertumpu pada kolektivisme (abad ke-20), maka ajaran-ajaran hukum alam pun mengarah ke perlindungan kolektif/komunitas/kenegaraan, seperti yang pernah ditafsirkan oleh kaum Stoa di zaman Yunani Klasik, yang dimunculkan kembali oleh Cicero di zaman Romawi Klasik. Sehingga, di abad ke-20 muncullah konsep negara berkeadilan sosial, ataupun memunculkan banyak negara kuat, oligarki, tirani, atau totaliter. Sebagaimana diketahui bahwa kaum Stoa, yang juga mendasari pemikiran mereka pada suatu hukum alam dalam suatu sistem universe secara fisika, seperti juga dengan ahli pikir Yunani lainnya, banyak melahirkan prinsip-prinsip fundamental dalam hukum yang dapat disebut sebagai hukum alam tersebut, dan telah banyak memengaruhi hukum Romawi, tetapi ketika mereka terapkan prinsip tersebut dalam kenyataannya, kaidah hukum mereka ternyata tidak berkelas dan tidak berkesan. Sebagaimana diketahui pula bahwa kaum Stoa, yang antara lain dipelopori oleh Zeno (295-261 SM), dengan konsep komunal negara kotanya (polis) mempunyai semboyan bahwa manusia dan masyarakat tunduk pada satu Tuhan, satu negara, dan satu hukum.
8. Ketika pola pikir manusia bertumpu pada konsep sekuler "berkebetulan" sebagaimana diajarkan oleh Charles Darwin, yang diteruskan oleh Karl Marx, Lenin, Stalin, Mao Tse Dong, dan para pemimpin komunis lainnya, bahkan juga oleh pemiki, besar seperti Albert Einstein, Stephen Hawkins, maka konsep hukum alam pun disesuaikan dengan pola pikir seperti itu, dengan sistem hukum dan kebenaran yang tidak punya arah yang jelas kecuali hanya ditafsirkan untuk memperkuat kedudukan penguasa.
9. Ketika pola pikir manusia bersifat kritis, apatis, pesimis, dan pragmatis (di abad ke-21), maka kaidah hukum alam pun di tafsirkan secara kritis,



apatis, pesimis, dan pragmatis, yang me. nyebabkan semakin lunturnya kepercayaan yang diberikan kepada hukum alam ini.

10. Akan tetapi, gejala lain dari abad ke-21 bahwa bangkitnya kembali agama, maka ada pula gejala bahwa penafsiran hukum alam yang dikaitkan kembali dengan kepercayaan terhadap Tuhan/ agama. Munculnya berbagai tafsiran sempit terhadap agama, yang melahirkan berbagai bentuk terorisme yang dikaitkan dengan ajaran agama tertentu di abad ke-21 ini, yang ditandai dengan pengeboman Menara Kembar di Kota New York, USA, yang juga tidak lepas daripada reorientasi peran agama dalam mengatur umat manusia, dalam hal ini merupakan reorientasi dan penafsiran agama dalam versi yang salah dan destruktif.

Kemudian, satu lagi pelopor terhadap kebangkitan kembali paham hukum alam di abad ke-20 adalah Gustav Radburch (1878-1949), yang juga salah seorang penganut paham neo-Kantianisme. Radburch mengakui keberagaman penafsiran terhadap apa yang disebut sebagai suatu "kesesuaian" (*expedience*), di mana kesesuaian itu sendiri merupakan salah satu tujuan hukum di samping tujuan hukum yang lain berupa keadilan (*justice*) dan kepastian hukum (*legal certainty*), yang satu sama lain dapat sejalan tetapi yang lebihsering justru saling bertentangan. Keberagaman penafsiran terhadap kesesuaian tersebut dapat digolongkan ke dalam tiga kategori sebagai:⁶

1. Individualisme

Dalam hal ini, individualisme merupakan salah satu tujuan utama dari hukum, yaitu tujuan untuk pengembangan personalitas kemanusiaan yang individual (individual human personality).

2. Supraindividualisme

Dalam hal ini yang merupakan tujuan utama dari hukum adalah pencapaian kebanggaan dan kekuatan nasional.

3. Transpersonalisme

⁶ Edgar Bodenheimer. *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*. Massachusetts, USA, Harvard University Press, 1974. hal. 140



Adapun ketika tujuan hukum utama adalah hal-hal yang bersifat transpersonalisme, adalah pada saat hukum mendorong berkembangnya suatu peradaban dan kebudayaan.

Fakta yang sebenarnya adalah bahwa hukum alam tidak pernah mati sehingga tidak juga pernah hidup kembali. Hukum alam selalu ada selamanya di sepanjang zaman seperti keberadaan udara untuk kita bernapas. Ketika di abad ke-19 sampai pertengahan abad ke-20, dalam hukum sangat pesat berkembang paham positivisme, yang hanya mengakui hukum positif dalam perundang-undangan semata-mata (paham legisme), dan orang ingin mengubur sedalamdalamnya keberadaan hukum alam, ini adalah salah satu perbuatan dusta yang sangat besar dalam sejarah hukum. Akibatnya fatal: Perang Dunia I dan Perang Dunia II di paruh pertama abad ke-20, dengan munculnya manusia-manusia monster seperti Hitler (Jerman), Mussolini (Italia), Lenin dan Stalin (Rusia), Mao Tze Dong (Cina), Pol Pot (Kamboja), Marcos (Filipina), Idi Amin (Uganda), dan lain-lain. Bahkan tumbangnya paham negara komunis di abad ke-20, serta gagal dan ditinggalkannya konsep negara berkesejahteraan sosial (*social welfare state*) di abad Ke-20 juga tidak luput dari keberadaan hukum alam saat itu.

Pemunculan kembali doktrin-doktrin hukum alam di awal abad ke-20 sebenarnya merupakan reaksi terhadap teori-teori hukum yang berkembang sampai akhir abad Ke-19. Yaitu, teori-teori hukum yang menyatakan bahwa: (1) konsep hukum yang mengarah ke prinsip nasionalisme yang memunculkan konsep kedaulatan negara yang kaku, sebagaimana yang diajarkan oleh Von Savigny maupun Hegel; dan (2) konsep hukum ilmiah (*scientific*), yang mengarah kepada konsep-konsep hukum yang kaku berbentuk positivisme, legisme, dan *analitical jurisprudence*, seperti yang dipelopori oleh Hans Kelsen, HLA Hart, dan John Austin. Pemunculan kembali



hukum alam di awal abad Ke-20 tersebut ditandai oleh beberapa karakteristik hukum alam sebagai berikut:⁷

1. Kembali ke konsep hukum alam keagamaan (skolastik) di zaman Pertengahan, yang berarti kemunculan hukum alam abad ke-20 kurang lebih berarti modernisasi konsep-konsep kaum Katolik tentang hukum alam.
2. Muncul kembali konsep hukum alam yang menganggap doktrin-doktrin hukum alam yang ideal sudah terpatri secara firm dalam suatu sistem hukum, meskipun isinya dapat berubah/ berkembang. Pendapat seperti ini antara lain dianut oleh Stammler.
3. Dalam berbagai konsep modern tentang teori hukum diajarkan bahwa hukum alam merupakan konsep-konsep hukum ideal yang berkembang secara evolutif, sehingga merupakan kekuatan memaksa yang mengarahkan perkembangan hukum positif. Pendapat seperti ini misalnya dianut oleh Geny, dan Del Vecho.

Karena itu, salah satu karakteristik utama dari hukum alam adalah bahwa hukum alam tidak dibuat atau diketemukan oleh manusia, tetapi terpatri di dalam alam (grounded on nature), sehingga hukum alam tidak pernah hilang di sepanjang sejarah umat manusia, dengan beberapa doktrin dasar sebagai berikut:⁸

1. Dunia merupakan sebuah keteraturan terhadap kecenderungan keberserak-scrakan, tetapi dengan dukungan penuh satu sama lain.
2. Setiap kesatuan individual mempunyai struktur penting yang satu sama lain hidup bersama dengan spesies yang lain.
3. Sebuah struktur mempunyai tendensi-tendensi dasar tertentu yang juga umum dimiliki dalam spesies tersebut.

⁷ W. Friedmann. *Law In A Changing Society*. New York, Columbia University Press, 1972. hal. 152

⁸ Julius Stone. *Human Law and Justice*. California, USA, Stanford University Press, 1965. hal. 197



4. Jika tendensi ini dapat terlaksana dengan baik, maka terjadilah suatu patron yang dinamis yang universal, yang disebut dengan hukum alam. Hukum alam ini dilandasi atas dasar suatu struktur yang kukuh, dan dijalankan dengan suatu sanksi alam yang tidak pernah berkompromi.
5. Yang baik dan yang jelek (*evil*) hanya merupakan suatu kategori eksistensial. Jika tendensi-tendensi dasar dari struktur dalam hukum alam tersebut dapat terlaksana dengan baik, maka terjadi sesuatu “yang baik” Akan tetapi, jika terjadi sumbatansumbatan dalam mengimplementasikan tendensi hukum alam tersebut, maka akan terjadi sesuatu “yang jelek”.

Untuk diketahui, bahwa karakteristik, tendensi, dan doktrindoktrin hukum alam yang sebenarnya mulai diakui dalam teori hukum alam klasik tersebut tetap berlaku dan diakui terus oleh para penganut hukum alam di masa survival hukum alam yang terjadi sejak pertengahan abad ke-20. Bahkan doktrin-doktrin hukum alam juga terdapat dalam pandangan-pandangan dari ahli hukum abad ke-20, meskipun mereka percaya atau tidak terhadap eksistensi hukum alam tersebut. Maka, dalam pengertian seperti ini, prinsip-prinsip hukum alam sebenarnya sudah terdapat dan terpatri dalam pandangan-pandangan ahli hukum nonpositivisme sebagai berikut:

1. Prinsip solidaritas sosial (*social solidarity*) dari Leon Duguit.
2. Prinsip-prinsip evolusi hukum dari Herbert Spencer.
3. Prinsip rekayasa masyarakat (*social engineering*) dari Roscge Pound.
4. Prinsip “cara berpikir” (*a way of thinking*) dari Lon Fuller.
5. Prinsip *Regle Morale* dari Ripert.
6. Prinsip evolusi kultur dari Kohler.
7. Teori evolusi dari Charles Darwin.
8. Prinsip keadilan sebagai *fairness* dari John Rawls.
9. Prinsip hukum bukan logika, tetapi pengalaman dari Oliver Wendell Holmes.



BAB 2

TEORI MORALITAS HUKUM

Pada prinsipnya ilmu pengetahuan alam (*science*) berkenaan dengan hukum-hukum fisika plus kata terakhirnya yaitu moralitas, dan agama pada prinsipnya adalah suatu moralitas plus cerita-cerita, sedangkan ilmu-ilmu sosial pada prinsipnya berkenaan dengan masalah-masalah kemasyarakatan dengan kemasannya dalam bentuk teori-teori selang pandang dan juga plus moralitas.

A. KONSEP-KONSEP TENTANG TEORI MORALITAS HUKUM

Antara hukum dan moral ibarat dua sisi mata uang, di mana yang satu dapat menjustifikasi yang lain. Moral dapat menjadi basis bagi hukum untuk menetapkan dan menjalankan kaidah-kaidahnya, meskipun terdapat juga di sana sini kaidah-kaidah hukum yang tidak berkaitan atau kaitannya sangat kecil dengan sektor moral.

Dalam sejarah hukum, juga telah terbukti bahwa usaha untuk membedakan antara hukum dan moral bukanlah pekerjaan mudah, meskipun harus diakui pula bahwa sudah sangat banyak usaha yang dilakukan untuk itu di sepanjang sejarah hukum.

Dalam hubungan antara faktor moral dan faktor hukum tersebut, beberapa istilah muncul dalam implementasinya, yaitu:

1. Hukum kebebasan (*laws of freedom*)
2. Hukum alam.
3. Hukum moral.
4. Hukum *reason*.
5. *Juridical*.
6. *Ethical*.



7. Legalitas.
8. Moralitas.

Adapun yang dimaksud dengan moral adalah segala penilaian ukuran, karakter, perilaku, kesadaran, yang berhubungan dengan apa-apa yang baik dan apa-apa yang buruk, atau mana yang bena, dan mana yang salah, berdasarkan kepada prinsip-prinsip umum yang diberlakukan berdasarkan atas kesadaran manusia, yang ber. asal perasaan dan perhitungan probabilitas (bukan berdasarkan ke. pada kategori pembuktian ilmiah).

Paham yang sangat kuat tentang moral adalah paham yang menyatakan bahwa moralitas sosial memiliki karakteristik berupa “nilai” yang suci yang merupakan kebajikan yang abadi, yang bersumber pada akal pikiran manusia (*human reason*). Ditilik dari segi ini, maka kaidah moral menjadi mirip dengan kaidah hukum alam. Beda antara kaidah moral dengan kaidah hukum alam adalah bahwa kaidah hukum alam menempati tempat di “dalam” hukum itu sendiri, sedangkan kaidah moral berada di luar hukum.

Kemudian, sebenarnya, sejak zaman Socrates dari Yunani, faktor moral atau etika ini sudah dipilah-pilah ke dalam tiga bagian sebagai berikut:⁹

1. Moral filosofis.
2. Moral religius.
3. Moral komunal.

Meskipun begitu, ketika unsur moral dioperasionalkan, maka moral tidak lain dari segala sesuatu yang baik, dan sesuatu itu menjadi baik manakala dia dapat berfungsi dengan baik, yakni dia akan berguna bagi masyarakat atau dia dapat menjalankan fungsinya secara efisien. Dalam hal ini, seorang hakim akan dikatakan scbagai hakim yang baik jika dapat menjalankan fungsinya sebagai hakim dengan baik yakni jika dia dapat memeriksa perkara secara efisien dan dapat memberikan keadilan yang maksimum bagi mereka yang berhak atas keadilan tersebut. Maka dalam hal ini dikatakan bahwa hakim tersebut telah

⁹ Taylor, Richard. *Good and Evil*. New York, USA, Prometheus Books, 1984. hal. 6



menjalankan perintah moralnya. Dalam hal ini, moral diuji atau diukur oleh “kebaikan” yaitu kebaikan buat manusia, dan kebaikan akan diuji oleh “fungsi” yang melekat padanya. Sebuah rumah akan dikatakan baik jika dia dapat berfungsi dengan baik sebagai sebuah rumah kepada manusia (buat penghuni rumah tersebut), yakni dia dapat menjadi tempat berlindung di kala hujan dan panas, dan dia juga dapat menjadi tempat yang aman bagi penghuninya dari gangguan-gangguan pihak luar.

Kemudian, jika dilihat dari segi lingkupnya, sebenarnya moral atau etika itu dapat dikategorikan sebagai berikut:

1. Moral universal.
2. Moral situasional.

Moral universal adalah prinsip-prinsip yang mengatur sikap tindak manusia yang berasal dari alasan-alasan kemanusiaan (*human reason*) yang berlaku di mana pun, di negara mana pun, atau di daerah mana pun di dunia ini. Dalam hal ini, dikatakan bersifat universal, karena berlakunya tidak dibatasi oleh dimensi ruang tertentu. Dapat disebutkan bahwa moral universal ini adalah moral yang merupakan prinsip-prinsip hidup tertentu yang diketemukan oleh manusia secara rasional berdasarkan akal pikirannya (*human reason*). Jika ada ketentuan (hukum positif) yang bertentangan dengan moral seperti ini, hukum tersebut tidak harus diikuti, seperti yang tersimpul dalam ucap-ucap *Lex iniusta non est lex*. Pendapat tentang moral seperti ini umumnya diikuti oleh para pengikut paham Thomas Aquinas.

Sebaliknya dengan moral situasional dimaksudkan adalah prinsip-prinsip yang mengatur sikap tindak manusia yang berasal dan alasan alasan kemanusiaan (*human reason*) yang hanya berlaku untuk wilayah tertentu sesuai situasi dan kondisi di situ. Karena itu moral dalam situasional ini dalam arti konkret berbeda-beda dari satu negara ke negara lain, atau dari satu masyarakat ke masyarakat lainnya Dalam hal ini, moral yang merupakan suatu ekspresi sikap tindak manusia yang bisa berbeda-beda dari seorang individu ke individu yang lain, dari suatu masyarakat ke masyarakat yang lain, dan dari



satu masa ke masa yang lain. Jadi dalam pandangan seperti ini, suatu moral tidak bersifat universal dan tidak kekal. Moral dalam pengertian seperti ini tidak selamanya dapat mengesampingkan kaidah hukum positif yang bertentangan dengan moral tersebut.

Selanjutnya, jika dilihat dari pendekatannya, maka moral atau etika itu dapat dibagi ke dalam beberapa model sebagai berikut:¹⁰

1. Moral transedental/supernatural.
2. Moral intuitif.
3. Moral logis/naturalistik.
4. Moral pragmatis.
5. Etika nonkognitif

Dengan moral transedental, yang dimaksudkan adalah bahwa kaidah-kaidah mana yang baik dan mana yang buruk yang ditentukan berdasarkan kriteria hukum-hukum Tuhan atau berdasarkan kepada alasan kemanusiaan yang universal dan kekal. Teori moral transedental seperti ini akan berjalan seiring dengan doktrin-doktrin dalam hukum alam klasik.

Selanjutnya yang dimaksud dengan moral intuitif adalah menentukan kaidah tentang baik dan buruk yang diukur dengan perasaan Intuisi dari manusia, yaitu etika terhadap hal-hal tertentu dimana proposisi dasarnya bersifat Intuitif dan bersifat unik, yang tidak dapat ditelusuri dengan atau disimpulkan dari disiplin lain mana pun.

Kemudian yang dimaksud dengan moral yang logis/neturalistik adalah tentang mana yang baik dan mana yang buruk yang didasari atas pikiran manusia berdasarkan pertimbangan-pertimbangan objektif ilmiah.

Dan, yang dimaksud dengan moral yang pragmatis adalah moral yang didasari atas hal-hal yang logis yang diarahkan oleh nilai-nilai tertentu yang sebelumnya telah ditetapkan dengan sadar.

¹⁰ Arief Sidharta. *Mauwissen tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*. Bandung, Refika Adhitama, 2009. hal. 14



Selanjutnya, yang dimaksud dengan moral yang nonkognitif adalah konsep konsep moral yang tidak mungkin didasari atas prinsip-prinsip rasional logis, yakni etika yang bersifat emotif sehingga tidak dapat dianalisis secara objektif, dan tidak dapat diverifikasi.

Dalam hubungan antara teori moral dengan paham positivisme hukum, suatu persoalan yang paling fundamental adalah apakah validitas hukum positif harus didukung oleh kaidah kaidah moral Untuk masalah tersebut, di kalangan para penganut paham positivisme hukum sendiri terdapat dua kubu pendapat sebagai berikut:

1. Kubu Positivisme Hukum yang Eksklusif

Kubu positivisme hukum yang eksklusif ini berpendapat bahwa validitas hukum positif di suatu negara sama sekali terlepas dari masalah-masalah moral, sehingga faktor moral tidak dapat dan tidak perlu digunakan untuk memberikan validitas terhadap hukum positif. Menurut kubu positivisme hukum yang eksklusif ini, hukum hanya ada dalam undang-undang (dan peraturan pelaksanaannya). Di luar undang-undang tidak ada hukum, Namun demikian kubu positivisme hukum yang eksklusif yang lebih moderat berpandangan bahwa praktik ke masyarakat masa kini dan masa lalu yang menentukan apakah hukum itu (*das Sein*) setelah dirumuskan dalam undang-undang dan setelah aturan tersebut dilaksanakan faktor moral hanya memberikan sumbangannya kepada apa yang "seharusnya" menjadi hukum yang ideal (*das Sollen*).

2. Kubu Positivisme Hukum yang Inklusif

Sebaliknya, kubu positivisme hukum yang eksklusif berpandangan bahwa faktor moral dapat (meskipun tidak selamanya) menjadi faktor yang menentukan validitas atau tidaknya suatu hukum positif. Artinya, jika ada kaidah hukum positif yang tidak sejalan atau bahkan bertentangan dengan faktor moral, bisa jadi kaidah hukum positif tersebut menjadi tidak valid.



Selanjutnya, yang merupakan perbedaan utama antara moral dan hukum, terutama hukum dalam pandangan kaum positivisme adalah bahwa berbeda dengan moral, maka hukum memiliki:

1. Kejelasan otoritas pembuatnya.
2. Kejelasan otoritas pelaksanaannya.
3. Kejelasan unsur paksa.
4. Kejelasan legitimasi dan validitasnya.

Kemudian, dalam hubungan dengan hukum, keadilan, dan kebenaran, dalam bukunya *A Theory of Justice*, John Rawls membagi moral ke dalam dua kategori sebagai berikut:¹¹

1. Moral yang merupakan perasaan tentang kebenaran dan keadilan.
2. Moral yang merupakan cinta terhadap sesama manusia dan perintah terhadap diri sendiri (*self command*), suatu pengekangan untuk tidak merugikan orang lain. Dalam pengertian yang kedua ini, Inheren dalam moral terdapat makna dari suatu pemberian atau pengorbanan.

Selanjutnya, kita dapat juga membedakan etika ke dalam beberapa pengertian sebagai berikut:¹²

1. Etika normatif.
2. Etos (moral kritikal).
3. Moralitas positif.
4. Meta etika.

Dengan etika normatif yang dimaksudkan adalah suatu ukuran bagi manusia untuk menilai apakah sikap tindak manusia tersebut baik atau buruk. Karena etika (normatif) sejak lama dianggap merupakan bagian dari filsafat, maka terhadap etika normatif ini terdapat berbagai macam tafsiran sesuai arah paham filsafat yang dianut oleh masing-masing ahli. Misalnya, paham etika dari Immanuel Kant memiliki sifat formal. Adapun etika dari Hegel memiliki

¹¹ Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, USA, Harvard University Press, 1971. hal. 478

¹² W. Friedmann. *Legal Theory*. New York, Columbia University Press, 1967. hal. 26



konotasi tentang realisasi dari kebebasan di dalam masyarakat. Dan, paham etika dari Max Scheler diartikan sebagai perwujudan nilai-nilai bagi manusia, seperti nilai kehidupan, nilai kesusilaan, atau nilai kepribadian.

Selanjutnya, dengan etos (moral kritis) yang dimaksudkan adalah bahwa penampilan nilai-nilai etika normatif ke dalam praktik kehidupan sehari-hari. Adapun yang dimaksud dengan moralitas positif adalah serupa dengan pengertian etos. Hanya saja, dengan moralitas positif penekanannya adalah kepada apa yang “benar-benar” dipraktikkan dan terjadi dalam masyarakat, sementara dengan istilah “etos” penekanannya lebih kepada apa yang “seharusnya” terjadi dalam masyarakat. Dan, dengan istilah “meta-etika” sesuai namanya, maka yang dimaksudkan adalah cakupan dari semua jenis etika yang telah disebutkan di atas tersebut.

Selanjutnya, ada juga yang menggolong-golongkan norma ke dalam tiga bidang sebagai berikut:

1. Norma nilai (*value*) individu.
2. Norma moral masyarakat.
3. Norma ketertiban (*order*) hukum.

Dalam hal ini, norma nilai individu dimaksudkan dalam hubungan dengan kesadaran dan tanggung jawab secara individu sebagai manusia, Adapun norma moral masyarakat merupakan nilai-nilai etika yang ada dalam masyarakat untuk mengatur masyarakat itu sendiri, utamanya mengatur pilihan-pilihan anggota masyarakat dalam suatu keseimbangan di antara nilai-nilai yang saling bertentangan,

Di samping itu, ada juga yang disebut dengan norma keterliban umum, yang merupakan pengaturan secara hukum (umumnya dengan sanksi hukum) baik terhadap nilai individu maupun terhadap moralitas masyarakat.

Kemudian, ditinjau dari segi operasionalnya, dalam suatu moral, terdapat beberapa fenomena, yaitu:

1. Fenomena bahwa antara moral dan hukum sering dipercampuradukkan.



2. Fenomena bahwa masyarakat sulit membedakan antara moral dengan hukum.
3. Fenomena tentang kesimpangsiuran pendapat tentang apakah moral identik dengan etika.
4. Fenomena bahwa ke dalam ruang lingkup moral itu sendiri, terdapat banyak sekali ruang-ruang abu-abu (*grey area*) yang oleh sebagian ahli dikatakan bahwa hal tertentu termasuk bidang moral, tetapi ahli yang lain menyatakan bahwa Itu tidak termasuk bidang moral.
5. Fenomena bahwa bahkan terhadap hal yang sudah pasti masuk ke ruang lingkup moral/etika sekalipun, masih banyak ketidakjelasan dan perbedaan pendapat tentang hubungan antara moral dengan bidang-bidang lainnya, seperti hubungannya dengan agama, hukum, dan adat istiadat.
6. Fenomena bahwa adanya perbedaan pendapat tentang apakah moral merupakan sesuatu prinsip yang kekal dan ada dalam alam yang menuntut kesadaran akal manusia untuk dapat menemukan prinsip-prinsip moral tersebut. Atau apakah moral hanya merupakan suatu ekspresi sikap tindak dan hasrat manusia yang baik yang dipikirkan dan karenanya diciptakan oleh manusia itu sendiri.

B. HAKIKAT DARI TEORI MORALITAS HUKUM

Kaidah-kaidah moral akan mendapat pengakuan dan operasionalisasi yang kuat manakala dapat di *back-up* oleh sektor hukum.

Tentang sejauhmana sektor hukum harus dapat menjalankan kaidah moral, bila perlu secara paksa (dengan sanksi-sanksi hukum), terdapat dua aliran mainstream sebagai berikut:¹³

1. Aliran ekstrem, dan
2. Aliran moderat.

¹³ Hart, HLA. *Law, Liberty, and Morality*. California, USA, Stanford University Press, 1962. hal. 48



Aliran ekstrem menyatakan bahwa pelanggaran moral haruslah ditegakkan oleh hukum (diberikan sanksi hukum), karena dengan pelanggaran moral *per se* sudah berarti jelek, meskipun barangkali dengan pelanggaran moral tersebut tidak ada atau belum ada pihak lain yang dirugikan. Misalnya terhadap pelanggaran moral dalam hubungan dengan masalah seks yang dilakukan oleh orang-orang homoseksual/lesbian dewasa, tanpa merugikan pihak lain mana pun maka meskipun begitu, pelanggaran seperti itu telah dianggap ber. salah sehingga dapat diberikan sanksi-sanksi hukum.

Sementara itu, aliran moderat mengibaratkan moral sebagai “semen perekat” masyarakat. Dengan demikian, apabila pelanggaran terhadap kaidah moral terus dilakukan, masyarakat itu sendiri akan hancur berkeping-keping. Dan tanpa faktor moral, para anggota masyarakat tidak nyambung satu sama lain.

Dari konsepsi moral seperti ini kemudian muncul konsep “solidaritas moral” (*moral solidarity*) dan “moralitas masyarakat” (*social morality*).

Karena itu, unsur moral berfungsi seperti sarang laba-laba, dalam masyarakat yang menghubungkan individu yang satu dengan yang lainnya. Jadi, dalam hal ini, faktor hukum berfungsi sebagai instrumental, dan hanya terhadap pelanggaran moral yang berbahaya bagi masyarakat saja yang dapat ditegakkan oleh hukum. Jadi berbeda dengan pendapat dari aliran ekstrem, menurut aliran moderat, pelanggaran terhadap moral tidak dengan sendirinya (*per se*) merupakan pelanggaran hukum.

Di samping itu, faktor moral dapat juga berfungsi sebagai penyebab orang-orang menaati hukum. Dalam hal ini, orang yang bermoral akan lebih mematuhi hukum dari orang yang kurang kuatnya moralnya. Jadi, tidak mematuhi hukum (yang diyakini baik dan benar) itu juga dianggap tidak baik secara moral.

Akan tetapi, tentu saja alasan moral bukanlah satu-satunya alasan kenapa orang menaati hukum. Karena masih banyak alasan-alasan lain selain alasan



moral tentang kenapa orang menaati hukum, seperti alasan-alasan sebagai berikut:

Alasan karena mengikuti hukum adalah perintah Tuhan bagi orang yang percaya pada agama.

1. Karena kebutuhan untuk jangka panjang.
2. Karena sudah menjadi tradisi untuk selalu mengikuti hukum.
3. Karena keinginan berbuat seperti juga yang dibuat oleh orang lain.
4. Karena takut akan sanksi-sanksi hukum.
5. Karena takut dikucilkan oleh masyarakat.

Namun demikian, ketika kita pertanyakan tentang hubungan, fungsi bahkan eksistensi dari unsur etika ke dalam bidang hukum, jawabannya berbeda-beda satu sama lain tergantung paham atau aliran hukum yang mana yang dianut. Penganut paham hukum alam yang sangat mengakui fungsi dan eksistensi unsur etika dalam bidang hukum, baik dari segi hukum substantif maupun dari segi hukum prosedural. Adapun berdiri di ujung ekstrem yang lain adalah paham hukum positivisme/legisme (seperti yang dianut oleh Hans Kelsen atau John Austin), yang sama sekali tidak mengakui fungsi dan eksistensi etika/moral di dalam hukum. Karena, sebagaimana diketahui bahwa aliran positivisme sangat mengagung-agungkan hukum tertulis yang hanya bersandarkan kepada kaidah-kaidah dan aturan hukum tertulis yang notabene dibuat oleh manusia saja. Tidak ada hukum lain di luar itu, sehingga tidak ada juga yang namanya hukum alam, dan faktor etika tidak relevan bagi hukum. Adapun paham-paham lain mengakui fungsi dan eksistensi etik dalam hukum meskipun tidak sekuat yang diakui oleh para penganut paham hukum alam.

Polemik tentang dari mana asalnya moral berjalan seiring dengan polemik dari mana asalnya hukum. Banyak teori yang tercipta Untuk menjawab pertanyaan dari mana asal atau sumber dari moral tersebut antara lain:

1. Teori teologis.
2. Teori akal budi.
3. Teori sosiologis.



4. Teori historis

Teori teologis dalam hal ini mengajarkan bahwa sebenarnya moral berasal dari ajaran agama (dari Tuhan). Karena itu, mana yang dianggap bermoral tinggi (dianjurkan bahkan diharuskan untuk dilakukan), mana yang tidak melanggar moral (sehingga tidak dilarang untuk dilakukan), dan mana yang melanggar moral (sehingga dianjurkan untuk tidak dilakukan, bahkan dilarang untuk dilakukan) kesemuanya tersebut berasal dari Tuhan, yang untuk kepastiannya harus disimak dalam kaidah-kaidah yang terdapat dalam kitab-kitab suci dan/atau dalam apa-apa yang diajarkan oleh para nabi utusan Tuhan ke dunia ini.

Kemudian, teori akal budi dalam hal ini mengajarkan bahwa tentang apa-apa yang dianggap bermoral dan apa-apa yang dianggap pelanggaran moral, sebenarnya ditentukan oleh akal budi dan rasio manusia (human reason) tanpa perlu instruksi atau intervensi dari Tuhan. Dengan menggunakan akal yang rasional, manusia dianggap cukup mampu untuk mengerti mana yang dianggap bermoral dan mana yang dianggap pelanggaran moral di dunia ini.

Selanjutnya, teori sosiologis mengajarkan bahwa mana-mana yang dianggap bermoral dan mana-mana yang dianggap melanggar moral, bukanlah merupakan hal yang kekal, tetapi selalu berubah-ubah dan berbeda-beda dari satu tempat ke tempat yang lain, dari satu daerah ke daerah yang lain, sesuai dengan perkembangan pemikiran yang hidup dalam masyarakat tersebut.

Untuk menjawab pertanyaan dari mana asal atau sumber dari moral tersebut terdapat juga teori historis. Teori historis ini mengajarkan bahwa perbuatan mana yang dianggap bermoral dan perbuatan yang bagaimana yang dianggap tidak bermoral dalam suatu kehidupan masyarakat, semuanya sudah lama ada dalam masyarakat, yang dapat ditelusuri dalam sejarahnya. Perkembangan tentang apa yang bermoral dan apa yang tidak bermoral, dan perkembangan tentang kesadaran moral dari masyarakat mengikuti perkembangan historis



dari masyarakat tersebut. Terhadap masyarakat di suatu negara yang historisnya matang dalam kaitannya dengan penegakan moral tersebut, maka kesadaran orang-orang di situ, antara lain harus memerhatikan dan melaksanakan kaidah-kaidah moral yang harus tetap dijaga dalam komunitas tersebut, tergantung kepada sebaik apa moralitas masyarakat tersebut yang sudah terbentuk tahap demi tahap dalam perkembangan kesadaran dalam historis bangsa tersebut, yakni kesadaran untuk tidak melanggar prinsip-prinsip moralitas yang ada.

Selanjutnya, dalam konteks hubungan antara sektor hukum dengan sektor moral, setidaknya-tidaknya ada empat persoalan besar yang harus dijelaskan oleh ilmu hukum, yaitu sebagai berikut.¹⁴

1. Pertanyaan dari segi historikal: Apakah ketika hukum dibuat, faktor moral ikut memengaruhinya.
2. Pertanyaan dari segi analitikal: Apakah unsur moralitas ikut Campur dalam menentukan terhadap layak tidaknya suatu sebuah sistem hukum.
3. Pertanyaan dari segi kritik: Apakah hukum terbuka terhadap kritikan-kritikan yang bersifat moral.
4. Pertanyaan dari segi ketogakan hukum (*Law enforcement*): Apakah pelanggaran moral dapat diproses secara hukum dan di berikan sanksi hukum.

Terhadap persoalan apakah ketika hukum dibuat, faktor moral ikut memengaruhinya, pada umumnya jawabannya adalah ya, sector moral memang ikut memengaruhinya, baik pada pembuatan hukum di parlemen, maupun ketika hukum tercipta dalam putusan kasus-kasus di badan-badan pengadilan.

Selanjutnya, terhadap persoalan apakah unsur moralitas ikut campur dalam menentukan terhadap layak tidaknya suatu system hukum, atau apakah antara moral dan hukum adalah ranah yang sebenarnya berbeda tetapi kadang-

¹⁴ *Ibid.* hal. 1



kadang *overlapping*, ataupun apakah sektor hukum dan moral memiliki konsep yang sama tentang hak, kewajiban, tugas, sanksi, kepatuhan, dan lain lain Dalam hal ini, jawabannya akan terbagi ke dalam dua kubu, yaitu kubu dari penganut paham hukum alam, dan kubu yang menganut paham hukum positivisme, Jawaban dari kubu para penganut hukum alam lebih menekankan pentingnya peranan unsur moral dalam hukum, sehingga unsur moral harus selalu diperhitungkan dalam mengambil putusan-putusan hukum, Adapun Jawaban dari kubu dari penganut paham hukum positivisme adalah bahwa unsur moral tidak perlu diperhitungkan ketika suatu putusan hukum diambil, sebab yang dimaksud dengan hukum hanyalah apa yang ditulis dalam peraturan hukum saja, tidak kurang dan tidak lebih.

Adapun terhadap persoalan apakah hukum terbuka terhadap kritikan-kritikan atau pengujian-pengujian yang bersifat moral, sampai batas-batas tertentu hukum memang terbuka terhadap kritikan-kritikan moral, yakni dalam hal hal urgensi dari unsur moral tersebut berada pada derajat tertentu sehingga menjadi unsur yang juga harus diatur dan disediakan sanksinya oleh hukum.

Kemudian terhadap persoalan apakah pelanggaran moral dapat diproses secara hukum dan diberikan sanksi hukum, maka jawabannya mirip dengan jawaban untuk nomor tiga tersebut di atas, bahwa terhadap unsur-unsur moral yang sedemikian urgen, maka pelanggaran moral seperti itu dapat disebut juga sebagai pelanggaran hukum, karenanya sanksi hukuman oleh hukum pantas diberlakukan sehingga hukumannya menjadi jauh lebih berat. Dalam hal ini, pelanggaran moralitas publik hampir selamanya merupakan juga pelanggaran hukum.

Selanjutnya, pemakaian istilah hukum/keadilan dan moral dalam praktik sering *overlapping*. Banyak pelanggaran hukum juga merupakan pelanggaran moral, atau sebaliknya banyak juga pelanggaran moral yang juga merupakan pelanggaran hukum. Akan tetapi tidak selamanya demikian, karena sebenarnya ada banyak perbedaan antara moral dan hukum/keadilan tersebut, yang jelas tidak semua yang bertentangan dengan hukum/keadilan



tersebut bertentangan juga dengan moral. Sebaliknya juga benar bahwa tidak semua pelanggaran moral dianggap sebuah pelanggaran keadilan/ hukum. Dalam hal ini, menurut HLA Hart, keadilan hanya merupakan salah satu segmen dari moral. Yakni segmen dari moral yang banyak berbincang bukan terhadap sikap tindak manusia individu, melainkan berbincang terhadap sikap tindak individual dalam kelas/kelompok masyarakat.¹⁵

Yang jelas, suatu perbedaan utama yang paling nyata di antara moral dan hukum adalah ketika kita melihat asal muasal suatu kewajiban. Jika itu merupakan kewajiban hukum, maka kewajiban itu berasal dari eksternal pelakunya. Karena itu, ketika dianggap adanya kewajiban hukum, maka kewajiban tersebut ada, tanpa perlu memperhitungkan faktor internal seperti maksud, motif, dan lain-lain faktor internal. Adapun suatu kewajiban moral justru digerakkan oleh faktor-faktor internal manusia, tanpa perlu memperhitungkan faktor eksternalnya.

Terhadap suatu tanggung jawab *strict liability* misalnya, dalam hal ini jelas tidak ada maksud internal apa pun dari para pelaku untuk melanggar hukum, dan tidak juga dalam keadaan lalai. Dalam hukum, tanggung jawab hukum tetap dibebankan, tetapi dari segi moral, tidak ada pelanggaran apapun yang dilakukan, karena sama sekali tidak melibatkan kesalahan dari faktor internal, meskipun akibat dari tindakannya mungkin juga meibatkan masalah masalah moral.

Namun demikian, antara faktor moral dengan faktor hukum terdapat suatu hubungan fungsional antara lain:

1. Moral diperlukan ketika hukum menjadi sempit dan kaku.
2. Moral merupakan dasar dari otoritas hukum.
3. Moral menyediakan kaidahnya dalam penciptaan hukum.
4. Moral mengisi kekosongan hukum dan membantu penafsiran hukum.

¹⁵ Hart, HLA. *The Concept of Law*. Oxford, At The Clarendon Press, 1981. hal 163



5. Moral mengarahkan hukum ketika hukum mengalami Kentradiksi internal, dogmatisme, dan irasionalitas.
6. Pemenuhan unsur moral merupakan kriteria bagi suatu kaidah hukum yang bagus.

Dikatakan bahwa moral merupakan dasar dari suatu otoritas hukum, karena jika otoritas hukum atau kekuasaan negara hanya didasari paksaan atau undang-undang yang dogmatis saja, maka hukum yang demikian sulit bertahan lama. Dalam hal ini, agar lebih dipatuhi oleh masyarakat, dan agar kekuasaan dan otoritas tersebut dapat bertahan lama, maka hukum dapat bersandarkan juga kepada unsur moral, selainnya undang-undang yang mengandung unsur paksaan.

Ketika suatu undang-undang atau peraturan lainnya dibuat, atau ketika hakim membuat keputusan, maka banyak sumber digunakan oleh para pembuat hukum tersebut, salah satunya adalah unsur moral.

Di samping itu, ketika ada penafsiran hukum, maka ketika penafsiran hukum itu sendiri harus menggunakan berbagai sumber, salah satunya adalah moral. Akan tetapi, ketika misalnya penafsiran hukum didasari pada faktor yang lain, seperti faktor maksud para pembuat hukum, maka tentu tidak terbesit dalam pikiran para pembuat hukum bahwa hukum dibuat secara bertentangan dengan moral. Karena itu, penafsiran terhadap hukum tersebut harus selamanya tidak boleh ada pertentangan dengan faktor moral tersebut.

Kemudian, jika dilihat dari segi teoretis, dikenal apa yang disebut dengan teori etika nonkognitif. Adapun yang dimaksud dengan moral nonkognitif adalah bahwa kaidah-kaidah moral tersebut tidak dapat diverifikasi atau diukur dengan menggunakan metode logis atau empiris. Dalam hal ini, kaidah-kaidah moral tersebut semata-mata masalah emosi, sentimen, kepercayaan, masalah suka atau tidak suka yang berujung pada perasaan, bukan pada pikiran dan tidak ada urusan dengan keilmuan. Jadi, menurut teori etika nonkognitif ini, tentang yang baik, yang buruk, yang harus dilakukan, yang harus ditinggalkan, amal makruf nahi mungkar, semuanya itu merupakan masalah empati yang



berinduk pada perasaan manusia. Banyak penganut dari teori etika nonkognitif ini. Yang paling terkenal adalah David Hume. Kemudian juga Radbruch dan John Dewey. Tetapi sampai batas-batas tertentu juga Hans Kelsen. Bahkan juga dianut oleh para ahli di abad ke-20 seperti HLA Hart dan Alf Rose.

Selanjutnya tentang mana yang lebih penting antara moral dengan hukum, memang, dahulunya, di masa Yunani, orang memandang moral jauh lebih penting dari hukum. Tetapi sejak zaman Romawi, hukum justru dipandang jauh lebih penting dari moral sehingga begitu banyak hukum dan undang-undang yang dibuat di masa Romawi.

Kemudian, jika dengan teori hukum formalisme sebuah undang-undang yang dibuat oleh parlemen harus diterapkan dan dijalankan oleh penegak hukum secara apa adanya (secara harafiah), maka teori hukum progresif/responsif mengajarkan bahwa para penegak hukum dapat menyesuaikan aturan-aturan tertulis dengan situasi dan kondisi dalam masyarakat, yang apabila perlu hakim dapat mengubah undang-undang bahkan menciptakan ketentuan yang baru. Dalam hal ini, bagi negara-negara yang memiliki sistem Mahkamah Konstitusi, maka sebagian tugas *me-review* undang-undang diambil alih kewenangannya oleh Mahkamah Konstitusi jika ketentuan hukum tertulis tersebut bertentangan dengan konstitusi. Di samping itu, Mahkamah Agung juga biasanya memiliki hak uji materiel, yakni hak untuk menguji apakah sebuah peraturan tertulis (yang berada di bawah undang-undang) bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Di samping itu, bahkan aliran positivisme hukum yang merupakan aliran yang sangat keras berpegang pada aturan tertulis, masih memberi kemungkinan bagi badan-badan pengadilan untuk mengubah suatu undang-undang, atau bahkan membuat hukum yang baru. Hanya saja, beberapa pandangan dari para penganut paham positivisme memberikan rambu-rambu kepada hakim. Salah satu dari rambu-rambu tersebut adalah sebagaimana yang disebutkan oleh Ronald Dworkin, bahwa perubahan/penyesuaian undang-undang dapat dilakukan oleh para



hakim asalkan tidak keluar dari prinsip hukum yang berlaku. Dworkin menunjuk kepada kasus di USA yaitu kasus *Riggs V. Palmer*¹⁶, yang tidak memberikan hak waris (karena wasiat) kepada seseorang yang telah membunuh pewaris. Putusan ini dibuat oleh pengadilan dalam kasus *Riggs v. Palmer* tersebut sebagai pengecualian dari ketentuan undang-undang yang memberikan hak mewaris (karena wasiat) kepada penerima wasiat. Akan tetapi, penyimpangan dari undang-undang yang dibuat oleh hakim ini tetap bersumber pada prinsip hukum yang berlaku (yang berakar pada moral, prinsip-prinsip keadilan, dan ketertiban umum) yang menyatakan bahwa tidak ada seorang pun dapat mengambil manfaat dari kesalahan yang telah dilakukannya. Namun demikian, harus diakui pula bahwa pemberian kewenangan kepada hakim untuk menyimpang dari hukum yang berlaku dengan membuat kaidah-kaidah hukum baru akan bertentangan dengan beberapa prinsip hukum yang mestinya sedang berlaku, yaitu:

Prinsip konsistensi/kepastian hukum (hukum tidak selalu berubah ubah atau berbeda beda).

1. Prinsip demokrasi. Hukum harus dibuat oleh wakil rakyat (parlemen).
2. Prinsip *trias politica* (pengadilan hanya menerapkan hukum)
3. Prinsip larangan retroaktif (hukum tidak boleh berlaku surut).
4. Prinsip subjektivitas dan non-netralitas pengadilan.
5. Prinsip non-transparansi pengadilan.
6. Prinsip keterasingan pengadilan.

Telah disebutkan bahwa dalam menelaah prinsip-prinsip hukum untuk dipertimbangkan dalam rangka penjatuhan suatu putusan pengadilan, hakim juga mengambil sumber dari kaidah-kaidah moral, ketertiban umum, kebiasaan, keadilan abadi, hukum alam dan lain-lain. Beberapa contoh lagi penggunaan kaidah-kaidah moral ke dalam prinsip hukum, terlepas apakah ditulis atau tidak dalam undang-undang, antara lain:

¹⁶ Simmonds, N.E. *Central Issues in Jurisprudence*. London, Sweet & Maxwell, 1986. hal. 99



1. Utang dalam perjudian tidak dapat dituntut.
2. Debitur tidak boleh mengalihkan hartanya kepada orang lain dengan motif untuk mengelak membayar utang.
3. Seorang pelacur tidak dapat menuntut secara hukum atas penghasilan dari hasil pelacuran tersebut.
4. Seorang pekerja ilegal di suatu negara tidak dapat menuntut upahnya.
5. Kreditur tidak boleh menuntut ganti rugi dari wanprestasi jika kreditur tersebut telah terlebih dahulu wanprestasi, atau jika kreditur tersebut ikut berkontribusi terhadap terjadinya wanprestasi oleh debitur yang bersangkutan.

Dewasa ini hukum dan moral dianggap saling *overlapping*. Sehingga bila ditinjau dari sifat dan ruang lingkup masing-masing moral dan hukum, maka hubungan antara hukum dan moral menjadi sebagai berikut:

1. Secara garis besarnya, hukum dan moral menjelajahi wilayah yang sama. Misalnya, jika ada larangan terhadap mencuri atau membunuh, maka larangan tersebut merupakan larangan secara hukum di samping juga larangan secara moral.
2. Moral merupakan pelengkap dari hukum. Ketika ada bahwa hukuman terhadap pezina adalah hukuman penjara, bukan di. Cambuk atau dirajam, maka hal tersebut lebih merupakan kaidah hukum dari kaidah moral.
3. Tetapi bisa juga hukum yang justru merupakan pelengkap dari moral. Misalnya, ketika ada ancaman pidana terhadap orang yang membiarkan saja (tidak mau menolong) orang lain yang lagi sekarat sehingga dia mati, maka hal tersebut lebih merupakan kaidah moral sehingga larangan oleh hukum hanya pejangkap saja.
4. Ada wilayah hukum yang tidak ada hubungannya dengan moral. Misalnya ketika ada kaidah bahwa orang pejalan kaki harus berjalan di sebelah kiri jalan, hal tersebut adalah kaidah hukum dengan tujuan untuk mencapai ketertiban dalam berlalu lintas, tidak ada kaitannya dengan moral.



5. Tetapi ada juga wilayah moral yang tidak ada kaitannya dengan hukum. Misalnya kaidah moral bahwa ketika seseorang berbicara harus dengan bahasa yang sopan. Hal tersebut adalah kaidah moral yang tidak berkaitan dengan wilayah hukum. Karena itu, orang yang berbicara tidak sopan atau kurang sopan, tidak dapat diberikan sanksi hukum, sepanjang tidak sampai menghina atau mencemarkan nama baik orang lain.





BAB 3

TEORI-TERORI TENTANG KEDAULATAN DALAM HUKUM

A. TEORI KEDAULATAN

Teori hukum tentang kedaulatan (*sovereignty*) sangat terkait dengan paham hukum positivisme, karena paham hukum positivisme inilah yang banyak membahas persoalan ini. Karena itu, tidak lah mengherankan jika persoalan kedaulatan ini banyak dibahas dalam buku-buku yang dikarang oleh para penganut paham hukum positivisme, seperti yang dikarang oleh John Austin, HLA Hart, Hans Kelsen, Friedman, dan Lon Fuller.

Apa yang dimaksud dengan kedaulatan (*sovereignty*) adalah kekuasaan yang tertinggi, absolut, dan tidak ada instansi lain yang dapat menyamakannya atau mengontrolnya, yang dapat mengatur warga negara dan mengatur juga apa yang menjadi tujuan dari suatu negara, dan mengatur berbagai aspek pemerintahan, dan melakukan berbagai tindakan dalam suatu negara, termasuk tetapi tidak terbatas pada kekuasaan membuat undang undang, menerapkan dan menegakkan hukum, menghukum orang, memungut pajak, menciptakan perdamaian dan menyatakan perang, menandatangani dan memberlakukan traktat, dan sebagainya.

Selain itu, beberapa pengertian yang juga pernah diberikan kepada kedaulatan/*sovereignty* sebagai berikut:¹⁷

1. Jean Bodin: Dalam bukunya *De La Replibgue*, Bodin mengartikan kedaulatan sebagai kekuasaan yang absolut dan berkelanjutan dalam sebuah negara yang berada di atas hukum positif.

¹⁷ Osborn, P.G. *Jurisprudence in a Nutshell*. London, Sweet & Maxwell, Limited, 1950. hal. 5



2. Pufendorf: Akan tetapi menurut Pufendorf, kedaulatan tidaklah bersifat absolut, tetapi dapat saja dibatasi oleh konstitusi.
3. Thomas Hobbes: Menurut Hobbes, dalam konsep kedaulatan terkandung makna “kemahakuasaan” (*omnipotence*).
4. John Austin: Orang atau badan ataupun pimpinan negara yang memiliki kedaulatan dapat membuat hukum positif yang akan diterapkan terhadap para anggota dari suatu masyarakat politik independen di bawah kekuasaan pemangku kedaulatan tersebut. Dalam hal ini, mayoritas dari masyarakat tersebut akan mematuhi kehendak dari pemangku kedaulatan yang bersangkutan.

Selanjutnya, dalam konsep kedaulatan mengandung juga prinsip kewenangan (*power*). Apa yang dimaksud dengan kewenangan atau *power* adalah suatu kebebasan (*liberty*), kekuasaan (*authority*), atau kemampuan (*ability*) yang dimiliki oleh seseorang atau suatu badan untuk melakukan suatu tindakan hukum, yang dapat menghasilkan suatu efek, kekuatan, paksaan, dominasi, dan kontrol atas orang lain.

Selain daripada itu, terdapat juga suatu teori umum dalam hukum yang mengasumsikan bahwa di setiap masyarakat yang di dalamnya tentu terdapat hukum, selalu ada yang disebut dengan “pihak pemangku kedaulatan” (*sovereign person*). Asumsi hukum ini sangat mendasar dan fundamental dalam setiap sistem hukum. Pihak pemangku kewenangan ini dalam istilah sehari-hari sering disebut dengan “pejabat yang berdaulat,” baik pejabat formal maupun pejabat informal, baik tingkat lokal maupun tingkat nasional. Para Pejabat berdaulat inilah yang masing masing akan merancang, membuat, menemukan, menafsirkan, menerapkan, dan menegakkan hukum dalam suatu negara dan masyarakat. Pembahasan hukum tentang “kedaulatan” (*sovereignty*) memunculkan suatu teori yang disebut dengan “teori



kedaulatan” atau yang oleh HLA Hart ds sebut dengan istilah “*the doctrine of sovereignty*”.¹⁸

Menurut HLA Hart, teori kedaulatan ini mengajarkan bahwa:

.....In every human society, where there is law, there is ulumatety to be found latent beneath the variety of political forms, im a democracy as much as in an absolute monarchy, this simple relatsonsinp between subjects rendering habitual obedience, and sovereign who renders habmual obedience to no one. This vertical structure composed of soverergn and subjects is, according to the theory, as essential apart of a souety whach possesses law, as a backbone is of man. Where there is present, we may speak of the society, together with its sovereign, as a single independent state, and we may speak of its law: where it is not present, we can apply none of these expressions, for the relation of sovere gn and subyedt forms, according to this theory, part of their very meaning.

Herbert Lionel Adolphus Hart yang merupakan ahli hukum berpengaruh besar di abad ke-20 yang berpaham liberal positivisme dan utilitarisme, beraliran kiri, lahir di Inggris dari keluarga Yahudi campuran Jerman—Polandia pada tahun 1907 dan meninggal di Inggris pada tahun 1992 dalam usia 85 tahun. Berpendidikan hukum dari Universitas Oxford, Inggris, mengawali profesi sebagai pengacara, masuk militer bagian intel di M15 Inggris, kemudian menjadi dosen filsafat hukum di Universitas Oxford, yang setelah pensiunnya diganti oleh Ronald Dworkin, yang kemudian juga manjadi ahli hukum sangat berpengaruh. Meskipun HLA Hart tidak pernah rukun atau kurang berbahagia bersama istrinya, Jenifer Hart (seorang mata-mata komunis), dan bahkan memiliki salah satu dari anaknya yang cacat, tetapi hal tersebut tidak berpengaruh terhadap karir dan pemikiran Hart tentang hukum, sehingga dia dapat menghasilkan karya-karya besar, di antaranya yang paling terkenal adalah bukunya yang berjudul *The Concept of Law* (pertama terbit pada tahu 1961), yang merupakan kumpulan kuliahnya sejak tahun 1952.

¹⁸ Hart, HLA. *Op Cit*, 1981. hal. 49



Sesuai dengan pendapat HLA Hart tersebut, maka apapun bentuk pemerintahan, seperti pemerintahan yang demokratis, totaliter autokrasi, republik, kerajaan, semuanya tidak mungkin berlangsung dalam suatu negara tanpa adanya unsur kedaulatan, karena itu ada yang namanya pemangku kedaulatan, dalam negara demokrasi kedaulatan dipangku/dipegang oleh rakyat, tetapi di dalam negara totaliter, kedaulatan dipegang oleh penguasa, sementara di negara teokrasi, kedaulatan ada di tangan Tuhan.

Di samping itu, di dalam hukum berlaku juga dengan cukup kuat unsur "keterusan" (*continuity*), yang tidak gampang untuk diubah-ubah. Karena itu banyak pranata hukum yang sebenarnya tidak sesuai lagi dengan situasi dan kondisi zaman kontemporer, tetapi masih saja diberlakukan dengan suatu perubahan paradigma melalui perluasan-perluasan penafsiran. Kebanyakan perubahan atas hukum akan mendapat tantangannya dalam sistem hukum itu sendiri, utamanya karena dalam sistem hukum tersebut terdapat unsur keterusan/kontinuitas (*continuity*) atau unsur persistensi. Persistensi ini umumnya dijaga dengan baik oleh para pemegang kedaulatan dalam suatu negara. Keadaan seperti ini sangat terasa di negara-negara yang menganut sistem hukum Anglo Saxon, mengingat suatu perubahan hukum di sana umumnya dilakukan oleh hakim, yang sebenarnya kurang berani mengubah hukum secara terang-terangan, kecuali melalui selubung "penafsiran hukum". Karena itu, misalnya di bidang hukum kepemilikan tanah, banyak sistem hukum klasik yang dahulunya diterapkan oleh raja-raja Inggris masih saja berlaku termasuk di negara-negara yang sebenarnya tidak menganut sistem feodal dalam sistem hukum tanah mereka, seperti di negara Amerika Serikat. Apa yang namanya *fee tail*, *fee simple absolute*, yang sebenarnya berasal dari Inggris dan sistem tersebut sesuai dengan sistem kerajaan yang feodal, masih saja berlaku dalam sistem hukum Amerika Serikat, tentu dengan penafsiran penafsiran oleh hakim yang sudah sangat diperluas. Di Inggris misalnya, meskipun sama sekali tidak masuk akal schat, tetapi hukuman pidana terhadap "tukang tenung" masih saja dijatuhkan dalam tahun 1944 dengan



mendasari atas sebuah undang-undang yang sudah sangat klasik, yaitu “Undang-Undang Tukang Tenung” (*Witchcraft Act*) yang dibuat di tahun 1735. Selanjutnya, di samping mengandung unsur “kontinuitas” dalam suatu sistem hukum terkandung juga unsur “mematuhi” (*obedience*) terhadap kaidah atau aturan hukum tersebut, atau yang oleh John Austin disebut dengan istilah “kabiasaan umum untuk patuh” (*general habit of obedience*). Karena itu, ketika suatu hukum sudah mulai diberlakukan dan diumumkan sehingga diketahui oleh publik, maka akan timbul suatu rasa kewajiban untuk mengikutinya, meskipun ada orang yang sukar atau bahkan berpendapat bahwa tidak logis untuk mengikuti kaidah hukum tersebut, karena banyaknya kelemahan yang terdapat dalam aturan hukum tersebut. Biasanya, dalam sistem hukum seperti itu, meskipun ada teriakan-teriakan tentang ketidaksetujuan rakyat, tetapi untuk mengubah suatu sistem hukum yang sudah berlaku akan sangat memboroskan waktu, tenaga, dan biaya. Maka, sebelum aturan hukum tersebut diubah, dia akan tetap berlaku bagi masyarakat yang bersangkutan, dan akan tetap dipertahankan dan diberlakukan oleh pemegang kedaulatan dalam negara tersebut.

B. TEORI PERINTAH

Dalam hubungan dengan teori perintah ini, salah satu pengikut paham positivisme yaitu John Austin, menyatakan bahwa:¹⁹

“... Being commands (and therefore being established by determinate individuals or bodies), they are laws properly so called: they are armed with sanctions, and impose duties, in the proper acceptation of the terms.”

Jadi, sesuai pendapat dari John Austin tersebut, maka sebagai perintah yang dibuat dan diberikan oleh pribadi-pribadi tertentu atau badan tertentu, ada yang disebut dengan hukum, yang dipersenjatai dengan sanksi-sanksi, dan dengan membebankan tugas-tugas tertentu, sesuai dengan fungsinya masing-masing.

¹⁹ Golding, M.P. *The Nature of Law*. New York, USA, Random House, 1966. hal. 90



Dengan demikian, maka terhadap perintah oleh seorang pemangku otoritas, selama perintah tersebut sah secara hukum dan dilakukan sesuai dengan dan tidak melampaui kewenangannya yang diberikan oleh hukum, sehingga karenanya disebut sebagai "perintah hukum" maka perintah tersebut wajib dijalankan dan bagi yang mengabaikannya dapat dikenakan sanksi hukum. Bahkan setidaknya, menurut paham positivisme hukum, meskipun perintah tersebut sudah tidak sesuai lagi dengan keinginan atau kenyataan objektif dari masyarakat, perintah tersebut secara hukum tetap harus dijalankan selama masih memiliki dasar hukum positif.

Perlu terlebih dahulu diketahui apakah yang dimaksud dengan perintah tersebut. Dalam hal ini, yang dimaksud dengan perintah adalah suatu kehendak yang mesti dituruti atau pengarahan yang sifatnya wajib dilakukan yang dikeluarkan oleh seorang pemangku otoritas yang diberikan oleh hukum sesuai jabatannya dalam menjalankan kewenangannya untuk dipatuhi oleh masyarakat yang menjadi bawahannya dengan tujuan untuk mencapai suatu tujuan bersama, dengan sanksi tertentu jika tidak menjalankan perintah tersebut. Sebagaimana diketahui bahwa perintah yang sangat keras dari atasan kepada bawahan ada dalam dunia militer, sehingga konsep perintah atau komando sering sekali digunakan dalam dunia militer. Namun demikian, perintah dalam pengertian yang lebih lunak sebenarnya terdapat juga dalam dunia selain dunia militer, bahkan konsep perintah ini sebenarnya terdapat dalam setiap hubungan atasan bawahan di setiap bidang kehidupan. Seperti perintah penguasa negara terhadap rakyatnya, perintah guru terhadap muridnya, perintah ayah terhadap anaknya, dan perintah majikan terhadap buruh.

Beberapa konsep yang satu sama lain berbeda arti dan penekanan, yang terbit dari suatu perintah antara lain:²⁰

1. Komit terhadap sesuatu.

²⁰ Thatcher, Virginia S, et al. *The New Webster Encyclopedic Dictionary of the English Language*. Chicago, USA, Consolidated Book Publisher, 1971. hal. 165



2. Menyuruh (*order*) berdasarkan otoritas yang dimilikinya.
3. Memaksa untuk dijalankan (*injunction*).
4. Mengarahkan (*direct*).
5. Menuntut (*Charge*).
6. Menjalankan perintah atasan.
7. Mengontrol.
8. Mendominasi.
9. Memandang rendah.
10. Memberikan mandat.
11. Memaksa (*force*).

Selanjutnya, banyak kaidah hukum, utamanya yang menyangkut dengan kepentingan umum berisikan perintah untuk dijalankan, sehingga muncullah pembahasan yang luas dalam hukum tentang perintah ini yang disebut dengan “teori perintah” Jadi, apakah yang dimaksudkan dengan perintah dalam teori perintah dalam konsteks seperti ini. Untuk itu, HLA Hart menyatakan bahwa perintah (*command*) adalah “*To exercise authority over men, not power to inflict harm, and though it may be combined with threats of harm the command is primarily an appeal not to fear but to respect for authority*”²¹. Dalam hal ini, yang dimaksudkan dengan perintah (*command*) adalah suatu tindakan melaksanakan kekuasaan terhadap seseorang, bukan berarti kekuasaan untuk menyakiti atau menimbulkan kerugian, meskipun perintah yang bersangkutan mungkin saja terjadi bersama-sama dengan ancaman untuk terjadinya bahaya tersebut. Dalam hal ini, perintah utamanya dimaksudkan bukan untuk ditakuti tetapi untuk dihormati. Perintah seperti inilah yang dimaksudkan oleh hukum, yang dalam hal hukum dianggap sebagai “perintah” yang harus dijalankan oleh Orang yang menjadi objek pengaturan hukum. Jadi, seperti perintah undang-undang untuk berjalan di sebelah kiri jalan, tetapi bukan seperti perintah perampok untuk menyerahkan uang dengan todongan pistol di kepala. Dalam

²¹ Hart, HLA. *Op Cit*, 1981. hal. 20



mengartikan hukum sebagai perintah tersebut, ada perbedaan pandangan antara HLA Hart dengan John Austin. Dalam hal ini, Hart lebih memandang perintah (*command*) hukum hanya seperti perintah oleh undang-undang di atas, sedangkan Austin lebih mengartikan perintah baik perintah oleh undang-undang maupun perintah oleh perampok tersebut. Padahal, perintah oleh perampok tersebut sudah menjurus kepada tindakan paksaan oleh pihak yang tidak mempunyai kewenangan hukum.

Perintah (*command*) hukum tersebut berbeda dengan “imbau” (*suggestion*), “permintaan” (*request*), “peringatan” (*warning*), “suruhan” (*order*), “ancaman” (*threat*) dan “paksaan” (*force*), antara lain:

1. Perintah (*command*), berisikan sebuah keharusan yang ditujukan terhadap semua orang dalam kelas atau syarat yang sama. Misalnya dalam contoh perintah undang-undang untuk berjalan sebelah kiri jalan tersebut.
2. Imbauan (*suggestion*) adalah berupa anjuran atau saran agar seseorang “sebaiknya” melakukan sesuatu. Misalnya imbauan pemerintah agar masyarakat hidup hemat agar tidak terjadi inflasi, atau apa yang dikenal dengan imbauan pemerintah untuk “menggencangkan ikat pinggang” Dalam hal ini, jika imbauan tidak dilaksanakan, tidak ada sanksi apa-apa.
3. Permintaan (*request*) berarti lebih dari sekadar imbauan. Dalam hal ini, orang yang diminta tersebut meminta kepada orang lain untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Misalnya, permintaan dari orangtua agar anaknya rajin belajar. Maka, jika permintaan tersebut tidak dilaksanakan/dipatuhi, akan ada sekadar pembalasan meskipun bersifat ringan, misalnya uang saku si anak tidak ditambah, karena orangtuanya merasa kecewa.
4. Terhadap peringatan (*warning*) yang dimaksudkan adalah bahwa anjuran agar seseorang tidak melakukan sesuatu atau harus melakukan sesuatu sehingga apabila peringatan tersebut tidak diindahkan, maka akan terjadi sesuatu yang negatif bagi orang yang bersangkutan, Dalam hal ini, hal



negatif tersebut tidak selamanya berasal dari orang yang memberi peringatan tersebut. Misalnya, peringatan agar tidak mandi di pantai terlalu jauh mengingat ombaknya berbahaya.

5. Ada juga yang disebut dengan suruhan (*order*). Suruhan dalam hal ini berarti bahwa antara orang yang menyuruh dan orang yang disuruh saling berhadap-hadapan. Misalnya ketika polisi meminta agar pengendara motor yang “telah” melanggar aturan lalu lintas untuk menghentikan motornya dan meminta untuk diperlihatkan surat izin mengemudi kepada polisi tersebut. Terhadap istilah suruhan (*order*) ini, oleh HLA Hart disebut dengan istilah “suruhan memaksa” (*coercive order*).²²
6. Selanjutnya, yang dimaksud dengan ancaman (*threat*) adalah perintah agar dilakukan atau tidak dilakukan sesuatu yang disertai dengan pemberian hukuman tertentu nonhukum jika tidak dipatuhi. Ancaman tersebut baik berupa ancaman fisik (misalnya akan dibunuh) maupun ancaman mental (misalnya, akan dibuka aibnya kepada masyarakat). Karena itu, pemakaian kata “ancaman pidana” dalam berbagai undang-undang pidana dalam hal ini tidak tepat, karena ancaman pidana masih merupakan “ancaman hukum” bukan ancaman “nonhukum” Untuk istilah “ancaman pidana” seperti itu, sebenarnya yang dimaksudkan hanyalah “akibat hukum” berupa sanksi pidana bagi barangsiapa yang tidak mematuhi.
7. Akhirnya, yang dimaksud dengan paksaan (*force*) adalah perintah untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang menyebabkan orang tersebut berada dalam tidak ada pilihan kecuali menuruti apa yang disuruh lakukan kepadanya. Kalaupun ada pilihan, adalah berat sekali, misalnya pilihannya adalah orang tersebut akan mati. Misalnya dalam

²² *Ibid*



kasus tersebut di mana perampok meminta uang dengan pistol sudah diarahkan ke kepala.

Hukum memberlakukan masing-masing kategori dari istilah tersebut secara berbeda-beda. Misalnya, orang yang melakukan sesuatu perbuatan pidana tetapi dilakukannya itu karena “dipaksa” orang lain, maka dia dimaafkan sehingga terbebas dari hukuman pidana karena “*overmacht*.” Atau, pihak dalam kontrak tidak memenuhi suatu pasal dalam kontrak yang sudah dibuatnya tidak dianggap wanprestasi jika dia melakukannya karena terpaksa (*force majeure*). Di samping itu, terdapat juga aturan hukum yang isinya memerintahkan (*command*) untuk melakukan atau tidak melakukan (melarang) sesuatu, dengan akibat hukum tertentu jika dilanggarnya. Ini yang disebut dengan hukum memaksa, baik yang diikuti juga dengan saksi pidana (jika menyangkut dengan kepentingan umum) maupun akibat perdata (jika merugikan orang tertentu tetapi tidak menyangkut dengan kepentingan umum). Dalam hal ini, aturan hukum memberikan perintah terhadap masyarakat dalam kelas atau syarat yang sama, misalnya dengan menggunakan kata “barangsiapa”, sehingga suatu aturan hukum tidak pernah mengatur khusus atau menunjuk khusus untuk pribadi tertentu atau orang yang sudah tertentu, misalnya dengan penyebutan “Si Badu” atau “Tuan Budi” Jika penyebutan nama dilakukan, ini sudah masuk ke ranah “penerapan” atau “penegakan” terhadap aturan hukum tersebut, sehingga sudah menjadi suruhan hukum (*order*) terhadap orang tertentu yang termasuk ke dalam kategori sebagaimana yang diatur oleh aturan hukum itu. Misalnya seperti di atas ketika seorang polisi menyuruh berhenti dan maminta dipertunjukkan surat izin mengemudi dari pengemudi motor (misalnya Tuan Jono) yang id melanggar aturan lalu lintas.

Teori hukum Islam mengatur masalah “perintah” untuk melakukan atau tidak melakukan suatu tindakan secara lebih sistematis jika dibandingkan dengan sistem hukum Eropa Kontinental maupun Anglo Saxon. Hukum Islam



mengategorikan suatu tindakan manusia (berbuat atau tidak berbuat) ke dalam kategori-kategori sebagai berikut:

1. Perbuatan Wajib. Dalam hal ini, jika perbuatan tersebut dilakukan akan mendapat pahala, sedangkan jika perbuatan tersebut ditinggalkan akan mendapat dosa. Pengertian dosa yang sebenarnya berarti ancaman hukuman di akhirat kelak, di sini meskipun tidak persis sama tetapi sampai batas-batas tertentu dapat dianggap sepadan juga dengan pengertian akibat hukum (pidana dan perdata) dalam sistem hukum umum. Misalnya manusia wajib menutup aurat. Sebaliknya untuk pengertian “pahala”, tidak ada pranata hukum yang sepadan dalam sistem hukum umum. Tidak pernah ada aturan hukum umum yang menyatakan misalnya barangsiapa yang melakukan sesuatu, akan diberikan hadiah sekian rupiah.
2. Perbuatan Sunah. Dalam hal ini, merupakan tindakan yang “dianjurkan” untuk dilakukan, di mana jika perbuatan tersebut dilakukan akan mendapat pahala, sedangkan jika perbuatan tersebut ditinggalkan tidak akan mendapat dosa. Jadi dalam hal ini, sunah hanya merupakan semacam kewajiban moral untuk melakukan sesuatu yang bukan merupakan kewajiban hukum. Misalnya sunah untuk mengambil dan membuang duri yang terdapat di jalan umum.
3. Perbuatan Mubah. Dalam hal ini, jika perbuatan tersebut dilakukan tidak akan mendapat pahala maupun dosa, sedangkan jika perbuatan tersebut ditinggalkan juga akan mendapat dosa maupun pahala. Dalam istilah ilmu hukum, perbuatan mubah ini bukan merupakan perbuatan hukum. Misalnya perbuatan berupa makan nasi setiap hari tiga kali sehari.
4. Perbuatan Makruh. Dalam hal ini, jika perbuatan tersebut dilakukan tidak akan mendapat pahala maupun dosa, tetapi jika perbuatan tersebut ditinggalkan akan mendapat pahala. Dalam hal ini, tindakan makruh lebih merupakan imbauan moral untuk “tidak” melakukan suatu perbuatan.



Misalnya makruh hukumnya jika seseorang merokok meski bukan di tempat umum.

5. Perbuatan Haram. Dalam hal ini, jika perbuatan tersebut dilakukan akan mendapat dosa, sedangkan jika perbuatan tersebut ditinggalkan akan mendapat pahala. Dalam banyak hal, tetapi tidak selamanya, perbuatan haram ini sepadan dengan suatu "larangan hukum," baik larangan hukum pidana (misalnya tindakan membunuh atau mencuri) maupun larangan hukum perdata (misalnya tindakan wanprestasi). Perbuatan haram yang bukan merupakan larangan hukum misalnya seorang yang beragama Islam yang makan daging babi.

Selanjutnya, sebagaimana diketahui bahwa kaum positivisme hukum seperti Hans Kelsen, atau John Austin berpandangan bahwa hukum hanya ada dalam undang-undang, sehingga hakikat hukum sebenarnya hanyalah sebagai suatu perintah (*command, order*) dari penguasa. Hanya saja, konsep hukum dari Hans Kelsen lebih luas dari konsepsi hukum dari John Austin, di mana berbeda dengan John Austin, Hans Kelsen masih mengakui bahwa seseorang taat kepada hukum bukan hanya karena takut kepada sanksi hukum, melainkan juga dengan alasan-alasan lain seperti karena alasan religius, alasan etika, alasan kemasyarakatan, alasan kenyamanan, alasan keamanan, dan lain sebagainya. Karena itu, banyak keberatan yang ditujukan terhadap pandangan John Austin tentang hukum adalah perintah (*command*). Sebab, dalam kenyataannya banyak juga model hukum yang sebenarnya bukan perintah, misalnya hukum-hukum sebagai berikut:²³

- a. Adalah anggapan yang populer bahwa hukum yang jelek bukanlah hukum sama sekali (*bad law is not the law*), meskipun secara yuridis formal hukum tersebut masih berlaku. Sebaliknya, bagi para penganut positivisme seperti John Austin, selama masih berlaku secara yuridis formal, maka hukum tersebut tetap merupakan perintah yang harus

²³ Buckland, W.W. *Some Reflection on Jurisprudence*. Cambridge, London, At the University Press, 1945. hal. 49



dijalankan. Sehingga, kaum positivisme, hukum yang jelek kurang lebih juga merupakan hukum (*an evil law is none the less a law*).

- b. Paham positivisme menganggap bahwa hukum tidak ada korelasinya dengan kepentingan masyarakat. Jadi meskipun bertentangan dengan kepentingan masyarakat, hukum yang masih berlaku tetap saja merupakan hukum/perintah.
- c. Kaum positivisme juga menganggap bahwa hukum tidak ada kaitannya dengan moral. Jadi, meskipun hukum bertentangan dengan moral, maka hukum yang telah dibuat secara sah tersebut tetap valid sebagai hukum yang tetap harus dijalankan sebagai perintah.
- d. Hukum yang isinya membatalkan hukum yang lama (*repealing law*) tidak merupakan perintah (*command*) sama sekali.
- e. Ada juga hukum lain yang tidak merupakan perintah sama sekali, yakni hukum yang hanya bersifat deklaratif. Misalnya hukum yang menyatakan berlakunya hukum yang lama yang sudah terlebih dahulu ada, di mana hukum yang baru tersebut sama sekali tidak mewajibkan apa-apa terhadap masyarakat.
- f. Hukum-hukum yang bersumber dari kebiasaan atau hukum adat tetap merupakan hukum, meskipun tidak dibuat oleh pemegang kekuasaan legislatif yang resmi dalam suatu negara, sehingga semestinya juga bukan merupakan "perintah" dari yang berwenang.

C. TEORI KEWAJIBAN DAN PAKSAAN

Salah satu hakikat dari hukum adalah hukum dapat dipaksakan berlakunya bila perlu dengan campur tangan negara. Karena itu, dalam hukum itu sendiri terdapat unsur kewajiban yang harus dilaksanakan oleh setiap orang yang tunduk kepada hukum yang bersangkutan. Sebagai ekuivalensi dari kewajiban, hukum juga menyediakan dan negara menjamin hak-hak tertentu bagi warga negaranya. Paksaan, kewajiban, dan penjaminan hak terhadap warga masyarakat dimaksudkan agar suatu sistem keteraturan yang



dirancang oleh hukum dapat berjalan dengan baik dan tertib, sehingga muncul konsep ketertiban hukum.

Dapat dikatakan bahwa karakteristik dari suatu ketertiban hukum (*legal order*) antara lain:

1. Berlakunya suatu ketertiban hukum dapat dipaksakan dengan sanksi-sanksi tertentu.
2. Berlakunya suatu ketertiban hukum baik berupa perintah, larangan, maupun anjuran (jika bukan kaidah hukum memaksa).
3. Berlaku prinsip persamaan perlakuan di antara sesama anggota, masyarakat (*equality before the law*).
4. Mengisi kekosongan hukum. Dalam hal ini tidak ada hukum yang kosong, karena hukum selalu dapat diketemukan atau ditafsirkan dari kaidah-kaidah hukum yang ada.
5. Berlaku prinsip mediasi internal hukum. Dalam hal ini jika terdapat berbagai macam hukum yang berbeda atau saling bertentangan, maka hukum itu sendiri menyediakan berbagai moda penyelesaiannya. Misalnya dengan memberlakukan asas *lex specialist derogat lex generalis*.
6. Objek dari suatu ketertiban hukum adalah aturan dan kaidah hukum.
7. Karena hukum dapat dipaksakan berlakunya, maka suatu ketertiban hukum juga merupakan ketertiban dari paksaan-paksaan dalam bentuk sanksi-sanksi hukum. Ini pula yang membedakan antara ketertiban hukum dengan ketertiban sosial lainnya.

Selanjutnya, sebagai kaum positivisme, baik Jeremy Bentham maupun John Austin sama beranggapan bahwa hakikat hukum adalah pembebanan kewajiban (*obligation*)/tugas terhadap masyarakat. Senada dengan anggapan tersebut, maka penganut paham positivisme yang lain, yaitu Hans Kelsen berpandangan bahwa hukum merupakan pembatasan terhadap kemerdekaan (*liberty*) terhadap warga masyarakat, sehingga *by definition*, hukum adalah jelek (*evil*). Selanjutnya, penganut paham positivisme yang lain lagi, yaitu HLA



Hart berpandangan bahwa sebenarnya hukum itu dapat diklasifikasi sebagai berikut:²⁴

1. *Primary Rules.*
2. *Secondary Rules.*
3. *Rule of Recognition.*

Yang dimaksudkan dengan hukum primer (*primary rule*) adalah seluruh kaidah hukum normatif yang mengatur perilaku sehari-hari dari manusia yang dikenal dan diberlakukan dalam masyarakat, seperti kaidah tentang larangan mencuri, larangan membunuh, larangan menerobos lampu merah di jalan raya, dan lain lain. Adapun yang dimaksudkan dengan hukum sekunder (*secondary rule*) adalah hukum yang mengatur tentang hukum yang lain, seperti hukum yang mengatur bagaimana membuat suatu hukum, bagaimana menafsirkan hukum, bagaimana menerapkannya, dan sebagainya. Kemudian, hukum rekognisi (*rule of recognition*) yang merupakan bagian terpenting dari hukum sekunder tersebut, yakni yang mengatur tentang bagaimana menafsirkan dan menerapkan hukum primer tadi ke dalam kasus-kasus. Misalnya ada kaidah hukum primer tentang larangan membunuh, tetapi apakah tindakan eutanasia atau aborsi juga termasuk kedalam kategori pembunuhan. Atau, jika ada pranata hukum tentang perkawinan, apakah perkawinan sejenis (antara laki-laki dengan laki-laki, atau antara perempuan dengan perempuan) menurut hukum juga masih termasuk kedalam kategori perkawinan.

Teori paksaan/imperatif (*imperative theory*) merupakan dasar berpijak bagi teori John Austin tentang *analytical jurisprudence* maupun oleh para penganut paham positivisme lainnya. Teori imperatif itu sendiri berinduk kepada teori tentang hukum dan kedaulatan (*law and sovereignty*). Karena itu, tidak mengherankan jika teori imperatif ini sangat populer di kalangan para ahli

²⁴ Simmonds, N.E. *Op Cit.* hal. 82



hukum positivis, seperti John Austin, Hans Kelsen, HLA Hart, Friedman, dan Paton.

Bahkan menurut Hans Kelsen, hukum tidak lain merupakan norma utama yang mengandung sanksi di dalamnya. *Law is the primary norm which stipulates the sanction.*²⁵

Jadi, ajaran dari teori imperatif itu sendiri sebenarnya merupakan teori yang bebas nilai, sehingga dia memiliki watak netral. Akan tetapi, yang sering terjadi adalah penerapan yang salah dari teori imperatif maupun paham positivisme, yang menyebabkan timbulnya berbagai negara diktatur totaliter di sepanjang abad ke-20, seperti yang dilakukan oleh Hitler di Jerman, Mussolini di Italia, Lenin dan Stalin di Uni Soviet, Idi Amin, Muammar Khaddafi, atau Hosni Mubarak di Afrika, Mao Tse Dong, Pol Pot, Ferdinand Marcos di Asia Timur atau Saddam Husein, Shah Reza Pahlevi dan beberapa presiden atau raja lainnya di negara-negara di Timur Tengah.

Akan tetapi, yang sangat disayangkan adalah bahwa jika kita berpegang kepada teori positivisme maupun kepada teori kedaulatan negara, maka sering kali kepatuhan masyarakat umumnya kepada perintah hukum adalah seperti kepatuhan segerombolan domba kepada pengembalanya, termasuk kepatuhan mereka ketika mereka dibawa ke tempat penyembelihan ternak/rumah jagal.

²⁵ Hart, HLA. *Op Cit*, 1981. hal. 35



BAB 4

TEORI VALIDITAS HUKUM

A. TEORI VALIDITAS DAN EFEKTIVITAS HUKUM

Jadi, agar hukum tersebut dapat menjadi valid, hukum tersebut haruslah dapat diterima oleh masyarakat. Demikian pula sebaliknya, bahwa agar dapat diberlakukan terhadap masyarakat, maka suatu kaidah hukum haruslah merupakan hukum valid atau legitimate. Dari kaidah hukum yang valid tersebutlah baru kemudian timbul konsep-konsep tentang “perintah (*command*), larangan (*forbidden*), kewenangan (*authorized*), paksaan (*force*), hak (*right*), dan kewajiban (*obligation*).

Namun demikian, suatu kaidah hukum yang valid belum tentu merupakan suatu kaidah hukum yang “efektif” Dalam hal ini, validitas suatu norma merupakan hal yang tergolong ke dalam “yang seharusnya” (*das Sollen*), sedangkan “efektivitas” suatu norma merupakan sesuatu dalam kenyataannya (*das Sein*).

Hans Kelsen mempersyaratkan hubungan timbal balik antara unsur “validitas” dan “keefektifan” dari suatu kaidah hukum. Menurutnya, sebelum berlaku secara efektif, suatu norma hukum harus terlebih dahulu valid, karena jika suatu kaidah hukum tidak valid, maka hakim misalnya tidak akan menerapkan hukum tersebut, sehingga kaidah hukum tersebut tidak pernah efektif berlaku. Tetapi sebaliknya adalah benar juga bahwa keefektifan merupakan syarat mutlak bagi sebuah kaidah hukum yang valid. Karenanya, jika suatu masa karena perubahan masyarakat, suatu kaidah hukum yang semulanya valid dan efektif berlaku, kemudian menjadi tidak efektif lagi, maka kaidah hukum tersebut juga kemudian menjadi tidak lagi valid. Adapun agar suatu kaidah



hukum dapat efektif, haruslah memenuhi dua syarat utama, yaitu: (1) kaidah hukum tersebut harus dapat diterapkan, dan (2) kaidah hukum tersebut harus dapat diterima oleh masyarakat. Dalam hal ini, dalam bukunya *Reine Rechtslehre* (edisi pertama terbit dalam tahun 1934), yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris dengan judul *Pure Theory of Law* (Teori Hukum Murni), Hans Kelsen menjelaskan sebagai berikut:

A legal norm becomes valid before becomes effective, that is, before it is applied and obeyed: a law court that applies a statute immediately after promulgation — therefore before the statute had a chance to become "effective" — applies a valid legal norm. But a legal norm is no longer considered to be valid, if it remains permanently ineffective. Effectiveness is a condition of validity in the sense that effectiveness has to justify the positing of a legal norm if the norm is not to lose its validity.²⁶

Jadi, menurut Hans Kelsen, suatu aturan hukum harus dalam keadaan valid terlebih dahulu baru diketahui apakah aturan tersebut dapat menjadi efektif. Jika setelah diterapkan ternyata peraturan yang sebenarnya sudah valid tersebut ternyata tidak dapat diterapkan atau tidak dapat diterima oleh masyarakat secara meluas dan/ atau secara terus-menerus, maka ketentuan hukum tersebut menjadi hilang unsur validitasnya, sehingga berubah sifat dari aturan yang valid menjadi aturan yang tidak valid. Demikian pendapat Hans Kelsen.

Akan tetapi, banyak juga yang berpendapat yang berseberangan dengan pendapat Hans Kelsen tersebut. Pendapat yang berseberangan tersebut antara lain pendapat yang menyatakan bahwa jika ada suatu norma hukum yang dibuat secara sah tetapi tidak dapat diterima oleh masyarakat atau dengan berbagai sebab tidak berlaku dalam masyarakat, maka aturan hukum tersebut masih tidak sah, tidak legitime, karena berlakunya dalam masyarakat merupakan *condition sine qua non* bagi sah/legitime tidaknya suatu norma

²⁶ Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*. Terjemahan ke dalam bahasa Inggris oleh: Max Knight. Berkeley dan Los Angeles, USA, University of California Press, 1967. hal. 11



hu, kum. Jadi, legitimasi suatu aturan hukum dibatasi atau dipersyaratkan adanya faktor keefektifan berlakunya norma tersebut dalam masyarakat.

Tentang keefektifan berlakunya suatu norma hukum, maka terdapat berbagai variasi pandangan sesuai aliran dan paham yang dianutnya. Bagi kaum positivisme atau penganut teori hukum dasar (*grundnorm*), tidak banyak menjadi soal karena suatu norma hukum yang valid dapat dipaksakan berlakunya karena diikuti dengan sanksi-sanksi hukum bagi yang melanggarnya. Atau bagi kaum realisme hukum versi Amerika, seperti yang dianut oleh Karl Llewellyn, Oliver Wendell Holmes, dan Benjamin Cardozo, efektifnya suatu aturan hukum tergantung pada apakah dapat diterapkan oleh hakim-hakim ke dalam kasus-kasus konkret, di mana para hakim baru menerapkan hukum manakala kaidah hukum tersebut sesuai dengan cita hukum, seperti kesesuaiannya dengan prinsip-prinsip keadilan, kepastian hukum, ketertiban masyarakat, dan lain-lain. Atau bahkan, bagi kaum utilitarian, seperti Jeremy Bentham, Otto von Jhering, atau David Hume, suatu norma hukum baru dianggap efektif dan akan diterima oleh masyarakat manakala norma hukum tersebut membawa manfaat bagi umat manusia.

Karena itu, secara umum dapat dikatakan bahwa validitas suatu norma hukum memiliki beberapa wajah sekaligus, yaitu:

1. Wajah metafisis.
2. Wajah positivis.
3. Wajah sosiokultural.
4. Wajah mesin keadilan (*machinery of justice*).
5. Wajah utilitarian.

Wajah metafisis dari validitas suatu aturan hukum mensyaratkan suatu norma hukum harus bersesuaian dengan cita hukum, postulat-postulat hukum dan ide-ide hukum yang bersifat apriori. Kemudian, wajah positivis dari validitas suatu norma hukum menghubungkan validitas norma hukum tersebut dengan kesesuaiannya dengan sistem perundang-undangan yang berlaku dan dengan norma dasar (konstitusi) dalam suatu negara. Adapun dengan wajah sosio



kultural dari suatu validitas hukum yang dimaksudkan adalah tindakan menilai terhadap validnya suatu norma hukum dengan kenyataan apakah sesuai atau tidaknya dengan kesadaran hukum dan kultur hukum masyarakat, sehingga norma hukum tersebut dapat diterima oleh masyarakat. Selanjutnya, wajah mesin keadilan (*machinery of justice*) dari validitas suatu norma hukum mensyaratkan agar validnya suatu norma hukum, maka norma hukum tersebut haruslah dapat diterapkan oleh mesin-mesin penerap hukum. Dan yang dimaksud dengan mesin-mesin penerap hukum dalam hal ini adalah hakim, jaksa, polisi, pemerintah, advokat, dan kurator. Kemudian, wajah utilitarian dari validitas suatu norma hukum mensyaratkan agar suatu norma hukum selalu dikaitkan dengan manfaat yang akan didapati oleh masyarakat jika kaidah hukum tersebut diterapkan. Dalam hal ini yang dipertanyakan apakah akan lebih bermanfaat jika norma hukum tersebut diterapkan dengan seandainya diterapkan norma hukum model lain.

Tentu saja, ketika dikatakan bahwa hukum tersebut harus efektif sehingga dapat dianggap hukum yang valid, efektif dalam hal ini berarti salah satu atau kedua dari arti sebagai berikut:

1. Efektif bagi pelaku hukum. Misalnya hukuman pidana bagi penjahat, sehingga setelah dihukum dia sudah jera (memenuhi unsur efek jera) sehingga kemudian dia tidak lagi melakukan tindakan kejahatan tersebut.
2. Efektif bagi masyarakat, terutama terhadap hukum yang berkaitan dengan kepentingan umum. Misalnya, jika hakim menjatuhkan hukuman bagi seorang penjahat dalam proses perkara "*inabsensia*" maka mungkin saja hukuman seperti itu tidak efektif bagi pelaku kejahatan karena penjahatnya tidak diketemukan, tetapi hukuman seperti itu dapat membuat "efek pencegah" melakukan kejahatan bagi para penjahat lain, di samping menimbulkan "efek keamanan" bagi masyarakat secara keseluruhan.

Timbul pertanyaan apa perlunya kita mengetahui tentang valid tidaknya suatu aturan hukum. Sebenarnya, perlunya kita menentukan tentang valid tidaknya



suatu norma atau ketentuan hukum adalah agar dapat diketahui apakah ketentuan hukum atau norma tersebut harus ditaati, Artinya, suatu norma atau ketentuan hukum yang valid harus diikuti oleh masyarakat dengan berbagai konsekuensi dan sanksi-sanksi. Jadi, ketika suatu norma atau ketentuan hukum harus dinilai, maka hasilnya bukan berarti bahwa norma tersebut benar atau salah. Tetapi dalam pandangan kaum positivisme, yang harus dipersoalkan adalah apakah norma atau ketentuas hukum tersebut valid atau tidak valid.

Namun demikian, bagi Hans Kelsen misalnya, selaku penganul teori “norma dasar” maka suatu norma dikatakan valid jika dia (secara langsung atau melalui peraturan lain di atasnya) berasal dar! suatu norma dasar. Dalam hal ini, Hans Kelsen menyatakan sebagai berikut:

If the question as to the reason for the validity of a certain legal norm is raised, then the answer can only consist in the reduction to the basic norm of this legal order, that is, in the assertion that the norm was created in the last instance according to the basic norm.²⁷

Menurut paham para penganut teori norma dasar seperti Hans Kelsen tersebut, maka jika misalnya dipertanyakan bagaimana keabsahan dari suatu aturan hukum pidana yang mengancam hukuman mati bagi seseorang anggota masyarakat, maka validitas dari aturan hukum yang terbilang “keras” tersebut adalah bahwa karena undang-undang pidana tersebut dibuat oleh yang berwenang, dalam hal ini parlemen (bersama-sama dengan pemerintah). Kenapa parlemen dianggap berwenang untuk membuat undang-undang, adalah karena konstitusi (sebagai norma dasar) bilang begitu. Dan, menjatuhkan hukuman mati tidak dilarang oleh konstitusi.

Selanjutnya, bagaimana misalnya jika ada dua aturan hukum yang saling kontradiktif, tentu dalam hal ini hanya satu aturan saja yang berlaku. Jadi,

²⁷ *Ibid*



hanya satu aturan hukum tersebut yang valid atau yang lebih valid dari yang satunya lagi. Untuk itu diperlukan beberapa teori, seperti:

1. Hukum yang khusus mengesampingkan hukum yang umum.
2. Hukum yang baru mengesampingkan hukum yang lama.
3. Hukum yang lebih tinggi derajatnya, mengesampingkan hukum yang rendah.
4. Hukum yang lebih menyangkut kepentingan umum mengesampingkan hukum yang kurang menyangkut kepentingan umum.
5. Jika belum ada hukum yang baru, maka hukum yang lama masih dianggap berlaku.
6. Mencari hukum yang paling sesuai dengan norma dasar (konstitusi).
7. Mencari hukum yang paling adil.
8. Mencari hukum yang paling dapat diterima oleh masyarakat.

Bisa juga terjadi bahwa yang berkonflik tersebut adalah antara hukum yang dibuat oleh satu instansi hukum dengan instansi hukum yang lain. Jika dilihat dari segi pembuatannya, kelihatannya keduanya valid, tetapi tentunya yang harus valid adalah salah satu saja di antara putusan-putusan tadi. Misalnya, sangat sering putusan di satu pengadilan berbeda dengan putusan di pengadilan yang lain terhadap hal yang sama. Hal ini sangat mungkin terjadi, seperti juga adanya putusan pengadilan tingkat bawah yang sering dibatalkan oleh pengadilan pada tingkat yang lebih tinggi.

Terhadap putusan pengadilan yang sama level, maka interpretasi memang harus dilakukan terhadap mana aturan yang lebih valid di antara kedua putusan pengadilan tersebut. Jika secara internal hukum tidak juga dapat diketemukan jawabannya, mana di antara mereka yang valid, maka harus dianalisis bagian demi bagian dari putusannya, untuk dicari mana di antara dua putusan tersebut yang merupakan norma yang paling sesuai dengan norma dasar, paling sesuai dengan rasa keadilan masyarakat, dan sebagainya.

Kemudian, menjadi persoalan hukum yang serius pula jika suatu hukum dasar berubah atau diubah tidak dengan jalan normal tetapi misalnya dengan jalan



revolusi. Dalam hal ini teori validitas hukum berubah wajah. Karena, dalam revolusi, tidaklah berlaku teori validitas bahwa suatu konstitusi (norma dasar) hanya dapat berubah sesuai dengan ketentuan dalam norma dasar itu sendiri, yaitu sesuai dengan pasal-pasal tentang perubahan konstitusi yang ditulis dalam konstitusi itu sendiri. Jadi, perubahan karena revolusi adalah kekecualian dari sistem perubahan norma dasar yang normal, karena memang rakyat sebagai pemangku risiko (*risk taker*) sekaligus pemegang kekuasaan tertinggi dalam suatu negara ternyata menentukan lain. Hanya saja, meskipun demikian, meskipun konstitusi berganti karena revolusi, hukum tidak boleh kosong, karena kehidupan masyarakat terus berlangsung tanpa henti. Karena itu, segala hukum yang telah berlaku dalam rezim konstitusi yang lama tetap berlaku sebelum dibuat aturan hukum yang baru. Untuk itu, teori keefektifan hukum yang berlaku yang lebih menonjol berlakunya dibandingkan dengan legalitas hukum. Dalam hal ini Hans Kelsen berpandangan bahwa:

The principle that a norm of a legal order is valid until its validity is terminated in a way determined by this legal order or replaced by the validity of another norm of this order, is called the principle of legitimacy.

This principle is applicable to a national legal order with an important limitation only: It does not apply in case of a revolution. A revolution in the broader sense of the word (that includes a coup d'état) is every not legitimate change of this constitution or its replacement by another constitution.

Mengikuti pendapat dari Hans Kelsen tersebut, sesuai dengan teori legitimasi aturan hukum, maka suatu aturan hukum yang valid akan sah berlakunya, kecuali dalam hal:

1. Sudah dibatalkan berlakunya dengan cara yang ditentukan dalam aturan hukum itu sendiri.
2. Sudah dicabut untuk digantikan dengan aturan hukum yang lebih baru.
3. Dibekukan karena terjadinya revolusi.



B. TEORI VALIDITAS DAN KEBERLAKUAN HUKUM

Ada juga para ahli, misalnya dari Prof. Meuwissen, yang mem. persyaratkan validitas suatu norma hukum, dalam arti "keberlakuan" suatu kaidah hukum, jika memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:²⁸

1. Keberlakuan sosial atau faktual. Dalam hal ini, kaidah hukum tersebut dalam kenyataannya diterima dan diberlakukan oleh masyarakat umumnya, termasuk dengan menerima sanksi jika ada orang yang tidak menjalankannya.
2. Keberlakuan yuridis. Dalam hal ini, aturan hukum tersebut dibuat melalui prosedur yang benar dan tidak bertentangan dengan peraturan lainnya, terutama dengan peraturan yang lebih tinggi.
3. Keberlakuan moral. Dalam hal ini, agar valid, maka kaidah hukum tersebut tidaklah boleh bertentangan dengan nilai-nilai moral, misalnya kaidah hukum tersebut tidak boleh melanggar hak asasi manusia atau bertentangan dengan kaidah-kaidah hukum alam.

Selanjutnya, menjadi pertanyaan, apa perlunya diketahui valid atau tidaknya suatu aturan hukum, sehingga memerlukan suatu teori yang disebut dengan teori validitas hukum ini. Dalam hal ini, validitas suatu aturan hukum diperlukan karena validitasi aturan hukum mempunyai fungsi-fungsi sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui eksistensi dari suatu aturan hukum.
2. Untuk mengetahui tingkat penerimaan masyarakat dari suatu aturan hukum.
3. Untuk mengetahui tingkat kesadaran hukum dari para penegak hukum terhadap kaidah hukum yang bersangkutan.
4. Untuk mengetahui apakah aturan hukum tersebut memang dimaksudkan sebagai aturan yang mengikat secara hukum.
5. Untuk mengetahui apakah akibat hukum jika suatu aturan hukum tidak diikuti oleh masyarakat.

²⁸ Arief Sidharta, *Op Cit.* hal. 46



6. Untuk mengetahui apakah perlu dibuat suatu aturan hukum yang baru yang mengatur berbagai persoalan manusia.
7. Bagi seorang lawyer, jaksa, atau polisi untuk memprediksi kemungkinan kemenangan kasus yang sedang ditanganinya.
8. Untuk mengetahui apakah ada ikatan-ikatan nonhukum dari suatu aturan hukum, misalnya ikatan moral, ikatan agama, dan lain-lain. Ikatan nonhukum ini tidak pernah diakui oleh para penganut paham hukum positivisme.

Akan tetapi, menurut teori hukum norma dasar (*basic norm*) yang dipelopori oleh Hans Kelsen, suatu ketertiban hukum (*legal order*) tetap saja valid, meskipun misalnya dalam hal suatu aturan yang berlaku secara khusus tidak afektif lagi dalam hal tertentu atau dalam kasus tertentu saja, sementara secara umum norma tersebut masih dianggap berlaku. Akan tetapi, suatu norma hukum menjadi tidak lagi valid jika norma tersebut tidak lagi dipatuhi atau tidak lagi diterima oleh masyarakatnya, ataupun jika terjadi *desuetude*, yakni dalam hal di mana terdapat proses negativitas dalam hukum kebiasaan masyarakat. Proses negativitas dalam hal ini dimaksudkan adalah suatu sistem dan proses dalam masyarakat yang bertujuan Untuk menghapuskan validitas suatu aturan yang berlaku. Dalam hal ini Hans Kelsen menyatakan:

A legal order does not lose its validity when a single legal norm loses its effectiveness, A legal order is regarded as valid, if its norms are by and large effective (that is, actually applied and obeyed). Nor does a single legal norm lose its validity if it is only exceptionally not effective in a single case.

Dalam hal ini, yang dimaksudkan oleh Hans Kelsen tersebut adalah bahwa efektivitas berlakunya suatu aturan hukum adalah jika umumnya aturan tersebut diterima berlakunya oleh masyarakat pada umumnya, jika ada satu bagian dari aturan hukum tersebut tidak dapat diberlakukan hanya terhadap satu kasus tertentu saja, jadi merupakan suatu kekecualian, tidak berarti bahwa aturan hukum yang demikian menjadi aturan hukum tidak efektif.



Di samping itu, bagi ahli hukum penganut paham yang berorientasi kepada faktual empirisme, seperti juga dengan metode yang digunakan oleh ilmu empiris, maka validitas dari suatu aturan hukum sangat ditentukan oleh fakta di lapangan dengan menganalisis secara induktif. Misalnya seperti yang dianut oleh para pengikut paham “Realisme Seandinavia” Mereka menolak berbagai ukuran validitas suatu hukum yang berdasarkan kepada dalil-dalil yang bersifat apriori, *das Sollen*, metafisikal atau moral, yang menempatkan hukum lebih tinggi dari fakta. Tetapi, mereka lebih cenderung menggunakan kriteria untuk validitas suatu aturan hukum yang berdasarkan kepada fakta-fakta dalam masyarakat.

Karena itu, bagi kaum realisme hukum, ada tambahan persyaratan bagi validitas suatu aturan hukum, yaitu aturan hukum tersebut harus dirasakan oleh hakim sebagai suatu aturan yang mengikat sehingga dapat dan mau diterapkan oleh hakim tersebut.



BAB 5

TEORI HUKUM MURNI DAN GRUNDNORM

A. TEORI HUKUM MURNI

Teori hukum murni adalah suatu teori besar dan kesohor dalam ilmu hukum, yang berusaha menelaah ilmu hukum dari dalam ilmu hukum sendiri dan dengan memakai metode ilmu hukum itu sendiri, dengan menghilangkan pengaruh dari ilmu lain dalam menganalisis hukum, seperti menghilangkan pengaruh dari ilmu etika, sosiologi, antropologi, psikologi, ilmu politik, ilmu ekonomi, dan ilmu sejarah. Tujuan dari diabaikannya pengaruh dari berbagai disiplin ilmu lain tadi dalam menganalisis ilmu hukum adalah agar kajiannya hanya bertumpu pada jawaban atas pertanyaan apa dan bagaimana hukum itu. Tujuan selanjutnya adalah untuk menjaga agar dihasilkannya suatu telaahan terhadap ilmu hukum yang lebih fokus dan lebih mendalam, yang tidak bercampur baur dengan telaahan ilmu lain, sehingga ilmu hukum itu sendiri tidak terdistorsi oleh ilmu-ilmu lain yang kebetulan memiliki objek kajian yang saling berhubungan dengan objek kajian ilmu hukum tersebut. Dalam hal ini, suatu ketertiban hukum (*legal order*), jelas berbeda dengan ketertiban sosial (*social order*), atau ketertiban moral (*moral order*) atau ketertiban agama (*religious order*). Karena itu, teori hukum murni ini hanya menelaah hukum secara “apa adanya” (*das Sein*) dan tidak masuk ke lingkup “apa yang seharusnya” (*das Sollen*), sehingga karenanya teori hukum murni ini tergolong juga ke dalam ajaran “positivisme hukum, Hal ini seperti yang diakui sendiri oleh pengagas teori paham hukum murni, yaitu Hans Kelsen, bahwa teori



hukum murni adalah teori tentang hukum positif. Dalam hal ini, Hans Kelsen menyatakan:²⁹

The pure theory of law is the theory of positive law. It is a theory of positive law in general, not a specific legal order. It is a general theory of law, not an interpretation of specific national or International legal norms: but it offers a theory of interpretation.

Baik teori hukum murni (*pure theory of law*) maupun teori norma dasar (*grundnorm*) keduanya merupakan hasil pemikiran dari seorang ahli hukum besar yaitu Hans Kelsen. Hans Kelsen yang sebenarnya beraliran positivisme itu, lahir pada tahun 1881 dari keluarga Yahudi di Prague (Austria-Hungaria) meninggal di Berkeley, California, USA pada tahun 1973 pada usia 91 tahun. Dia belajar hukum pada Universitas Vienna dan mendapat gelar Ph.D. pada tahun 1906. Meskipun lahir di Prague, sejak umur tiga tahun dia sudah dibawa ke Vienna, dan pindah ke USA pada tahun 1940 dan kemudian mendapatkan kewarganegaraan USA sejak tahun 1945. Di samping bidang ilmu politik dan ketatanegaraan, Hans Kelsen juga mendalami bidang hukum internasional, di mana salah seorang yang pernah mengikuti ceramahnya di Berkeley adalah Zulfikar Ali Butho, yang kemudian menjadi perdana menteri dari negara Pakistan. Prestasi lain dari Hans Kelsen adalah bahwa dia merupakan" pencetus berdirinya sebuah pengadilan khusus yang menangan masalah-masalah konstitusional, yang disebut dengan Mahkamah Konstitusi, yang kemudian dapat diwujudkan berdirinya di Austria, Cekoslovakia (tahun 1920), dan kemudian diikuti oleh negara-negara German, Italia, Portugal, Spanyol, dan juga kemudian diikuti oleh negara-negara Eropa lainnya, bahkan ke seluruh dunia termasuk Indonesia. Meskipun pengaruh dari ajaran Hans Kelsen lebih banyak ke negara-negara dengan sistem hukum Eropa Kontinental, tetapi banyak juga paham-pahamnya memengaruhi para ahli hukum di USA, misalnya pengaruhnya dengan jelas kepada HLA Hart.

²⁹ Kelsen, Hans. *Op Cit.* hal. 1



Jadi teori hukum murni bersama-sama dengan teori norma dasar diciptakan dan dikembangkan oleh Hans Kelsen. Hans Kelsenlah yang menulis konstitusi negara Austria di tahun 1920, yang oleh pemerintahan Jerman (Nazi) telah dibekukan, tetapi kemudian dihidupkan kembali sejak tahun 1945 dan berlaku sampai sekarang. Hans Kelsen juga telah menulis lebih dari 40 buah buku tentang hukum dan filsafat, yang jika ditambah dengan penulisan artikel dan terjemahan, hasil karyanya sudah melebihi 500 buah. Sangat fantastis. Hans Kelsen juga pernah menjadi penasihat hukum terhadap raja terakhir dari Kerajaan Austria dan pemerintahan republik yang pertama, dan merupakan pencetus dan penasihat permanen dari Mahkamah Konstitusi Austria, serta telah menjadi dekan di Fakultas Hukum Universitas Vienna, serta juga menjadi dosen di berbagai universitas, seperti Universitas Cologne, University of Prague, Harvard University, University of California, dan Naval War College. Selain itu, kepada Hans Kelsen juga telah dianugerahkan Doktor Honoris Causa oleh University of Utrecht, Harvard University, dan masing-masing oleh University of Chicago, California, Mexico, Salamanca, Berlin, Vienna, Paris, Rio De Janeiro, dan New York.

Sebagaimana diketahui bahwa sebagai konsekuensi dari pembersihan/pemisahan ilmu hukum dari ilmu-ilmu lainnya, maka menurut aliran hukum murni, kaidah hukum sebab akibat yang terdapat dalam ilmu pengetahuan alam sama sekali tidak dapat digunakan dalam ilmu hukum. Karena, ilmu pengetahuan hukum adalah ilmu yang normatif, seperti juga dengan ilmu etika, ilmu bahasa, atau ilmu estetika, maka hubungan sebab akibat dalam hukum men. jadi berbeda dengan hubungan sebab akibat dalam ilmu pengetahuan alam. Dan, sifat normatif dari ilmu hukum inilah yang merupakan elemen terpenting dari teori hukum murni (*reine rechtslehre*) yang diajarkan oleh Hans Kelsen. Karena wataknya yang normatif, maka hubungan sebab akibat dalam ilmu hukum menjadi hubungan sebab akibat yang normatif. Maka dalam hal ini, jika dalam ilmu pengetahuan alam terdapat proposisi bahwa jika faktor A terjadi, maka faktor B akan terjadi. Namun



demikian, dalam ilmu hukum terdapat juga hubungan sebab akibat, tetapi dengan proposisinya yang berbeda, yakni jika dilakukan faktor X, maka “semestinya” akan terjadi faktor Y. Terjadinya faktor Y dalam proposisi ilmu hukum bukan sebagai akibat dari faktor X, melainkan karena termasuk ke dalam kategori yang seharusnya terjadi demi mencapai keadilan, ketertiban, kepastian, dan sebagainya. Karena itu, jika dalam ilmu pengetahuan alam faktor B adalah sebagai **akibat** dari faktor A, maka dalam ilmu hukum faktor Y adalah sebagai **atribut** dari faktor X. Jika ilmu pengetahuan alam tergolong ke dalam kategori “**sebab akibat**” (*causation*), maka ilmu hukum termasuk ke dalam kategori “**yang seharusnya**” (*normative*). Jadi, jika kebenaran dalam ilmu pengetahuan alam bersifat absolut atau hampir absolut, maka dalam ilmu hukum tidak ada kebenaran yang seabsolut itu. Namun, yang berlaku dalam ilmu hukum hanyalah asumsi bahwa pilihan yang dipilih oleh konstitusi adalah yang terbaik di antara berbagai alternatif yang ada. Asumsi seperti itu tetap tidak berlaku absolut meskipun diyakini bahwa asumsi tersebut sesuai dengan kaidah hukum alam atau telah diakui berlaku sejak ribuan tahun yang silam. Karena itu, teori dan konsep dalam ilmu pengetahuan alam tidak dapat diberlakukan dalam ilmu hukum, dan menurut ajaran hukum murni, ilmu hukum harus terbebas dari pengaruh ilmu pengetahuan alam tersebut. Menurut teori hukum murni, antara hukum ilmu pengetahuan alam dua cabang ilmu yang sangat berbeda, seperti perbandingan antara minyak air, yang sampai kapan pun tidak mungkin akan bersatu.

Kemudian, seperti telah disebutkan bahwa teori hukum murni (*reine rechtslehre, pure theory of law*) merupakan teori hukum yang berpandangan positivisme. Karena itu, tidak heran jika doktrin-doktrin hukum positivisme memang menekankan pada ketidakterkaitan antara pertanyaan apakah yang menjadi hukum (*das Sein*) dengan pertanyaan apakah seharusnya rakyat mengikuti aturan yang demikian, karena terhadap pertanyaan yang kedua tersebut telah melibatkan atau mempertimbangkan unsur moral ke dalam hukum. Akan tetapi, dalam teori hukum murni yang dipelopori oleh Hans



Kelsen tersebut, penekanan terhadap pembahasan tentang ketidakterkaitan antara hukum dengan moral menjadi semakin signifikan, mengingat hakikat dari teori hukum murni adalah untuk pengembangan ilmu hukum yang terlepas dari pengaruh ilmu-ilmu lain atau pengaruh dari faktor lain, termasuk pengaruh dari kaidah moral.

Hanya saja, jika ada kaidah hukum yang tidak sesuai dengan kaidah moral, maka kaidah hukum seperti itu tidak akan diterima/diakui oleh masyarakat, sehingga karenanya hukum seperti itu bukanlah merupakan hukum yang efektif.

Di samping itu, teori hukum murni dari Hans Kelsen antara lain juga menyatakan bahwa hukum adalah suatu sistem yang terdiri dari norma-norma yang memaksa (*law as a sistem of coercive norm*), karena itu hukum dapat dipaksakan berlakunya dan hukum memiliki sanksi-sanksi bagi para pelanggarnya. Jadi, norma hukum selalu berada dalam suatu sistem yang tersusun secara hierarkis, yang sebagai suatu sistem maka seharusnya antara satu norma hukum dengan norma hukum yang lain mestinya tidak saling bertentangan satu sama lain, atau secara teori mestinya tidak bertentangan, yang semuanya bersumber dari satu norma dasar yaitu konstitusi. Kesimpulan seperti ini paling tidak dapat dipertahankan secara teoretis dan abstrak, meskipun dalam tataran konkret perbedaan bahkan pertentangan antara satu norma dengan norma lainnya masing-masing mungkin terjadi, utamanya karena berbeda penafsiran dan cara pandang terhadap suatu kaidah konstitusi.

Selanjutnya, sebagai salah satu penganut paham positivisme hukum, dalam banyak hal, pendapat Hans Kelsen tidak jauh berbeda dengan paham hukum analitis (*analitical jurisprudence*). Namun demikian, dalam perkembangan selanjutnya, ketika mengemukakan teorinya berkenaan dengan teori hukum murni (*pure theory of law*), Hans Kelsen ternyata membuat beberapa modifikasi, pengembangan, dan pelunakan terhadap prinsip bahwa hukum



adalah suatu sistem dari norma memaksa itu. Modifikasi dari pendapat Hans Kelsen tersebut sebagai berikut:³⁰

1. Kelsen memperlunak pendapatnya tentang anggapan bahwa hukum adalah suatu sistem dari kaidah memaksa. Karena Kelsen kemudian juga berpendapat bahwa tidak semua norma hukum adalah memaksa, tetapi ada juga kaidah hukum yang tidak memaksa. Misalnya ada norma hukum yang memberi izin untuk melakukan sesuatu, yang jika tidak dilakukan perbuatan tersebut tidak mempunyai akibat hukum apa-apa. Jadi, kaidah hukum tersebut sama sekali tidak memaksa.
2. Kelsen kemudian berpendapat bahwa tidak semua norma yang memaksa tersebut menyediakan sanksi. Dalam hal ini, ada tindakan hukum yang sebenarnya memaksa (*coercive*) tetapi tidak memerlukan sanksi. Misalnya memasukkan orang ke rumah tahanan karena diduga melakukan tindak pidana. Atau ketentuan bahwa “Jika A begini, maka B harus begitu.”
3. Dengan menggunakan kata “harus” (*ought*) berarti hukum tersebut memang bersifat memaksa atau perintah. Akan tetapi, pemakaian kata “harus” tersebut oleh hukum dapat berarti “wajib” (*prescriptive*), tetapi dapat juga berarti yang lebih lembut yakni “mengizinkan” (*descriptive*) ataupun “memberikan otorisasi” (*authorizations*).

Seperti telah disebutkan, bahwa suatu norma hukum selalu berada dalam sebuah sistem yang tersusun secara hierarkis, yang sebagai suatu sistem maka seharusnya antara satu norma hukum dengan norma hukum yang lain mestinya tidak saling bertentangan satu sama lain, atau secara teori mestinya tidak bertentangan, yang semuanya bersumber dari satu sistem besar yang merupakan satu norma dasar (*grundnorm*), yaitu konstitusi. Akan tetapi, Hans Kelsen kemudian menyatakan bahwa suatu kaidah hukum bisa saja bertentangan dengan kaidah hukum yang lain. Hal ini adalah wajar mengingat

³⁰ Munzer, Stephen. *Legal Validity*. Den Haag, Belanda, Martinus Nijhoff, 1972. hal. 15



ketika kita berbicara pada tataran yang lebih konkret, seperti telah disebutkan, maka akan terjadi berbagai penafsiran yang Satu sama lain saling berbeda bahkan saling bertentangan.

Selain itu, ilmu hukum juga berbeda dengan ilmu pengetahuan alam berkenaan dengan kebenaran dari premis-premisnya. Menurut para penganut paham positivisme, hukum berisikan perintah (*prescription*), yakni tentang apa yang seharusnya dilakukan oleh manusia dan masyarakat, sementara ilmu pengetahuan alam berisikan penjelasan (*description*) tentang fakta yang secara aktual benar, benar terjadi di alam semesta ini. Karena itu, jika ilmu pengetahuan alam dapat mengambil kesimpulan tentang benar salah suatu fakta alam, maka ilmu hukum hanya dapat menjelaskan apa yang “seharusnya” atau “tidak seharusnya” dilakukan oleh manusia, bukan apa yang benar atau salah terhadap manusia dan masyarakat. Kemudian jika dalam ilmu pengetahuan alam mencari kebenaran suatu premi, dengan logika-logika yang dikonfrontasi langsung dengan fenomena alam, maka ilmu hukum mencari justifikasi terhadap premis-premisnya melalui logika, perasaan kemanusiaan dan perasaan masyarakat, kebiasaan-kebiasaan, dengan berpatokan dari dalam ilmu hukum itu sendiri, maupun dengan berpatokan pada premis-premi dari luar ilmu hukum, seperti premis dari agama, premis hukum alam, premis ketertiban umum, dan premis tersebut dikaitkan langsung dengan premis yang dipaksakan berlakunya bagi manusia dan masyarakat tersebut, meskipun oleh penganut teori hukum murni menghindari penggunaan premis yang bukan premis hukum.

Kemudian, sebagaimana telah dijelaskan bahwa Hans Kelsen adalah salah seorang penganut paham positivisme hukum, yang mengembangkan teori antara lain yang disebut dengan “teori hukum murni” (*pure theory of law*).

Dalam hal ini, teori hukum murni (*pure theory of law*) yang dipelopori oleh Hans Kelsen tersebut mengajukan sepasang postulat hukum sebagai berikut:³¹

³¹ Harris, J.W. *Law and Legal Science*. Oxford, Clarendon Press, 1979. hal. 35



1. Aturan hukum positif (*a positive legal rule*) disamakan dengan suatu “norma murni” (*pure norm*) yang merupakan substansi hukum yang berisi apa yang “seharusnya” (*should*) dan apa yang “boleh” (*may*) dilakukan.
2. Sistem hukum dipersamakan dengan sekumpulan norma murni (*pure norm*) yang ditafsirkan oleh para ahli hukum sebagai bidang yang mempunyai arti yang nonkontradiktif. Dalam hal ini, penafsiran dari para ahli hukum tersebut melibatkan postulat yang logis bahwa suatu norma hukum mestinya berasal dari sumber-sumber yang jumlahnya terbatas.

Selanjutnya, Hans Kelsen juga membedakan antara suatu “aturan” (*rule*) dengan suatu “kaidah” (*norm*). Menurut Kelsen, yang diamati oleh teori/ilmu hukum adalah kaidah hukum, bukan aturan hukum. Dalam banyak kesempatan, Hans Kelsen memang lebih cenderung menggunakan istilah kaidah (*norm*) ketimbang aturan (*rule*) dengan dua alasan sebagai berikut:³²

1. Karena penggunaan istilah aturan (*rule*) disangsikan akan membingungkan berhubung adanya istilah aturan (*rule*) dalam ilmu pengetahuan alam.
2. Menurut Kelsen, istilah aturan (*rule*) lebih sempit dari istilah kaidah (*norm*). Dalam hal ini, istilah aturan (*rule*) tidak dapat mencakupi kaidah-kaidah hukum tertentu dan khusus yang mengarahkan tindakan tertentu tanpa syarat.

Dalam bukunya *General Theory of Law and State*, Hans Kelsen mengajukan konsep-konsep dalam hukum, yaitu konsep “kaidah” (*norm*), “harus” (*ought*), dan “kehendak” (*will*). Dengan “kaidah” diartikan sebagai suatu ekspresi dari ide-ide tentang bagaimana seorang individu seharusnya bertindak dengan cara-cara tertentu. Dengan istilah “harus” (*ought*), yang dimaksudkan adalah sekumpulan pengertian yang digunakan untuk menciptakan kaidah. Sedangkan istilah “harus” (*ought*) itu sendiri merupakan suatu pengertian yang merupakan tindakan yang berasal suatu kehendak (*will*) dari manusia.

³² *Ibid*



Dalam hal ini, dalam hubungan antara kaidah (*norm*) dengan kehendak (*will*), Hans Kelsen mengajukan empat dalil sebagai berikut:

1. Hakikat yang logis dari semua kaidah adalah suatu arti dari tindakan yang berasal dari kehendak (*the meaning of acts of will*).
2. Hanya kaidah yang dibuat dalam suatu tertib hukum nasional saja yang benar-benar berasal dari tindakan yang berasal kehendak (*will*).
3. Norma dasar dari ketertiban hukum nasional terdapat dalam berbagai ketentuan dalam ilmu hukum yang memang bertujuan untuk terciptanya suatu ketertiban hukum nasional.
4. Ketika suatu kaidah dasar diasumsikan, maka bentuk kaidah yang paling logis adalah bahwa suatu tindakan yang berasal dari suatu kehendak (*will*), kehendak mana haruslah telah dibayangkan sebelumnya.³³

Selanjutnya, seperti telah disebutkan bahwa teori hukum murni dari Hans Kelsen mencoba menganalisis hukum dari segi hukum itu sendiri, dalam artian tidak keluar ke bidang-bidang pengetahuan lain. Karena itu, teori hukum murni tidak mengenal pendekatan terhadap hukum yang bersifat multidisipliner. Dalam hal ini, hukum hanya dilihat dari dalam hukum itu sendiri, dengan mengabaikan faktor-faktor seperti faktor moral, sejarah hukum, sosiologi hukum, hukum alam, filsafat hukum, dan sebagainya. Karena itu, maka ajaran-ajaran dari Hans Kelsen sebenarnya tergolong juga ke dalam kategori aliran positivisme. Suatu ketika Hans Kelsen menyatakan bahwa hanya dengan pendekatan kepada hukum yang murni analitikal yang dapat disebut sebagai "ilmiah." "... *Only a purely analytical approach to law can be regarded as scientific*".³⁴

Namun demikian, meskipun sama-sama penganut paham positivisme, dalam mengembangkan teorinya, Hans Kelsen tidak banyak mengikuti Immanuel Kant. Hal ini dikarenakan filsafat Immanuel Kant meskipun berpaham positivisme, tetapi karena berakar sangat mendalam dalam tradisi berpikir

³³ Harris, J.W. *Op Cit.* hal. 39

³⁴ Jennings, M. Ivor. *Modern Theories of Law*. London, Inggris, Oxford University Press, 1933



kaum Kristiani, maka dalam filsafat Immanuel Kant masih banyak mengandung unsur-unsur transedental, metafisika, dan moral.

Perlu juga diketahui bagaimana metode kerja dari teori hukum murni ini. Dalam hal ini, metode kerja dari teori hukum murni adalah dengan menganalisis hukum bagian demi bagian, sehingga sampai pada kesimpulan-kesimpulan tertentu. Karena itu, dalam mengembangkan teori hukum murninya, Hans Kelsen banyak berbicara tentang:

1. Subjek hukum orang dan badan hukum.
2. Tentang hukum publik dan hukum privat.
3. Kedaulatan negara (*sovereignty*).
4. Hubungan antara hukum dengan negara.
5. Hubungan antara negara dengan rakyat.
6. Hubungan antara parlemen dengan pemerintah.
7. Tentang hak-hak subjektif, Dan sebagainya.

Namun demikian, apapun metode yang telah digunakannya, dan bagaimanapun prinsip-prinsip yang telah diletakkan oleh teori hukum murni, sejarah telah menunjukkan bahwa dengan berbagai keterbatasannya, ternyata teori hukum murni yang dipelopori dari Hans Kelsen telah membuktikan dirinya dalam sejarah sebagai sebuah teori besar, yang banyak dari postulat-postulat yang dihasilkannya tetap berlaku dan dianut oleh banyak negara sampai saat ini.

B. TEORI GRUNDNORM

Teori *grundnorm* (norma dasar) ini banyak dikembangkan oleh ahli hukum positivisme, utamanya oleh Hans Kelsen. Apa yang di, maksud dengan *grundnorm* (norma dasar) adalah kaidah-kaidah yang paling fundamental tentang kehidupan manusia di mana di atas norma dasar tersebut dibuatlah kaidah-kaidah hukum lain yang lebih konkret dan lebih khusus. Biasanya, norma dasar yang berlaku dalam suatu negara ditulis dalam konstitusi dari negara tersebut.



Suatu norma dasar tidak dengan sendirinya mengikat secara hukum tanpa kehadiran suatu aturan hukum pada tataran yang lebih konkret berupa norma hukum yang valid. Kalau misalnya ada hukum dasar berupa “berbaktilah kepada kedua orangtuamu, tidak berarti dengan sendirinya kita secara hukum memiliki kewajiban membantu orangtua kita jika mereka membutuhkan bantuan kita. Jadi, yang diperlukan bukanlah kaidah hasil pemikiran seperti itu, melainkan yang dibutuhkan adalah suatu hukum positif yang valid. Harus ada hukum positif untuk itu, baik dalam bentuk aturan tertulis, yurisprudensi, maupun hanya berupa hukum kebiasaan yang mengikat secara hukum yang menyatakan bahwa kita memiliki kewajiban kepada kedua orangtua kita dalam bentuk kewajiban konkret bagaimana misalnya.

Jadi, yang disebut dengan norma dasar dalam suatu negara adalah konstitusi. Menjadi pertanyaan kenapa suatu konstitusi sebagai norma dasar mengikat suatu bangsa. Dalam hal ini, berbeda dengan norma biasa yang mengikat jika dibuat dengan prosedur yang benar oleh pihak yang berwenang seperti parlemen misalnya, maka mengikatnya sebuah konstitusi adalah karena “dianggap” harus mengikat, karena itulah yang terbaik buat manusia dan masyarakat yang bersangkutan, dan itulah pilihan dari bangsa yang bersangkutan,

Dalam hubungannya dengan norma dasar, jika dilihat dari segi mobilitas dari suatu norma hukum, terdapat dua macam norma hukum, yaitu:

1. Norma hukum statis.
2. Norma hukum dinamis.

Norma hukum statis merupakan sejumlah hak, kewajiban, kewenangan, dan larangan yang terdapat dalam hukum substantif yang merupakan ketentuan yang harus dipatuhi oleh individu dan masyarakat. Adapun yang dimaksud dengan norma hukum dinamis adalah suatu norma hukum yang berisikan ketentuan tentang bagaimana proses aplikasi dari suatu ketentuan hukum untuk dijalankan oleh manusia dan masyarakat.



Ungkapan Hans Kelsen yang terkenal adalah bahwa dengan mengakui adanya sistem hukum yang berdasarkan pada norma dasar, maka kita akan dapat membedakan antara yang merupakan ketertiban karena aturan dari para gangster (*gangsters order*) dengan ketertiban yang berdasarkan pada aturan hukum dari penguasa yang sah.³⁵

Karena itu, menurut teori norma dasar (*grundnorm*), ketika ditanya kenapa seseorang harus tunduk dan mengikuti sebuah peraturan pemerintah, maka jawabannya misalnya karena peraturan pemerintah tersebut adalah sesuai dengan atau merupakan perintah dari undang-undang yang dibuat oleh parlemen. Dan, kenapa seseorang harus tunduk dan mengikuti perintah undang-undang yang dibuat oleh parlemen, maka jawabannya adalah karena hal tersebut merupakan perintah dari konstitusi, yang memberikan kewenangan kepada parlemen untuk membuat undang-undang dan memerintahkan rakyat untuk mematuhi undang-undang buatan parlemen tersebut. Jadi, segala aturan hukum yang berlaku bagi rakyat haruslah berasal dari konstitusi yang oleh Hans Kelsen disebutnya sebagai norma dasar (*grundnorm*), yang berisikan norma-norma fundamental untuk mengatur tingkah laku manusia. Dan, kenapa suatu konstitusi harus dipatuhi, karena rakyat memang sudah bersepakat untuk mematuhi dan tetap mematuhi selama mereka mau yakni selama mereka belum mengubahnya. Ini yang membedakan antara ilmu hukum dengan ilmu pengetahuan alam bahwa kaidah. kaidah dalam ilmu hukum harus sesuai kehendak rakyat baru diikuti, dan kehendak rakyat bisa berubah-ubah menurut tempat dan waktu, sedangkan kaidah-kaidah ilmu pengetahuan alam akan tetap benar dan berlaku, meskipun tidak disukai oleh sebagian besar masyarakat.

Kemudian, salah satu doktrin dalam teori norma dasar (*grundnorm*) adalah teori yang lebih dikembangkan oleh pengikut lainnya terhadap paham norma dasar yang berasal dari Jerman dan Austria, yaitu doktrin “Konkretisasi

³⁵ Harris, J.W. *Op Cit.* hal. 39



Hukum secara Gradual” (*die Lehre von Stufenbau des Rechts*). Doktrin ini mengajarkan bahwa terdapat suatu “*fenomenon of delegation from the fundamental hypothesis, results in a specific attitude in the matter of the relation between the Creation and the application of law*”.³⁶

Menurut doktrin Konkretisasi Hukum secara Gradual ini, ada proses delegasi dari norma dasar dalam konstitusi ke dalam normanorma yang akan diatur secara berturut-turut secara graduatif oleh:

1. Dikonkretkan oleh Badan Legislasi.
2. Dikonkretkan oleh Badan Administrasi.
3. Dikonkretkan lagi oleh Badan Peradilan.
4. Dikonkretkan oleh kebiasaan dalam masyarakat.
5. Dikonkretkan lagi oleh transaksi-transaksi privat.

Dalam hal ini, kelima jenis norma tersebut masing-masing berjalan dalam orbitnya konstitusi. Tentang mana yang lebih kuat daya tarik-menariknya di antara kelima orbit konstitusi tersebut, sangat tergantung pada sistem hukum dalam negara tersebut, di samping juga tergantung pada berbagai faktor lain, seperti sistem politik, sistem kemasyarakatan, dan pandangan hidup bangsa.

Selanjutnya, perlu juga dikemukakan di sini bahwa “teori norma dasar” (*grundnorm*) tidak persis sama dengan “teori pengakuan” (*theory of recognition*). Menurut teori pengakuan, manusia dilahirkan ke dunia ini beserta dengan berbagai hak fundamental dan dalam keadaan bebas untuk menentukan nasibnya sendiri. Karena itu, jika suatu norma hukum diberlakukan kepadanya, yang berarti akan mengatur manusia tersebut, maka agar norma hukum tersebut valid, norma hukum tersebut haruslah diakui (*recognition*) terlebih dahulu oleh orang yang kepadanya akan diterapkan norma hukum tersebut. Sementara teori norma dasar lebih mengaitkan keabsahan suatu norma hukum kepada norma dasar yang berada di atas dari norma tersebut, meskipun keabsahan norma dasar tersebut juga tidak dapat

³⁶ Humprey, Milford. *Modern Theories Of Law*. London, Oxford University Press, 1933. hal. 106



terlepas dari adanya kehendak dari masyarakat (melalui Perwakilannya) untuk mengakui kaidah-kaidah dalam norma dasar tersebut. Jadi karena itu, jika menurut teori hukum norma dasar bahwa suatu "norma positif baru valid jika bersesuaian dengan konstitusi (norma dasar), yang merupakan kaidah-kaidah yang paling fundamental yang sudah sebelumnya dibuat. Jadi, dasar justifikasi terhadap suatu norma hukum adalah norma dasar yang merang bukan norma hukum positif, melainkan merupakan norma hukum "pra-anggapan" (*presupposed norm*). Adapun dalam hubungan dengan teori hukum alam, maka keabsahan dari suatu aturan hukum diukur dengan menggunakan standar yang bersifat etis-politis yang universal. Namun demikian, kaidah-kaidah hukum alam dapat dipakai oleh teori hukum murni untuk mengukur persoalan adil tidaknya suatu kaidah hukum positif.

Jadi, sesuai dengan teori norma dasar (*grundnorm*) dari Hans Kelsen, maka setiap hukum dalam suatu negara haruslah berasal dari suatu hukum dasar (*grundnorm*) yaitu konstitusi. Karena itu, untuk mengukur konsistensinya dengan hukum dasar, berkembanglah beberapa kaidah hukum tentang logika ilmu hukum, yaitu:

1. Kaidah derogasi. Dalam hal ini, setiap aturan hukum berasal dari aturan hukum yang lebih tinggi.
2. Kaidah pengakuan (*recognition*). Setiap kaidah hukum yang berlaku harus ada pengakuan dari yang berwenang menjalankan aturan tersebut, maupun pengakuan dari pihak kepada siapa aturan hukum tersebut akan diterapkan.
3. Kaidah nonkontradiksi. Tidak boleh ada kontradiksi antara satu aturan hukum dengan aturan hukum lainnya, sehingga antara satu norma hukum dengan norma hukum lainnya haruslah harmonis, sinkron, dan terintegrasi (*principle of integrity*).
4. Kaidah derivatif (*derivative principle*). Dalam hal ini, aturan hukum di tingkat bawah merupakan bagian dari aturan hukum tingkat lebih tinggi yang ditarik berdasarkan prinsip deduksi praktikal.



5. Kaidah sistem (*systemic principle*). Dalam hal ini, suatu sistem hukum yang lebih rendah tingkatannya merupakan subsistem dari peraturan hukum yang lebih tinggi, sehingga semua aturan hukum yang berlaku merupakan sebuah sistem secara keseluruhan.
6. Kaidah generalisasi (*generalized principle*). Dalam hal ini aturan hukum yang lebih tinggi merupakan generalisasi dari aturan hukum yang lebih rendah. Demikian juga sebaliknya bahwa aturan yang lebih rendah merupakan kekhususan dari aturan yang lebih tinggi.
7. Kaidah reduksi (*principle of reductionism*), di mana aturan hukum yang lebih rendah merupakan reduksi dari aturan yang lebih tinggi.
8. Kaidah golongan ketercakupannya (*principle of subsumption*), dalam arti bahwa aturan hukum harus masih termasuk atau tercakup ke dalam golongan aturan yang lebih tinggi. Jadi, bukan berasal dari golongan aturan yang lain.

Selain daripada itu, sebagaimana diketahui bahwa kaum positivisme hukum seperti Hans Kelsen, atau John Austin, berpandangan bahwa hukum hanya ada dalam undang-undang, sehingga hakikat hukum sebenarnya hanyalah sebagai suatu perintah (*command, order*) dari penguasa. Hanya saja, berbeda dengan John Austin, Hans Kelsen masih mengakui bahwa seseorang taat kepada hukum bukan hanya karena takut kepada sanksi hukum, melainkan juga dengan alasan-alasan lain seperti karena alasan religius, alasan etika, alasan kemasyarakatan, alasan kenyamanan, dan alasan keamanan.

Kemudian, adalah penting untuk menjawab pertanyaan kapan suatu tindakan dari seorang penyelenggara negara dianggap sebagai tindakan negara dan kapan tidak merupakan tindakan negara, Dalam hal ini, kembali konstitusi sebagai *grundnorm* dan norma-norma hukum di bawahnya yang mengatur hal-hal tersebut. Dalam hal ini berlaku “teori atribut” yang mengajarkan bahwa suatu tindakan seorang penyelenggara negara baru dapat dianggap sebagai tindakan negara jika tindakan tersebut merupakan sebuah “atribut” terhadap negara. Suatu tindakan dianggap merupakan atribut kes badaan negara jika



dilakukan secara valid, yaitu jika dilakukan berdasarkan suatu “perintah yang valid” (*valid ordering*) yang bersifat normatif ataupun berdasarkan suatu “asumsi” tentang “perintah yang sah,” yang dalam hal ini berupa pemberian otoritas/kewenangan yang valid sesuai hukum yang berlaku dalam suatu sistem yang bersumber pada konstitusi sebagai sebuah *grundnorm*. Paling tidak seperti yang diajarkan oleh paham positivisme hukum, bahwa hal ini adalah sebagai konsekuensi dari pengakuan terhadap pengertian negara sebagai personifikasi dari sekumpulan norma yang berisikan perintah-perintah yang mengandung unsur “paksa.

Selanjutnya, jika ditinjau dari berbagai karakteristik dari teori norma dasar, dapat disimpulkan bahwa teori norma dasar sebenarnya termasuk juga ke dalam teori positivisme hukum, yang kemudian teori norma dasar tersebut dikembangkan oleh teori hukum murni.

Salah satu ajaran yang sangat populer dari teori hukum dasar adalah teori tentang tindakan aturan hukum yang berjenjang (teori piramida terbalik). Dalam hal ini, teori dasar yang merupakan konstitusi dalam suatu sistem pemerintahan, merupakan norma dasar yang dalam suatu segitiga terbalik tempatnya adalah yang tertinggi (dengan wilayah kerja yang luas).

Kemudian, di bawahnya konstitusi terdapat peraturan hukum yang levelnya lebih rendah dari norma dasar tetapi substansinya tetap bernaung di bawah norma dasar, sehingga tidak boleh menyimpang dari substansi norma dasar tersebut.

Hans Kelsen memerincikan aturan-aturan hukum yang jenjangnya dibawah dari norma dasar (di bawah konstitusi), masing masing dengan jenjang berturut-turut sebagai berikut:³⁷

1. *Legislation* (dibuat oleh parlemen) dan *Custom* (terbentuk & ' Jam masyarakat).

³⁷ Kelsen, Hans. *Op Cit.* hal. 221



2. *Statute* (juga dibuat oleh parlemen tetapi lebih khusus *legislation*) dan *Ordinance* (dibuat oleh otoritas administratif).
3. *Material and Formal Law*. Merupakan peraturan-peraturan yang akan diterapkan oleh badan-badan yang berwenang, utamanya pengadilan, untuk diterapkan terhadap kasus-kasus konkret.

Selanjutnya, dalam hubungan dengan undang-undang yang dibuat Oleh parlemen, maka kaum positivis, termasuk penganut teori norma dasar beranggapan bahwa oleh undang-undang yang dibuat oleh parlemen, undang-undang tersebut bersifat konstitutif, dalam arti parlemenlah yang membuat hukum tersebut. Adapun bagi para ahli hukum berhaluan sejarah, seperti yang dipelopori Von Savigny, hukum ada dalam “jiwa bangsa” (*volksgeist*), sementara parlemen yang merumuskan hukum tersebut sebenarnya tidak membuat hukum, tetapi menemukan hukum yang terdapat dalam jiwa bangsa tersebut. Hal ini mirip dengan pandangan para ahli hukum berhaluan sosiologis, yang menyatakan bahwa hukum terdapat dalam masyarakat di mana parlemen juga hanya menemukan saja, sehingga undang-undang yang dibuat oleh parlemen juga bersifat deklatoir saja.

Kemudian, salah satu ajaran yang sangat populer dari teori hukum dasar adalah teori tentang tindakan aturan hukum yang berjenjang (teori piramida terbalik). Dalam hal ini, teori dasar yang merupakan konstitusi dalam suatu sistem pemerintahan, merupakan norma dasar, yang dalam suatu segitiga terbalik tempatnya adalah yang tertinggi (dengan wilayah kerja yang luas).

Sebagaimana telah dijelaskan, bahwa teori *grundnorm* sangat mendewakan keabsahan dari suatu aturan hukum berupa kesesuaiannya dengan konstitusi (*grundnorm*). Jadi sangat bersifat legalistik, yang memang merupakan ciri khas paham-paham yang beraliran positivisme. Sehingga, yang luput dari perhatian dari teori *grundnorm* adalah bahwa pentingnya ukuran-ukuran lain bagi validitas suatu aturan hukum. Salah satu ukuran lain untuk mengukur validitas tidaknya suatu aturan hukum tetapi luput dari pengamatan para penganut paham *grundnorm* adalah apakah aturan tersebut akan diterima oleh



masyarakat terhadap mana aturan hukum tersebut akan diterapkan, atau apakah aturan hukum tersebut dapat dengan sukses mengarahkan kehidupan masyarakat ke arah yang dikehendaki oleh pembuat hukum tersebut. Dalam hal ini, dalam ilmu hukum berkembanglah pendapat, seperti yang dianut oleh ahli hukum Denmark beraliran realisme hukum—Alf Ross—yang menyatakan bahwa untuk mengukur valid tidaknya suatu aturan hukum, tidak dilihat terhadap apa yang “telah” dilakukan oleh penegak hukum “di masa lalu” tetapi apa yang “akan” dilakukannya di masa depan. Jadi, ketika suatu aturan hukum dikatakan valid, maka ini hanyalah suatu prediksi saja, yakni prediksi bahwa aturan hukum tersebut akan dapat diterapkan terhadap kasus/fakta konkret di masa depan. Bila seandainya bahwa aturan hukum tersebut tidak diterapkan oleh penegak hukum, maka aturan hukum tersebut menjadi tidak valid atau merupakan aturan hukum yang salah (*false*). Paham yang menjadi “teori prediksi” seperti ini sangat representatif terhadap paham realisme hukum. Teori “prediksi” terhadap validitas hukum ini berpegang teguh pada prinsip “hukum sebagai proses kejadian” (*law as a process of becoming*).

Akan tetapi, “teori prediksi” tersebut, yaitu teori yang mengajarkan bahwa validitas hukum digantungkan pada apakah akan diterapkan atau tidaknya suatu aturan hukum oleh penegak hukum misalnya apakah akan ditegakkan oleh hakim, banyak juga mengandung kelemahannya, misalnya:

1. Pandangan penegak hukum yang satu akan berbeda dengan pandangan penegak hukum yang lain.
2. Pandangan seperti ini akan membuat hukum selalu kabur dan tidak pernah pasti, karena tergantung pada ditegakkan atau tidaknya hukum tersebut di masa yang akan datang.
3. Bagaimana kita tahu bahwa tentang sikap para penegak hukum sampai datang waktunya bagi penegak hukum untuk menegakkan hukum tersebut.
4. Sikap para penegak hukum terhadap suatu norma hukum bisa berbeda dari waktu ke waktu, misalnya ketika para penegak hukum tersebut



berganti dengan yang lain. Dalam hal ini, ada penegak hukum yang konservatif, ada yang agak moderat, dan ada yang sangat moderat, sehingga pandangan mereka pun akan berbeda-beda terhadap kaidah-kaidah hukum tertentu.

5. Sering juga secara diam-diam hakim telah membuat hukum yang baru daripada memilih aturan hukum yang tidak jelas atau daripada memilih salah satu dari aturan hukum yang saling bertentangan satu sama lain.
6. Sering juga ada kemungkinan terdapat dua aturan hukum yang berbeda dan bertentangan satu sama lain yang harus diterapkan oleh para penegakan hukum. Hal seperti ini tentu tidak mungkin terjadi dalam teori Hans Kelsen, karena menurut Hans Kelsen, seluruh hukum berada dalam suatu sistem yang bersumber pada konstitusi sebagai norma dasar (*grundnorm*), sehingga jika misalnya ada dua aturan hukum yang saling bertentangan, sudah pasti salah satu atau keduanya berada di luar sistem yang ada, sehingga aturan hukum seperti itu harus dianggap tidak valid. Karena itu, Kelsen cenderung menggunakan prinsip hukum seperti:
 - a. Hukum yang lebih tinggi mengesampingkan hukum yang lebih rendah.
 - b. Hukum yang lebih khusus mengesampingkan hukum yang lebih umum.
 - c. Hukum yang lebih baru mengesampingkan hukum yang lebih lama.
 - d. Hukum yang lebih menyangkut kepentingan umum mengesampingkan hukum yang kurang menyangkut kepentingan umum.

Apa yang di Indonesia lebih dikenal dengan teori hukum progresif, dengan para penegak hukumnya yang juga bersikap progresif sebenarnya tidak lain dari perwujudan dari teori prediksi ke dalam praktik hukum di Indonesia.

Akan tetapi, bagaimanapun juga, teori norma dasar (*grundnorm*) (bersama-sama dengan teori hukum murni—*reine rechtslehre*) telah merupakan ikon khas dari Hans Kelsen, dan telah banyak dipraktikkan di berbagai negara di



dunia ini. Indikasi-indikasi dari berlakunya teori *grundnorm* dari Hans Kelsen ini dalam suatu negara, antara lain jika dalam negara tersebut terdapat:

1. Terdapat suatu lembaga negara yang khusus menganalisis apakah suatu undang-undang atau praktik kenegaraan bertentangan dengan konstitusi atau tidak. Jadi, semacam Mahkamah Konstitusi yang ada di Indonesia.
2. Peran dari parlemen (yang membuat undang-undang) sangat tinggi dengan kewenangan yang sangat luas.
3. Peran dari pengadilan tidak begitu penting.
4. Sistem pemberantasan pidana yang lebih bersifat menjerakan dan represif, dengan mengabaikan usaha-usaha yang bersifat kuratif dan preventif.
5. Sistem hukum dan penerapan hukumnya sangat bersifat legalistik.
6. Sistem hukum dan penegakan hukum yang sangat berorientasi pada sanksi dan hukuman.



BAB 6

TEORI BADAN HUKUM

A. TEORI TENTANG HAKIKAT BADAN HUKUM

Sering disebut-sebut bahwa kalau terhadap badan hukum disebut sebagai person yang diciptakan manusia (atau oleh hukum ciptaan manusia), maka terhadap manusia (sebagai subjek hukum) adalah person yang diciptakan oleh Tuhan. Jadi, Tuhan menciptakan manusia, dan manusia menciptakan badan hukum. Terhadap kedua model person tersebut (manusia atau badan hukum), terdapat beberapa persamaan sebagai berikut:

1. Memiliki sikap rasional.
2. Memiliki sikap dan personalitas sendiri.
3. Mempunyai kebutuhan untuk dapat hidup.
4. Memiliki harta, hak, dan kewajiban.
5. Memiliki tanggung jawab hukum, bahkan termasuk tanggung jawab pidana.

Akan tetapi, meskipun di waktu rezim hukum tidak secara resmi mengakui eksistensi dari perkumpulan sebagai badan hukum, banyak teori hukum atau pranata hukum lain yang berlaku sebagai tambahan, yakni yang dapat menutupi kekurangan tersebut, yang meskipun tidak memperlakukan perkumpulan tersebut sebagai badan hukum, tetapi menganggapnya setara dengan “semi badan hukum,” yang menyebabkan suatu perkumpulan berfungsi sebagai pemangku hak, kewajiban, dan tanggung jawab. Teori hukum atau pranata hukum yang menciptakan semi badan hukum tersebut antara lain:

1. Teori/pranata hukum keagenan-prinsipal.



2. Teori/pranata *fiduciary duty* dari direksi.
3. Teori/pranata hukum direktur sebagai pemegang kuasa (teori kuasa).
4. Teori/pranata sejawat pekerja (*fellow servant*).
5. Teori/pranata hukum tanggung jawab pengganti (*vicarious liability*).
6. Teori/pranata hukum majikan-pekerja bawahan (*master-servant*).
7. Teori hukum “kepemilikan ganda” (*co-ownership*).
8. Teori hukum “kepercayaan” (*trusteeship*).

Akan tetapi, dalam hubungan dengan *legal standing* suatu perkumpulan yang bukan badan hukum ini, eksistensi dari perkumpulan tersebut sebagai semi badan hukum memang diperlukan, sehingga perkumpulan tersebut dapat menjalankan dan mempertahankan haknya melalui proses pengadilan perdata. Untuk maksud tersebut, maka di Perancis dikenal pranata semi badan hukum, yaitu yang disebut dengan *La Demi-Personnalite*. Di Inggris tidak dikenal pranata semi badan hukum secara tegas seperti di Perancis, tetapi di Inggris dikenal sistem gugatan *representative*, yang menyebabkan tidak semua anggota dari perkumpulan diharuskan untuk digugat atau menggugat. Bahkan di Inggris, perkumpulan seperti perkumpulan dagang (*trade union*), karena dibentuk berdasarkan undang-undang, maka dia memiliki legal standing untuk menggugat atau digugat, meskipun dalam undang-undang yang menjadi dasar berdirinya perkumpulan dagang tersebut, perkumpulan tidak pernah dinyatakan sebagai badan hukum. Perkumpulan seperti ini sudah dapat disebut sebagai semi badan hukum, dan suatu perkumpulan semi badan hukum yang mempunyai *legal standing* (hak untuk menggugat dan digugat) seperti itu sering disebut dengan istilah *tertium quid*.

Selanjutnya, banyak terminologi diberikan untuk suatu badan hukum. Dalam bahasa Indonesia, memang hanya ada istilah “badan hukum,” atau kadang-kadang disebut juga dengan istilah “korporasi” yang merupakan pengindonesiaan istilah “*corporate*” atau “*corporation*.” Akan tetapi, dalam bahasa lain di dunia ini terdapat berbagai macam istilah untuk badan hukum.

Dalam bahasa Inggris misalnya, kita mendapati beberapa istilah yang sepadan



dengar pengertian “badan hukum” dalam bahasa Indonesia. Beberapa istilah dalam bahasa Inggris yang dapat diartikan sebagai badan hukum, antara lain:

1. *Legal person.*
2. *Legal personality.*
3. *Legal entity.*
4. *Juridical person.*
5. *Juridical personality.*
6. *Juristic personality.*
7. *Juristic person.*
8. *Artificial personality.*
9. *Artificial person.*
10. *Body corporate.*

Dalam hukum Jerman, untuk istilah badan hukum ini disebut dengan “*substratum*” atau “*unterlage.*”

Selanjutnya, perlu diketahui apa sebenarnya yang dimaksud dengan badan hukum itu. Yang dimaksud dengan badan hukum adalah suatu organisasi, badan, kumpulan, istitusi, atau harta benda yang dibentuk atau dikukuhkan oleh hukum, dimaksudkan sebagai pemangku hak, kewenangan, kewajiban, kekayaan, tugas, status *privilege* sendiri yang pada prinsipnya terpisah dari yang dimiliki oleh manusia individu, memiliki pengurus yang mewakili dan menjalankan kepentingan badan hukum di samping juga kepentingan dari anggotanya, sehingga badan hukum dapat menuntut/menggugat atau dituntut/digugat di depan pengadilan, di samping juga dapat menjadi korban dari suatu tindak pidana yang bahkan dalam pengertiannya yang modern, badan hukum dapat juga melakukan suatu tindak pidana dan dihukum pidana. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa badan hukum merupakan pemangku hak dan kewajiban (*a right-and-duty bearing unit*), yang merupakan manusia tanpa badan (*bodiless*) dan tanpa jiwa (*soulless*).

Meskipun suatu badan hukum akhirnya dapat dimintakan tanggung jawab yang terpisah dari tanggung jawab pribadi-pribadi dari pendiri, pemilik, atau



anggotanya, tetapi tentu saja tidak semua dari kewenangan yang diberikan kepada manusia pribadi harus diberikan juga kepada suatu badan hukum. Hal ini disebabkan oleh faktor-faktor sebagai berikut:

1. Adanya kegiatan manusia pribadi yang tidak mungkin dilakukan oleh badan hukum. Misalnya badan hukum tidak bisa kawin atau melahirkan anak, sehingga hampir semua hukum keluarga atau hukum waris tidak berlaku bagi suatu badan hukum.
2. Adanya hak-hak tertentu yang hanya melekat pada manusia pribadi, dan karenanya tidak melekat pada badan hukum. Misalnya pada manusia pribadi melekat hak-hak asasi, sehingga perlu dilindungi yang pada prinsipnya tidak ada atau tidak sama dengan yang diberikan kepada badan hukum, misalnya hak untuk hidup, hak untuk mendapat fasilitas kesehatan, pendidikan, dan kebebasan beragama. Akan tetapi di lain pihak, terdapat juga berbagai macam hak asasi manusia yang sampai batas-batas tertentu berlaku juga untuk badan hukum. Misalnya, hak untuk diberlakukan sama dalam hukum (*equality before the law*), prinsip praduga tak besalah (*presumption of innocence*), hak untuk membela diri, hak untuk mendapatkan pengacara, hak untuk tidak diambil aset oleh pemerintah tanpa ganti rugi yang layak, dan kebebasan berbicara. Bahkan, Konvensi Hak-hak Asasi Manusia Eropa (*The European Convention of Human Rights*) dengan tegas telah memperluas berlakunya hak-hak fundamental dari manusia juga kepada badan hukum, di mana pelanggaran oleh negara anggota terhadap hak asasi tersebut dapat digugat ke pengadilan Eropa tentang hak asasi manusia yang terdapat di Strasbourg.
3. Adanya status-status tertentu yang hanya dapat diperuntukkan kepada orang pribadi, tetapi tidak cocok untuk badan hukum, Misalnya dengan status sebagai warga negara, seorang manusia individu berhak untuk memilih atau dipilih dalam suatu pemilihan umum yang *fair*.



4. Adanya posisi-posisi tertentu yang hanya bisa diberikan kepada orang-orang pribadi dan tidak bisa diberikan kepada suatu badan hukum. Misalnya, posisi untuk memegang jabatan di pemerintahan atau kantor-kantor publik.
5. Dalam hal perbuatan pidana yang dilakukan oleh badan hukum, adanya model-model hukuman yang hanya pantas diperuntukkan untuk orang pribadi tetapi tidak pantas diperuntukkan untuk badan hukum, semisal hukuman penjara, tahanan, kurungan, hukuman penderaan (cambuk), hukuman mati dengan jalan ditembak, digantung, dipenggal kepala, kursi listrik atau suntikan mati.
6. Adanya tindakan perdata atau pidana yang dapat dilakukan oleh atau terhadap badan hukum, dengan konsekuensi sosio logis yang berbeda-beda jika seandainya dilakukan oleh atau terhadap manusia pribadi, sehingga akibat hukum pun menjadi berbeda. Misalnya, di beberapa negara, tindakan pencemaran nama baik yang merugikan badan hukum diatur secara berbeda dengan pencemaran nama baik terhadap manusia pribadi, Misalnya, ganti rugi terhadap tindakan pencemaran nama baik terhadap badan hukum hanyalah untuk kerugian materiel, sedangkan terhadap manusia pribadi baik terhadap kerugian materiel, maupun terhadap kerugian immaterial.

Selanjutnya, dapat disebutkan bahwa sebenarnya ada beberapa keuntungan yang diperoleh dengan terbentuknya sebuah badan hukum, yaitu:

1. Keuntungan karena keterbatasan tanggung jawab (*limited liability*) dari badan hukum yang hanya sebatas harta yang ada dalam badan hukum tersebut, sehingga tidak dapat dimintakan tanggung jawab kepada harta dari pribadi-pribadi anggota atau pengurus badan hukum tersebut.
2. Keuntungan karena pengakuan terhadap badan hukum sebagai subjek hukum yang berdiri sendiri. Dalam hal ini, sebagai subjek hukum yang berdiri sendiri, maka pada prinsipnya suatu badan hukum dapat memiliki hak dan kewajiban yang sama dengan subjek hukum orang, misalnya



dapat maju ke pengadilan, dapat memiliki asetnya sendiri, dan sebagainya.

3. Badan hukum dapat memiliki aset sendiri yang terpisah dengan aset pribadi-pribadi para anggotanya/pemegang sahamnya.
4. Badan hukum dapat hidup lebih lama dari manusia. Karena badan hukum tidak mengenal mati seperti manusia, maka kemungkinan badan hukum bisa hidup lebih lama, terlepas dari silih bergantinya para anggota/pemegang sahamnya. Kecuali untuk badan hukum yang diberikan batas masa waktu berlakunya, maka badan hukum baru mati (berakhir) setelah adanya likuidasi, dan likuidasi ini dilakukan hanya dalam hal-hal yang sangat khusus.
5. Badan hukum memiliki pengurusnya sendiri, yang dapat di ganti-ganti oleh anggota dari badan hukum tersebut sepanjang masa.
6. Saham-saham dari suatu badan hukum dapat beralih dan di, alihkan, tanpa berpengaruh terhadap eksistensi dari badan hu. kum tersebut. Hal ini dapat menyebabkan semakin langgeng. nya eksistensi dari suatu badan hukum.
7. Terhadap direksi yang telah melakukan tindakan untuk kepentingan badan hukum, maka dia akan diuntungkan oleh teori *business judgement rule*.

Di samping itu, berkenaan dengan badan hukum maupun non badan hukum dalam bentuk perusahaan, terdapat tiga model sebagai berikut:

1. Perusahaan yang merupakan asosiasi orang-orang.
2. Perusahaan yang merupakan asosiasi modal.
3. Perusahaan yang merupakan asosiasi kata-kata.

Perusahaan yang merupakan asosiasi orang-orang misalnya dalam bentuk firma atau *partnership*. Dan, perusahaan yang merupakan asosiasi modal misalnya perseroan terbatas. Adapun mengenai perusahaan komanditer, terdapat baik unsur asosiasi orang maupun asosiasi modal. Selanjutnya, yang dimaksudkan dengan asosiasi kata-kata adalah bahwa sebuah perusahaan



didirikan ber' dasarnya sebuah perjanjian di antara para pendiri sesuai dengan teori perjanjian terhadap perseroan tersebut.

Selanjutnya, dapat disebutkan bahwa banyak teori tentang badan hukum, utamanya yang disebut "teori organ" yang sebenarnya tidak lain dari usaha untuk membiologisasi badan hukum, yakni membuat badan hukum seolah-olah sama dengan manusia. Dilihat dari segi pembentukannya, terdapat beberapa teori dari suatu badan hukum, yaitu:

1. Teori kontrak.
2. Teori penentuan oleh negara.
3. Teori entitas yang nyata.

Dengan teori kontrak, yang dimaksudkan adalah bahwa suatu badan hukum terbentuk karena kontrak dan tunduk pada hukum perdata. Adapun dengan teori "penentuan oleh negara," yang dimaksudkan adalah bahwa suatu badan hukum baru ada manakala ditentukan sebagai badan hukum oleh negara, karena itu suatu badan hukum tunduk pada hukum publik. Kemudian, yang dimaksudkan dengan teori "entitas yang nyata" adalah bahwa suatu badan hukum terbentuk sama sekali di luar hukum tetapi dalam masyarakat, sementara hukum hanya mengukuhkan saja sebagai badan hukum.

Namun demikian, dilihat dari sudut yang lain, teori tentang badan hukum tersebut dapat di bagi ke dalam dua bagian, yaitu: (1) teori kontrak, seperti telah disebutkan di atas, dan (2) teori institusi. Dengan teori kontrak, berarti suatu badan hukum, seperti perseroan terbatas misalnya, haruslah didirikan oleh minimal dua orang atau beranggotakan minimal dua orang (yang membuat kontrak untuk mendirikan badan hukum), sedangkan menurut teori institusi, maka badan hukum adalah suatu institusi, dan sebagai sebuah institusi, dapat saja suatu badan hukum hanya didirikan oleh satu orang saja atau beranggotakan satu orang saja. Jika dianggap suatu institusi, maka suatu badan hukum terbentuk karena ditetapkan oleh nagara. Tetapi, pandangan lain menyatakan bahwa suatu badan hukum sebenarnya telah ada dalam



realitas masyarakat, sedangkan hukum atau negara hanya mengukuhkan saja apa yang sudah ada tersebut.

Karena itu, salah satu perdebatan yang tidak habis-habisnya mengenai hakikat dari suatu badan hukum adalah bahwa apakah badan hukum tersebut “*real/nyata*” atau hanya “*fiksi*” (adanya hanya dalam pikiran manusia saja). Demikian juga perdebatan tentang apakah badan hukum tersebut bersifat “*natural*” atau bersifat “*artifisial*.” Meskipun begitu, harus diakui pula bahwa antara istilah “*real/nyata*” dengan istilah “*natural*” hanya setali tiga uang. Demikian pun antara istilah “*fiksi*” dengan istilah “*artifisial*.”

Jika badan hukum tersebut bersifat *real/nyata* atau *natural*, maka hukum atau pemerintah hanya mengukuhkan saja sebagai badan hukum. Akan tetapi, jika badan hukum tersebut bersifat *fiksi* atau *artifisial*, maka berarti badan hukum tersebut baru ada karena diciptakan/dibuat oleh hukum atau pemerintah.

Selain itu, karena begitu kontroversialnya tentang berbagai hal di sekitar badan hukum, maka telah muncul pula banyak teori tentang badan hukum, yang satu sama lain saling berbeda pandang bahkan ada yang saling bertentangan. Di antara teori-teori tersebut sebagai berikut:

1. Teori *fiksi* (oleh Von Savigny).
2. Teori *organ* (oleh Otto von Gierke).
3. Teori *realisme*.
4. Teori *perkumpulan* (*bracket*).
5. Teori *simbolis* (oleh Rudolf von Jhering).
6. Teori *maksud* (*purpose*).
7. Teori *orang* (*person*).
8. Teori *kelompok* (*group*).
9. Teori *kontrak*.
10. Teori *institusi*.
11. Teori *konsesi*.
12. Teori *corporate realism*.
13. Teori *corporate nominalism*.



14. Teori teman sejawat (*fellowship*).
15. Teori *corporate personality*.
16. Teori hak subjektif.
17. Teori partner (*the firm theory*).
18. Teori partner berkontrak (*contractual theory of the firm*), yang merupakan perpaduan antara teori kontrak dengan teori fiksi, yang menyatakan bahwa badan hukum merupakan fiksi hukum yang menjadi inti (*nexus*) dari kumpulan manusia yang mengikat dirinya dengan kontrak.

Di samping itu, seperti telah disebutkan, dalam perkembangan teori tentang badan hukum banyak teori dan pendapat saling bertentangan satu sama lain. Dan yang tercatat dalam sejarah misalnya adalah:³⁸

1. Von Savigny dengan teori fiksinya, yang menganggap badan hukum sebagai *persona ficta*.
2. Otto von Gierke dengan teori organnya melawan teori *persona Jficta*.
3. Maintland sebagai ahli sejarah hukum tentang institusi hukum, menganalisis masalah badan hukum dari segi sejarah.
4. Para ahli dari negara *common law* (termasuk Maintland) menulis tentang badan-badan korporasi (*body corporate*) sebagai personalitas yang nyata yang sesuai dengan teori *real personality*.
5. Leon Duguit membahasnya sebagai seorang lawyer, membantah elemen kehendak dan personalitas dari negara, sehingga semua aparat pemerintah dapat dimintakan pertanggungjawaban hukum.
6. Earnest Barker sangat mengagung-agungkan teori personalitas tentang negara, dengan tujuan dan kesimpulan yang sama dengan Leon Duguit, bahwa negara/pemerintah dan semua aparatnya harus dapat dimintakan tanggung jawab secara hukum terhadap apa-apa yang telah dilakukannya.

³⁸ Johnston, Jr, Frank. *Modern Conception of Law*. Chicago, T.H. Flood & Co, 1925. Hal. 172



Ada juga kalangan yang memilah-milah teori badan hukum kepada beberapa teori sebagai berikut:³⁹

1. Teori fiksi.
2. Teori organ.
3. *Leer van het ambtelijk vermogen*.
4. Teori kekayaan bersama.
5. Teori kenyataan yuridis.
6. Teori kekayaan bertujuan
7. Teori dari Leon Duguit.
8. Teori kesatuan tertib (*orde eenheid*).

Tentang apa yang dimaksud dengan “teori fiksi” maupun “teori organ” sudah dibahas secara panjang lebar sebelumnya. Adapun yang dimaksud dengan teori *leer van het ambtelijk vermogen* secara harfiah adalah teori tentang aset yang dimiliki karena jabatannya (*ambtelijk*). Menurut teori ini, para subjek hukum (termasuk badan hukum) agar dapat dikatakan mempunyai hak haruslah memiliki kehendak untuk memiliki harta kekayaan (*wilsvermogen*), dan kekayaan tersebut melekat pada manusia tersebut. Jadi, untuk suatu badan hukum, yang memiliki *wilsvermogen* adalah para pengurus nya.

Adapun teori kekayaan bersama mengajarkan bahwa pada prinsipnya, kekayaan dari badan hukum adalah kekayaan bersama dari anggotanya/pemegang sahamnya, sehingga hak, kewajiban, dan tanggung jawab dari badan hukum adalah hak, kewajiban, dan tanggung jawab dari para anggota/pemegang saham secara bersama-sama pula. Teori kekayaan bersama ini awal mulanya dicetuskan oleh Rudolf von Jhering, kemudian diikuti oleh ahli hukum yang lain dengan berbagai sebutannya, seperti oleh:

1. Molengraaff dengan *gezemenlijke vermogenstheorie*.
2. Planiol dengan *propriete collective theorie*.
3. Utrecht dengan teori kepunyaan kolektif.

³⁹ Sudikno Mertokusumo. *Teori Hukum*. Yogyakarta, Universitas Atma Jaya, 2011. Hal. 31



4. Ada juga yang menyebutnya dengan istilah *collectiviteitstheorie*.
5. Ada lagi yang disebut dengan *bestemmingstheorie*.
6. Kemudian ada juga yang disebut dengan *Functionele Verbanstheorie* (dari Dooyeweerd).

Selanjutnya, teori “kekayaan bertujuan” (*Collectiviteitstheorie*) mengajarkan bahwa yang terpenting dalam suatu subjek hukum adalah kekayaan yang diurus untuk suatu tujuan tertentu. Maka kekayaan tersebutlah yang menjadi subjek hukum (pemangku hak dan kewajiban), bukan organisasi dan bukan pula orang-orang. Teori kekayaan bertujuan ini dipelopori oleh A. Brinz dan kemudian diikuti pula oleh Van der Heijden.

Kemudian teori kenyataan yuridis (*juridische realiteitleer*) mengajarkan bahwa suatu badan hukum itu benar-benar ada dalam kenyataan yuridis, bukan hanya sekadar fiksi belaka. Jadi, teori kenyataan yuridis ini mirip dengan teori organ, tetapi lebih lembut, tidak seekstrem teori organ. Kalau teori organ menyatakan bahwa badan hukum benar-benar ada, seperti juga manusia, sedangkan menurut teori kenyataan yuridis, badan hukum tersebut benar ada sekadar diperlukan untuk keperluan hukum (yuridis) saja. Dalam hal ini, teori kenyataan yuridis antara lain dianut oleh E.M. Meijjers dan Paul Scholten.

Ada lagi teori dari Leon Duguit (seorang sarjana Perancis beraliran sejarah), yang mengajarkan tidak ada yang namanya badan hukum sebagai penyandang hak dan kewajiban. Manusia memang merupakan subjek hukum, tetapi juga bukan bukan subjek hukum penyandang hak dan kewajiban.

Dan terakhir ada teori kesatuan tertib (*orde eenheid*), yang mengajarkan bahwa hak dan kewajiban tersebut tidak ada pada badan hukum, tetapi ada pada manusia-manusia yang merupakan anggotanya, selama mereka masih berkumpul dan tetap dalam kesatuan, dengan tujuan bukan untuk kemanfaatan pribadi. Teori ini antara lain dianut oleh Van Nispen.



Selanjutnya, dalam ilmu hukum dikenal juga suatu teori yang disebut dengan teori konsesi (*concession theory*). Apa yang diajarkan oleh teori konsesi ini adalah bahwa dasar dari munculnya badan hukum bagi suatu kumpulan manusia adalah karena diciptakan oleh otoritas tertentu. Misalnya, suatu perkumpulan menjadi badan hukum karena diberikan status badan hukum oleh negara atau oleh aparat negara. Tanpa pemberian status tersebut, suatu perkumpulan tetap saja dalam bentuk perkumpulan yang bukan badan hukum. Ahli hukum zaman Romawi, yaitu Gaius, juga menganut teori konsesi ini. Di sekitar tahun 161 Masehi, Gaius menyatakan bahwa status badan hukum bagi universitas atau *collegium*, semata-mata tergantung kepada penetapan sebagai badan hukum yang diberikan berdasarkan undang-undang, *sensatus consulta*, atau konstitusi.⁴⁰

Selanjutnya, karena berbeda teori yang dianutnya, maka terdapat berbagai model dari suatu badan hukum di berbagai negara, di Inggris misalnya, dikenal dua model badan hukum dalam wujud perusahaan, yaitu:

1. *Corporation Aggregate*.
2. *Corporation Sole*.

Corporation aggregate merupakan perusahaan dengan para anggotanya terdiri dari satu kelompok orang, misalnya dalam bentuk perseroan terbatas, sedangkan *corporation sole*, adalah perusahaan dengan anggotanya hanya satu orang tetapi secara turun-menurun, misalnya dalam bentuk badan hukum keagamaan. Perlu juga disebutkan dalam hal ini, bahwa hukum di negara-negara Eropa Kontinental hanya mengenal *corporation aggregate*, tetapi tidak mengenal *corporation sole*.

Di samping itu, dalam sistem hukum Eropa Kontinental dikenal satu jenis badan hukum, yang di Indonesia dikenal dengan yayasan (*stichting, foundation*). Yayasan ini dikenal meluas dalam Sistem hukum Eropa Kontinental, seperti di Perancis, Jerman, Spanyol, Belanda, dan tentu juga

⁴⁰ Johnston, Jr, Frank. *Op Cit.* hal. 166



Indonesia. Akan tetapi, di Negara-negara yang menganut sistem hukum Anglo Saxon, badan hukum yayasan tidak dikenal, tetapi di sana kebutuhan akan badan hukum dalam bentuk yayasan dapat ditampung dalam suatu konstruksi hukum yang sangat khas, yaitu konstruksi hukum yang berbasiskan pada “pemangku amanah,” yang disebut dengan “*trust*.”

Selanjutnya, ada keunikan dari suatu badan hukum, yaitu tempatnya yang ambigu. Di satu pihak, badan hukum merupakan “orang” (person, dalam hal ini legal person) tetapi di lain pihak, badan hukum merupakan benda (objek hukum). Dalam hal ini, Sebagai orang, badan hukum dapat memiliki benda, tetapi sebagai benda, badan hukum dapat dimiliki oleh orang/pemilikinya. Bahkan sebagai orang (subjek hukum), badan hukum dapat memiliki badan hukum lain dalam kedudukan badan hukum lain tersebut sebagai benda. Ataupun secara teoretis paling tidak, atau dengan batas-batas tertentu, perusahaan sebagai orang (subjek hukum) dapat memiliki dirinya sendiri (sebagai objek/benda), yakni dengan jalan membeli sahamnya sendiri. Bahkan yang lebih riil adalah dalam kepemilikan saham secara *cross ownership*, yakni dalam kasus misalnya perusahaan A memegang mayoritas saham pada perusahaan B, sedangkan perusahaan B memegang mayoritas saham pada perusahaan A. Dalam hal ini, baik perusahaan yang secara langsung memiliki sahamnya sendiri, maupun perusahaan yang saling memiliki saham secara *cross ownership* tersebut sebenarnya merupakan contoh yang nyaris sempurna dari apa yang dalam teori hukum disebut dengan istilah “perusahaan tanpa orang” (*personless corporation*).

Tentang hak dari sebuah perusahaan (sebagai subjek hukum) untuk memiliki dirinya sendiri (sebagai objek hukum) secara langsung dengan jalan membeli atau memiliki sahamnya sendiri, terdapat kecenderungan peraturan di berbagai negara untuk semakin lama semakin tidak melarangnya atau melepaskan batasan-batasan terhadap transaksi seperti itu, sehingga perbuatan membeli sendiri saham-sahamnya semakin lama semakin longgar aturannya. Misalnya sampai saat ini, terdapat berbagai pengaturan di berbagai



Negara, di mana di Indonesia tindakan membeli sendiri saham-sahamnya dibolehkan, tetapi saham tersebut tidak memiliki hak suara lagi. Adapun untuk perusahaan terbuka, membeli kembali saham sahamnya sudah merupakan perbuatan yang lumrah terjadi. Di berbagai negara lain terdapat berbagai pengaturan tentang hak dan kebebasan dari sebuah perusahaan (dalam kedudukannya sebagai subjek hukum) untuk membeli perusahaan tersebut (sebagai objek hukum), yakni dengan jalan membeli kembali saham-sahamnya sendiri. Misalnya di negara-negara sebagai berikut:

1. Dalam hukum Jerman, perseroan terbatas pada prinsipnya dijarang memiliki sahamnya sendiri.
2. Dalam hukum Perancis, perseroan terbatas juga pada prinsipnya dilarang memiliki sahamnya sendiri.
3. Dalam hukum Inggris, perseroan terbatas pada prinsipnya dilarang memiliki sampainya sendiri. Tetapi, sejak tahun 1980, dalam *company act* di negeri itu, pembelian kembali (*buy back*) saham sendiri sudah mulai dibolehkan, tetapi dengan batasanbatasan tertentu.
4. Di Jepang, dahulunya dilarang perusahaan membeli kembali sahamnya sendiri, tetapi sejak bulan Juni 1995 larangan tersebut telah dicabut.⁴¹

Akan tetapi, ada pergerakan dari hukum yang modern untuk memberlakukan teori independensi badan hukum, yang menyatakan bahwa badan hukum seyogianya independen, yang mempunyai kewenangan dan kepentingan yang berbeda dan terpisah dari kewenangan dan kepentingan pemilikinya, sehingga seorang direksi perseroan terbatas misalnya harus lebih memerhatikan dan memperjuangkan kepentingan perusahaan daripada kepentingan pribadi pemegang saham. Seorang direksi harus memerhatikan kepentingan perusahaan dengan sebaik-baiknya, penuh kepedulian dan dengan beriktikad baik. Di atas dasar teori independensi atau kemandirian badan hukum ini,

⁴¹ Iwai, Katsuhito. *Persons, Things and Corporation*. The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance, dalam *American Journal of Comparative Law*, Fall 1999, Vol. 47, No. 4. hal. 21



kemudian dalam sejarah muncul teori “kewajiban fidusia” (*fiduciary duty*) yang dibebankan kepada direksi (dan juga komisaris) dari perusahaan.

Kemudian, persoalan mengenai teori dan hakikat dari subjek hukum, termasuk badan hukum sering kali muncul ke permukaan dalam berbagai kesempatan. Seringkali kemunculannya itu adalah untuk merespons persoalan-persoalan tertentu yang sedang menjadi perbincangan di saat-saat tertentu. Dalam hal ini, kemunculan teori dan perbincangan tentang hakikat subjek hukum pernah terjadi dalam hal-hal sebagai berikut:

1. Ketika di Abad Pertengahan banyaknya bermunculan gereja, masjid, dan berbagai badan-badan keagamaan yang umumnya memiliki aset besar, sehingga perlu teori hukum yang mendukung kepemilikan aset tersebut.
2. Ketika berbicara tentang model-model badan hukum bisnis.
3. Ketika berbicara tentang perbuatan pidana korporasi (*corporate crime*).
4. Dalam hubungan dengan hukum lingkungan hidup, berbicara tentang apakah pohon kayu dan binatang merupakan badan hukum yang dapat mempunyai hak untuk hidup.
5. Ketika berbicara tentang perbuatan hukum adopsi, yakni apakah bayi dalam kandungan sudah merupakan subjek hukum atau masih merupakan objek hukum, atau bahkan tidak merupakan subjek hukum dan objek hukum.
6. Ketika berbicara tentang adanya berbagai konsekuensi hukum yang menyebabkan kematian perdata bagi seseorang.
7. Ketika berbicara tentang warisan dalam hubungan dengan tanggung jawab orang yang sudah mati, yakni apakah orang yang sudah mati tersebut masih merupakan subjek hukum, sehingga dapat menjadi pemangku kewajiban tertentu atas harta yang ditinggalkannya. Apakah mayat orang yang sudah mati merupakan subjek hukum atau objek hukum.



8. Apakah orang gila atau yang sangat keterbelakang mental, atau orang yang berpenyakit sangat menular, masih dapat dianggap sebagai penyandang hak dan kewajiban.
9. Bahkan dalam dalam hukum Hindu, arca/patung juga dianggap sebagai subjek hukum.

Tentu saja tidak semua kumpulan orang layak dianggap sebagai badan hukum. Beberapa prasyarat agar suatu kumpulan orang-orang dapat disebut sebagai badan hukum sebagai berikut:

1. Pada prinsipnya ada kumpulan orang-orang, kecuali di Negara-negara yang memang memperbolehkan badan hukum dengan anggota satu orang seperti dalam perusahaan anggota tunggal (*corporation sole*).
2. Kumpulan orang-orang tersebut harus berkumpul dengan suatu tujuan tertentu.
3. Perkumpulan tersebut harus memiliki organnya (pengurusnya) sebagai penyelenggara kepentingannya.
4. Perkumpulan tersebut harus terpisah dengan tegas dengan para anggotanya.
5. Harta dari perkumpulan tersebut terpisah dengan harta dari para anggotanya.
6. Harus memiliki otorisasi dari pemerintah atau badan yang ditunjuk oleh pemerintah.

Dalam hubungan dengan keterkaitan antara orang/badan hukum dengan orang/badan hukum lain atau antara orang/badan hukum dengan aset, setidaknya dikenal dua macam teori dalam hukum, yaitu:

1. Teori hubungan langsung.
2. Teori hubungan total.

Menurut teori hubungan langsung, bahwa hukum di bidang badan hukum hanya dapat mengakui (dengan segala konsekuensi hukum) suatu hubungan langsung. Ini merupakan teori yang konvensional yang dalam banyak hal tetap dipertahankan oleh banyak sistem hukum di banyak negara. Adapun teori



hubungan total mengajarkan bahwa hukum akan mengakui, baik hubungan langsung maupun hubungan tidak langsung. Misalnya, dalam sebuah badan hukum yang memiliki aset, maka para pemilik badan hukum memiliki badan hukum, sementara badan hukum secara legal memiliki aset, sehingga pemilik perusahaan secara “tidak langsung” memiliki juga aset tersebut. Karena itu, menurut teori hubungan total, hukum mengakui juga bahwa orang (pemilik badan hukum) tersebut memiliki aset, yakni aset dari badan hukum, dengan berbagai konsekuensi hukum. Contoh lain, induk perusahaan (*holding*) secara tidak langsung juga memiliki aset yang dimiliki oleh anak perusahaan. Jadi, jika misalnya seseorang (Tuan A) memegang saham pada suatu perusahaan (PT X), dan pada saat yang sama Tuan A juga memegang saham pada PT Y, kemudian saham milik Tuan A di PT Y dijual kepada PT X, sehingga PT X menjadi perusahaan induk (*holding*), sementara PT Y menjadi anak subsidiary (anak perusahaan), maka menurut teori langsung telah terjadi jual beli saham antara Tuan A dengan PT X, sedangkan menurut teori total tidak terjadi jual beli saham antara Tuan A dengan PTX, berhubung Tuan A secara “tidak langsung” masih memiliki saham di PT Y melalui perusahaannya yang lain, yaitu PT X.

Dalam perkembangannya, meskipun secara hukum di banyak negara teori hubungan langsung masih dipertahankan, tetapi banyak dibuka pengecualian untuk sekadar menampung pemikiran dari penganut teori hubungan total. Pemberlakuan pengecualian terhadap teori hubungan langsung tersebut, misalnya muncul dalam bentuk teori *ultra vires*, *teori piercing the corporate veil*, dan lain-lain.

Selanjutnya, perlu disebutkan pula bahwa setidaknya ada tiga *controversial* berkenaan dengan hakikat dari suatu badan hukum, yaitu:

1. Apakah badan hukum merupakan hal yang benar-benar ada secara nyata dalam masyarakat (teori realisme), sehingga hukum hanya mengukuhkannya sebagai badan hukum, ataupun suatu badan hukum hanyalah fiksi atau artifisial yang dikhayal saja oleh manusia (teori fiksi), di mana untuk bisa hidup dan bernapas, memerlukan bantuan dari sektor



hukum, sehingga dalam hal ini hukum bukan hanya mengukuhkan melainkan menciptakan badan hukum tersebut, yang sebenarnya dalam kenyataannya badan hukum tersebut tidak pernah ada.

2. Apakah badan hukum merupakan kumpulan manusia yang diikat dengan kontrak satu sama lain (teori kontrak), ataupun badan hukum merupakan entitas atau institusi yang nyata dalam masyarakat (teori institusi) yang memiliki kehendak, maksud dan tujuannya sendiri.
3. Apakah sebuah badan hukum merupakan sebuah entitas hukum, atau sebenarnya merupakan entitas ekonomi, politik, atau sosial budaya dengan memakai jubah hukum.

Selain daripada itu, jika dilihat dari segi fungsi badan hukum, maka suatu badan hukum juga merupakan pertemuan dari beberapa kepentingan, yaitu kepentingan-kepentingan sebagai berikut:

1. Badan hukum mengurus kepentingan orang (pendiri, pemilik, pemegang saham, anggota, pekerja, dan sebagainya).
2. Badan hukum mengurus kepentingan harta benda perusahaan (hak, *liabilities*, dan aset-aset lainnya).
3. Badan hukum mengurus kepentingan organisasi (menjalankan fungsi manajemen dan administrasi).
4. Badan hukum mengurus kepentingan bisnis/bidang usaha, dan dalam hal ini, jika badan hukum bisnis menjalankan bisnis dari badan hukum tersebut, atau jika badan hukum sosial mengurus kepentingan sosial yang menjadi tujuan didirikannya badan hukum tersebut.

Memang seperti telah pernah disinggung, sampai saat ini pun, belum ada (dan tidak perlu ada) titik temu antara berbagai teori tentang badan hukum. Di Eropa, di Abad Pertengahan, teori badan hukum ini juga menjadi perdebatan hangat dalam kaitannya dengan hakikat negara yang juga merupakan suatu badan hukum. Argumentasi dan teori yang dibangun kala itu adalah baik untuk mempertahankan penguasa negara/pemerintah untuk tetap di tampuk pimpinan, atau banyak juga teori yang dibangun justru untuk dapat



menjatuhkan rezim pemerintah yang sedang berkuasa. Teori-teori badan hukum, baik yang beranggapan bahwa badan hukum (termasuk negara dan gereja) merupakan badan hukum seperti orang (*natural personality theory*), maupun seperti kumpulan orang-orang (*group personality theory*), sehingga kedua teori ini menghendaki negara/pemerintah beserta aparat-aparatnya, harus bertanggung jawab secara hukum jika ada pelanggaran yang dilakukannya. Kedua teori badan hukum ini bertentangan dengan teori hukum tentang personalitas dari negara (*state personality theory*), di mana menurut teori personalitas negara ini, bahwa negara tidak akan bertanggung jawab kepada manusia, karena tidak ada satu orang manusia pun yang berada di atas negara. Padahal, teori badan hukum sebagai kumpulan orang-orang yang diberikan kepada korporasi (*corporate group*) misalnya, kepada grup tersebut oleh hukum diberikan status badan hukum, sehingga mereka memiliki kewenangan dan kekuasaan. Akibat yang diharapkan adalah bahwa grup-grup tersebut menjadi kuat dan bermartabat, yang dapat mengimbangi kekuatan dan martabat dari negara yang juga sebagai badan hukum.

Selanjutnya, jika dilihat dari segi jenis objek yang oleh hukum mau diberikan status pemangku hak dan kewajiban, maka suatu badan hukum dapat dibedakan kepada kategori-kategori sebagai berikut:

1. Badan hukum sebagai kumpulan orang.
2. Badan hukum sebagai kumpulan harta.
3. Badan hukum sebagai institusi.
4. Badan hukum sebagai badan-badan politik.

Dengan badan hukum sebagai kumpulan orang, dalam hal ini yang dimaksudkan adalah bahwa status badan hukum diberikan kepada kumpulan manusia, atau kepada rentetan manusia secara turun-temurun. Dalam hukum Romawi, untuk badan hukum seperti ini disebut dengan "*corpus*" (dari istilah ini kemudian muncul istilah "*corporation*"), sedangkan kumpulan orang sebagai anggota dari *corpus* disebut dengan istilah "*members*." Perkumpulan-



perkumpulan bisnis dalam bentuk perseroan terbatas termasuk ke dalam golongan ini.

Dengan badan hukum sebagai kumpulan harta, yang dimaksudkan adalah bahwa ada sekumpulan harta benda termasuk *funds* (uang), yang dipisahkan dari pemilikinya di mana harta benda tersebut dimaksudkan untuk digunakan bagi kepentingan tertentu saja. Dari sini juga ada kepentingan untuk memperlakukan harta benda tersebut sebagai badan hukum. Misalnya harta dari gereja dalam hukum Kristiani, wagaf dalam hukum Islam, dan juga badan sedekah, infak, dan zakat dalam hukum Islam, atau *funds* tertentu untuk kepentingan sosial kemasyarakatan (*charitable funds*), harta pailit (dalam hukum tertentu), harta di bawah pengampuan, dana pensiun, atau harta dengan hubungan dengan hukum trust dalam sistem hukum Anglo Saxon. Belakangan, berbagai model harta seperti ini dipayungi oleh badan hukum dalam bentuk yayasan (*stichling, foundation*). Seperti yayasan Ford (*Ford Foundation*), atau yayasan Asia (*Asian Foundation*), atau di Indonesia terdapat yayasan Supersemar (Surat Perintah Sebelas Maret), yang dimaksudkan sebagai dana-dana abadi, yang penghasilan (bunga) nya diperuntukkan bagi pemberian beasiswa kepada yang membutuhkannya.

Selanjutnya, yang dimaksudkan dengan badan hukum sebagai institusi adalah bahwa suatu status badan hukum diberikan langsung kepada institusi tertentu, bukan terhadap kelompok manusia, meskipun institusi tersebut juga mungkin memiliki anggotanya. Misalnya, status badan hukum diberikan kepada institusi berupa universitas, rumah sakit, perpustakaan, museum, kebun binatang, pusat studi (*study center*), pusat amal, dan sebagainya. Konsep badan hukum sebagai institusi ini, dan juga badan hukum terhadap badan-badan politik, merupakan contoh dari apa yang dalam hukum Anglo Saxon disebut sebagai *corporation sole*, yang digunakan sebagai lawan dari badan hukum kelompok manusia (*corporation aggregate*).

Kemudian, dengan badan hukum sebagai badan-badan politik, yang dimaksudkan adalah bahwa status badan hukum tersebut diberikan kepada



badan-badan politik, jadi terlibat kepentingan publik di situ, tanpa melihat kepada para anggotanya, atau harta benda yang dimilikinya. Misalnya status badan hukum yang diberikan kepada pemerintah pusat, pemerintah provinsi, pemerintah kabupaten, pemerintah kota madya, lembaga-lembaga dan badan-badan pemerintah, dan partai-partai politik.

Sebagai konsekuensi dari semakin diterimanya teori pertanggungjawaban pidana korporasi dari sebuah badan hukum, maka kemungkinan pelanggaran hak asasi manusia terhadap badan hukum tersebut juga menjadi semakin terbuka lebar, khususnya tentang pelanggaran hak asasi manusia yang berkenaan dengan hukum acara pidana, maupun pelanggaran hak asasi manusia lainnya. Selain itu, jika pun dianggap tidak ada pelanggaran hak asasi manusia terhadap badan hukum, tetapi bukankah pelanggaran hak asasi manusia yang berobjekkan badan hukum tersebut akan secara tidak langsung merupakan pelanggaran hak asasi dari para anggota/pemilik dan *stakeholder* lainnya dari badan hukum tersebut. Hak-hak asasi manusia dari badan hukum yang mungkin dilanggar berkenaan dengan hukum acara pidana, misalnya:

1. Prinsip *presumption of innocence*.
2. Prinsip hukum yang tidak berlaku surut.
3. Prinsip *fair trial*.
4. Hak untuk dihukum dua kali atas perkara yang sama (*ne bis in idem*).
5. Hak untuk didampingi oleh pengacara.
6. Larangan terhadap perlakuan *self incrimination*.
7. Hak untuk diam dalam proses pengadilan.

Di lain pihak juga sama, yakni dunia semakin dicekam oleh pelanggaran hak asasi manusia yang apabila dikaji-kaji ternyata dilakukan oleh suatu badan hukum tertentu. Maka dalam hal ini, ada kecenderungan hukum yang universal untuk membebaskan tanggung jawab hukum kepada badan hukum pelanggar hak asasi manusia tersebut. Misalnya saja pelanggaran hak asasi manusia oleh badan hukum dalam hal-hal sebagai berikut:



1. Badan-badan hukum multinasional yang banyak melanggar hak-hak buruh maupun hak penduduk di negara mana dia ber. bisnis.
2. Kartel-kartel negara yang memerangi negara lain atau menangkap bahkan membunuh pemimpin atau orang kenamaan dari negara lain, seperti yang dilakukan oleh negara-negara NATO ketika menggulingkan Presiden Libia, Muammar Khaddafi (di sekitar tahun 2011), atau kartel dari negara USA bersama-sama dengan Inggris, Australia, dan berbagai negara lainnya ketika memburu Presiden Irak, Saddam Husein (di sekitar tahun 2009), atau memburu dan membunuh Osama Bin Laden yang dianggap sebagai teroris internasional (di sekitar tahun 2011).
3. Banyak badan hukum kemasyarakatan atau keagamaan yang melanggar prinsip kebebasan beragama atau melanggar prinsip kesamaan gender.
4. Banyak badan-badan hukum politik, seperti partai politik, yang demi kepentingan politik kelompoknya melanggar hak *privacy* tokoh-tokoh politik tertentu.
5. Banyak badan hukum penerbit media massa yang melanggar hak asasi berupa pencemaran nama baik terhadap orang lain melalui berita yang disajikan oleh media massa yang dimilikinya.
6. Banyak badan hukum publik, termasuk pemerintah pusat atau pemerintah daerah, atau lembaga-lembaga publik yang membungkam kebebasan berbicara dan berorganisasi dari orang/ badan hukum tertentu.
7. Banyak badan hukum bisnis milik pemerintah maupun milik swasta yang melanggar hak-hak masyarakat atas lingkungan hidup, seperti melakukan pembabatan hutan, *illegal logging*, perusakan lingkungan oleh perusahaan tambang, pencemaran air dan sungai oleh industri-industri yang memiliki limbah, pencemaran udara, pembisingan, dan sebagainya.

Karena itu, dewasa ini sudah banyak sistem hukum secara nasional maupun dalam berbagai ketentuan internasional, yang mengakui bahwa suatu badan hukum di samping harus bertanggung jawab (termasuk tanggung jawab



pidana) jika badan hukum tersebut melanggar hukum, tetapi bahkan suatu badan hukum juga mempunyai hak-hak tertentu, termasuk hak asasi. Jadi, jika misalnya pelarangan tertentu oleh pemerintah terhadap suatu badan hukum, misalnya larangan publikasi atau melanggar prinsip *presumption of innocent*, bukan tidak mungkin pemerintah telah melakukan pelanggaran hak asasi manusia dari badan hukum tersebut.

Sebenarnya, pengakuan tentang adanya hak dari badan hukum, termasuk hak asasi manusia (atau lebih tepatnya hak asasi badan hukum) ini, terdapat beberapa teori dalam ilmu hukum, yaitu sebagai berikut:

1. Teori konvensional badan hukum.
2. Teori pengangkatan tirai badan hukum (*piercing the corporate veil*).
3. Teori pelanggaran hak asasi (*human rights violation*).

Teori konvensional badan hukum merupakan teori yang sangat tradisional terhadap badan hukum. Dalam hal ini, meskipun diakui terhadap badan hukum sebagai pemangku hak dan kewajiban, tetapi kepada badan hukum hanya diberikan hak-hak yang sangat terbatas, khususnya hak-hak ekonomis saja. Hak-hak asasi, seperti hak untuk berbicara, tidak termasuk kepada hak-hak badan hukum tersebut.

Selanjutnya, teori pengangkatan tirai badan hukum dalam hal ini mengajarkan bahwa telah dibuangnya sekat pemisah antara suatu badan hukum dengan anggota dari badan hukum tersebut, sehingga jika terjadi pelanggaran hak asasi terhadap badan hukum, yang dilanggar bukan hanya hak asasi badan hukum, melainkan juga hak asasi manusia yang menjadi anggota (misalnya pemegang saham) dari badan hukum tersebut. Jadi, kedua pihak tersebut sama-sama dirugikan, sehingga karenanya keduanya berhak untuk mendapatkan ganti rugi dan/atau para pelanggarnya patut dihukum. Hanya saja, ada sistem hukum yang menganggap bahwa teori pengangkatan tirai badan hukum sebagai teori dalam kasus-kasus utama (teori *mainstream*), tetapi ada juga sistem hukum yang memperlakukan teori ini sebagai teori yang bersifat



kekecualian saja, yang berarti hanya diterapkan untuk kasus-kasus yang sangat khusus.

Adapun dengan teori pelanggaran hak asasi, dalam hal ini yang dimaksudkan adalah bahwa jika ada pelanggaran hak asasi dari suatu badan hukum, maka yang dilanggar haknya adalah badan hukum itu sendiri, bukan anggota dari badan hukum tersebut.

Di samping berbagai teori atau berbagai pendekatan terhadap teori badan hukum, maka yang menjadi teori utama sebenarnya hanyalah dua teori, yaitu:

1. Teori fiksi.
2. Teori organ.

Seperti telah disebutkan, bahwa teori fiksi (*fiction theory*) ini dipelopori oleh Von Savigny (ahli hukum Jerman) dan di negara-negara Anglo Saxon dipelopori oleh Salmond. Menurut teori ini, agar dapat diberikan statusnya sebagai pemangku hak dan kewajiban, maka terhadap kumpulan orang atau harta atau organisasi tertentu, harus dianggap (fiksi) sebagai seolah-olah seperti manusia, padahal dalam kenyataannya hal tersebut hanyalah anggapan dari hukum.

Adapun teori organ (*organic theory*), atau yang sering juga dianggap sama dengan teori realis (*realist theory*) dipelopori oleh Otto von Gierke (ahli hukum Jerman), yang di negara-negara Anglo Saxon dianut oleh Maintland, meskipun sering kali juga teori realisme digunakan dalam pengertian yang berbeda dengan teori organ. Teori realisme memperlakukan suatu badan hukum seperti apa yang dibutuhkan dalam praktik, tanpa terlalu fanatik dengan teori dan ideologi yang diusungnya. Tetapi teori organ berpandangan bahwa keberadaan suatu badan hukum adalah karena dia memang benar-benar ada dalam masyarakat, bukan hanya karena dianggap (fiksi) ada oleh hukum sebagaimana anggapan dari teori fiksi. Dalam hal ini, teori organ menyatakan bahwa suatu badan hukum memiliki pemikiran yang benar-benar riil, kehendak yang benar-benar riil, dan kewenangan yang juga benar-benar riil.



Bahkan kelompok manusia sebenarnya benar-benar memiliki suatu kesadaran kolektif (*collective consciousness*) sehingga memiliki suatu kesadaran diri sebagai kelompok (*self consciousness*) yang benar-benar terpisah dari kesadaran individu (*individual consciousness*).

Jadi, teori fiksi dipelopori oleh seorang sarjana hukum Jerman yaitu Friedrich Karl Von Savigny. Von Savigny adalah ahli hukum sangat kesohor pencetus aliran sejarah hukum, yang sangat memberikan peran kepada sejarah dalam menganalisis hukum. Bersaudara 13 orang, Von Savigny lahir di Frankfurt (Jerman) pada tahun 1779 dan meninggal di Berlin pada tahun 1861 pada usia 82 tahun. Menjelang umurnya yang ke-13 tahun, seluruh saudaranya, ayah dan ibunya semua telah meninggal dunia. Von Savigny yang memperoleh gelar doktor dalam bidang ilmu hukum pada tahun 1800 dari Universitas Marburg, bekerja sebagai dosen dan kemudian bekerja pada pemerintahan bidang hukum. Semasa hidupnya, Von Savigny pernah menderita penyakit *serious nervous*, yang memaksa dia harus sering bepergian untuk pengobatannya, sambil bepergian (antara lain ke Italia), dia mendalami hukum Romawi, dan telah melakukan banyak penelitian dan menulis banyak buku dan artikel tentang sejarah hukum dan hukum Romawi. Salah satu momen yang sangat spektakuler bagi Von Savigny adalah ketika dia mengambil posisi yang berlawanan dengan ahli hukum terkenal dari Heidelberg, yaitu A.F.J. Thibaut tentang pembuatan kodifikasi di Jerman. Thibaut berpandangan bahwa segera harus dibuat kodifikasi tentang hukum perdata dan hukum pidana yang benar-benar baru yang bersumber dari hukum Romawi, sedangkan Von Savigny beranggapan bahwa kodifikasi meskipun juga tetap berdasarkan hukum Romawi tetapi harus memasukkan juga sejarah dan kebiasaan, baik yang ada dalam sejarah hukum Romawi maupun yang selama ini berlaku di Jerman. Menurut Von Savigny, hukum adalah apa yang ada dalam sejarah dan kebiasaan dalam masyarakat, bukan yang hanya direnung-renungkan oleh para sarjana secara arogan yang katanya berasal dari hukum alam.



Kemudian, meskipun di antara berbagai teori, khususnya antara teori fiksi dengan teori organ, belum saling ketemu, sehingga para ahli saling berbeda pendapat dan menghasilkan dua kubu seperti itu, tetapi perbedaan paham tersebut tidak banyak pengaruhnya dalam praktik. Perdebatan apakah badan hukum tersebut merupakan fiksi atau nyata ada, lebih merupakan permainan logika saja, yang hanya dapat diperdebatkan pada tataran teori dan filsafat saja. Sementara dalam praktik tetap saja ada kebutuhan akan suatu pengakuan hukum atas suatu kumpulan manusia atau kumpulan kepentingan untuk diperlakukan sebagai badan hukum dengan hak kewajiban, kewenangan, dan tanggung jawab yang sejauh mungkin sama dengan yang dimiliki oleh manusia individual.

Jadi, kalau teori fiksi tentang badan hukum dipelopori oleh Yon Savigny, maka teori organ dipelopori oleh Otto von Gierke, yang merupakan seorang ahli hukum Jerman terkenal, yang lahir di Göttingen dari keluarga bangsawan Prussia pada tahun 1814 dan meninggal pada tahun 1872 dalam usia 58 tahun. Dia belajar hukum pada Universitas Berlin dan kemudian mengajar juga pada Universitas Berlin sampai wafatnya. Pada saat Otto von Gierke memulai kariernya, dunia hukum di Jerman sudah sangat terpengaruh oleh ajaran-ajaran dari Von Savigny, meskipun kemudian kedua mereka saling berseberangan paham tentang teori badan hukum. Dan, jika Von Savigny merupakan ahli hukum kelompok Romanist, maka Otto von Gierke merupakan ahli hukum kelompok Germanist, meskipun kedua kelompok tersebut sangat mementingkan pendekatan sejarah kepada hukum. Otto von Gierke menulis banyak sekali buku tentang hukum, sehingga pandangan-pandangannya sangat berpengaruh terhadap ahli hukum ternama lainnya, seperti Hugo Krabbe, Leon Duguit, dan lain-lain.

B. TEORI PIDANA KORPORASI

Teori pidana terhadap badan hukum kemudian memunculkan konsep kejahatan korporasi (*corporate crime*). Yang dimaksud dengan *corporate crime* (kejahatan korporasi) adalah suatu tindakan yang berupa berbuat atau tidak



berbuat oleh perkumpulan atau badan hukum melalui organ-organnya, yang membawa keuntungan atau diharapkan membawa keuntungan bagi badan hukum atau perkumpulan tersebut, tetapi dilakukan dengan melanggar aturan hukum yang termasuk ke dalam golongan ketertiban umum sehingga dapat digolongkan ke dalam perbuatan pidana, yang membawa akibat kerugian terhadap orang lain atau terhadap masyarakat secara meluas, dan karenanya, hukuman pidana dijatuhkan kepada perkumpulan atau badan hukum tersebut, melalui suatu proseg acara pidana yang layak. Contoh-contoh dari kejahatan korporat tersebut adalah kejahatan lingkungan, *money laundering*, penggelapan pajak, kejahatan *ban kruptcy*, *illegal logging*, kejahatan perbankan, kejahatan pasar modal (termasuk *insider trading*), pemalsuan barang/dokumen, kejahatan internet, kejahatan computer, rekayasa finansial, kejahatan profesi, kejahatan di bidang hak kekayaan intelektual, dan kejahatan konsumen.

Dari pengertian kejahatan korporasi tersebut terlihat bahwa perbuatan pidana tersebut dilakukan oleh suatu badan hukum atau perkumpulan, bukan hanya oleh manusia individu seperti dalam kejahatan-kejahatan konvensional. Karena itu, sudah sepatutnya juga jika hukuman pidana juga dijatuhkan kepada badan hukum atau perkumpulan tersebut, bukan hanya dijatuhkan terhadap manusia individu. Hukuman-hukuman yang dapat dijatuhkan kepada badan hukum atau perkumpulan tersebut misalnya hukuman denda, pencabutan izin, pembubaran, ganti rugi, keharusan berbuat sesuatu, pernyataan permintaan maaf kepada rakyat atau kepada pihak lain yang telah dirugikan, atau pencabutan hak-hak tertentu lainnya.

Suatu kejahatan korporasi memiliki karakteristik tertentu. Di antara karakteristik dari kejahatan korporasi tersebut antara lain:

1. Perbuatan pidana korporasi tersebut membawa keuntungan (ekonomis atau bukan) atau dilakukan dengan motif ekonomis untuk perusahaan tersebut.



2. Kejahatan korporasi tersebut membawa akibat negatif kepada Orang lain atau membawa akibat negatif yang meluas kepada masyarakat. Misalnya, kejahatan di bidang lingkungan hidup yang menyebabkan kerugian bagi masyarakat secara meluas.
3. Kejahatan korporasi biasanya dilakukan dengan modus-modus yang canggih dan tidak konvensional. Misalnya dilakukan melalui rekayasa finansial yang sulit terdeteksi.

Di samping itu, karakteristik dari tindak pidana dapat juga dilihat dari tindak pidana yang dilakukan oleh korporasi, yakni dengan melihat kepada tujuan pemidanaan tersebut. Dalam hal ini, tujuan pemidanaan kepada badan hukum adalah untuk mencari keadilan bagi pelaku dan korban, dan untuk suatu ketertiban umum, tetapi yang lebih menonjol dalam tindak pidana korporasi adalah tujuannya untuk menimbulkan “efek jera” (*deterrent effect*). Jadi, apabila yang dihukum pidana hanya para pengurusnya, hal ini tidak membuat jera bagi perusahaan tersebut, karena perusahaan tersebut segera dapat mengganti pengurus lama dengan pengurus baru.

Selanjutnya, tentang tindak pidana yang dilakukan oleh sebuah perusahaan/korporasi, sehingga kepadanya dibebankan tanggung jawab pidana, merupakan perkembangan baru. Dan yang sudah lama adalah teori-teori yang membebankan tanggung jawab perdata kepada badan-badan hukum tersebut atau kepada para anggotanya. Karena itu sampai saat ini, terhadap pemidanaan badan hukum tersebut terdapat pro dan kontra di antara pihak ahli. Pendapat yang pro terhadap tindak pidana korporasi menyetengahkan alasannya sebagai berikut:⁴²

1. Hanya memidana para pengurus perusahaan saja tidak cukup kuat untuk menekan tindak pidana korporasi ini.
2. Karena ternyata korporasi semakin memainkan peranan penting.

⁴² Muladi dan Dwidja Priyatno. *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*. Jakarta, Kencana, 2010. hal. 47



3. Untuk melindungi masyarakat yang lebih baik dengan menghukum perusahaan-perusahaan.
4. Pidana terhadap korporasi merupakan upaya untuk tidak me, midana pihak lemah seperti pengurus atau karyawan perusahaan.

Adapun pihak yang kontra terhadap pemidanaan terhadap korporasi, mengemukakan alasan-alasannya, yang sebenarnya sanga bersifat legal teknis, antara lain (Priyatno, 2010, p. 46):

1. Masalah kesalahan atau kesengajaan dalam suatu tindak pidana hanya ada pada manusia alamiah.
2. Tingkah laku materiel sebagaimana disyaratkan olch beberapa kejahatan hanya dapat dilakukan oleh manusia alamiah. Misal. nya mencuri, membunuh, dan menganiaya.
3. Pidana yang merupakan perampasan terhadap kebebasan orang tidak dapat dikenakan pidana.
4. Pemidanaan terhadap korporasi sama saja dengan memidana terhadap pihak yang tidak bersalah, karena tidak ada unsur *criminal intent* pada badan hukum. Dan yang ada hanyalah pada manusia.
5. Dalam praktik ternyata tidak mudah menentukan norma-norma kapan yang bertanggung pidana adalah perusahaan saja, atau pengurus saja, ataupun keduanya.

Akan tetapi, meskipun masih terdapat pro dan kontra terhadap pemidanaan terhadap badan hukum, tren yang jelas secara universal adalah bahwa semakin lama semakin banyak negara-negara di dunia ini yang menganut, mengatur, dan menyetujui diberlakukannya tindak pidana oleh badan hukum/korporasi ini. Selanjutnya, di berbagai negara (termasuk di Indonesia), umumnya terjadi proses penentuan tindak pidana korporasi yang merangkak (*creeping corporate crime*) dan berputar dalam lingkaran (*viridus circle*), dengan jalan sebagai berikut:

1. Mula-mula yang bertanggung jawab terhadap suatu tindak pidana adalah pribadi-pribadi anggotanya/pemilikinya/pemegang sahamnya.



2. Selanjutnya hanya pribadi pengurus (misalnya direktur pribadi) yang dapat dianggap pelaku tindak pidana, sedangkan perusahaan dianggap tidak mungkin melakukan tindak pidana.
3. Perkembangan selanjutnya adalah telah diakui tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang dalam kedudukannya selaku direktur perusahaan, jadi bukan hanya sebagai pribadi dalam kedudukannya selaku pribadi. Misalnya, dalam hal terjadi pelanggaran prinsip fiduciary duty oleh direksi perusahaan tersebut. Tanggung jawab pidana oleh badan hukum, tetapi yang dihukum adalah pengurus perseroan telah dimulai sejak setelah Perang Dunia I.
4. Kemudian berkembang teori-teori hukum yang mengajarkan bahwa perusahaan-perusahaan juga dapat melakukan tindak pidana korporasi tetapi masih bersama-sama dengan direksinya, misalnya dalam hal-hal terjadi tindakan direksi yang termasuk ke dalam kategori *ultra vires doctrine* atau *inhouse management rule*.
5. Berkembang teori yang mengajarkan bahwa perusahaan (korporasi) sendiri dapat melakukan tindak pidana secara penuh dengan atau tanpa tindak pidana yang dilakukan oleh para pengurusnya. Tindak pidana langsung dilakukan oleh badan hukum dan yang bertanggung jawab juga badan hukum, hal ini terjadi umumnya sejak setelah Perang Dunia II.
6. Perkembangan selanjutnya adalah bahwa perusahaan sendiri bersama-sama dengan para anggota/pemegang sahamnya dapat melakukan tindak pidana secara bersama-sama. Misalnya melalui penerapan teori *piercing the corporate veil*.
7. Tetapi perkembangan kemudian adalah membebaskan kembali tindak pidana kepada para anggota/pemegang saham dari perusahaan tersebut, meskipun tindak pidana tersebut dilakukan oleh badan hukum. Misalnya lewat teori *piercing the corporate veil*. Jadi, seperti dalam lingkaran, yakni kembali lagi ke asal mula perkembangan tindak pidana korporasi tersebut.



Kemudian, sebagaimana diketahui bahwa teori-teori tentang pembedaan terhadap badan hukum belum begitu lama berkembang. Di negara Amerika Serikat baru berkembang sejak tahun 1909, yaitu dalam kasus *New York Central and Hudson River R.R. versus United States*. Di Belanda baru berkembang sejak tahun 1950 setelah disebut dalam *Wet Op de Economische Delicten*, tetapi dalam hukum pidana Belanda pada umumnya baru resmi berlaku sejak tanggal 1 September 1976, dan di Indonesia sendiri baru diperkenalkan sejak tahun 1951 dalam UU Penimbunan Barang, dan tahun 1955 dalam UU tentang Tindak Pidana Ekonomi. Dan kemudian, terbit beberapa undang-undang lainnya di Indonesia yang memungkinkan tindak pidana dilakukan oleh perusahaan/korporasi, misalnya:

1. Undang-Undang tentang Lingkungan Hidup.
2. Undang-Undang tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
3. Undang-Undang tentang Tindak Pidana Pencucian Uang.
4. Undang-Undang tentang Psicotropika.

Kemudian, sebagaimana sudah dijelaskan bahwa banyak persoalan yuridis akan diketemukan manakala tindak pidana diterapkan ada korporasi/badan hukum. Dalam hal ini, persoalan yuridis akan dihadapi ketika menetapkan sebuah perusahaan sebagai pelaku tindak pidana, antara lain:

1. Karena bukan manusia alami, maka badan hukum tidak memifiki "maksud hati/kehendak hati" (*mens rea, criminal intent*).
2. Karena bukan manusia alami, maka sulit terdapat kesalahan pidana pada badan hukum. Dalam hal ini yang bersalah adalah manusia-manusianya. Padahal, hukum pidana mensyaratkan tiada pidana tanpa kesalahan (*vide* Pasal 1 KUH Pidana), atau yang disebut dengan asas *nullum delictum nulla puna*.
3. Banyak model hukuman tidak tepat dijatuhkan kepada perusahaan sebagai korporasi, semisal hukuman mati, hukuman gantung, dan hukuman penjara.



4. Jika dalam proses hukum acara pidana para penegak hukum sering melakukan penahanan (misalnya agar tidak menghilangkan alat bukti), tetapi jika pidana terhadap badan hukum, tidak dapat dilakukan penahanan tersebut.
5. Siapa yang harus hadir ke pengadilan ketika badan hukum diproses pidana. Jika pengurus dari badan hukum yang harus hadir, besar kemungkinan justru akan semakin memberatkan pihak perusahaan, karena pihak pengurus harus membela diri pribadinya, yang kemungkinan melimpahkan semua kesalahan kepada badan hukum.

Namun demikian, terdapat cukup kuat kepentingan hukum agar yang dapat dipidana atau yang dapat melakukan tindak pidana bukan hanya manusia alami, melainkan juga badan hukum. Bahkan kecenderungan secara universal saat ini yang didukung kuat oleh teori-teori dalam kriminologi yang menganggap badan hukum juga dapat menjadi pelaku suatu tindak pidana.

Kenapa suatu badan hukum dianggap dapat melakukan suatu tindak pidana sehingga ke atas pundaknya dapat dipikulkan suatu tanggung jawab pidana, yang dalam hal ini disebut dengan tindak pidana korporasi. Jawabannya adalah bahwa:

1. Untuk menumbuhkan efek jera (*deterrent*) bagi perusahaan atau pemilik perusahaan, sehingga dapat mencegah terulangnya tindakan serupa di kemudian hari, baik oleh perusahaan yang sama maupun oleh perusahaan lain.
2. Jika hanya direksi yang dipidana, perusahaan atau pemiliknya yang memegang sahamnya dapat terus berbisnis tanpa efek apa pun karena ketika direksi dipidana perusahaan tinggal mengganti direksi.
3. Hukuman denda atau ganti rugi yang besar sering kali hanya dapat dipikul oleh perusahaan, sedangkan direksi sebagai orang yang digaji umumnya tidak cukup memiliki dana sebesar itu.
4. Tanpa pemidanaan terhadap perusahaan, akan sangat tidak adil dan memberatkan bagi direksi perusahaan.



5. Pidana terhadap perusahaan dapat dipandang sebagai suatu bentuk risiko bisnis yang memang harus ditanggung oleh perusahaan, sebagaimana juga jika ada keuntungan bisnis yang menjadi keuntungan perusahaan tersebut.
6. Pidana terhadap perusahaan dapat mendorong pemilik perusahaan, misalnya lewat rapat umum pemegang saham, untuk mencegah sedari dini tindakan pidana yang merugikan masyarakat atau ketertiban umum tersebut.
7. Untuk menghindari terjadinya *unjust enrichment* (memperkaya diri tanpa hak) jika perusahaan dapat menikmati hasil dari suatu tindak pidana.

Prof. Muladi sebagaimana mengutip pendapat dari Clinard dan Yeager, menyebutkan bahwa penggunaan sanksi pidana kepada korporasi baru dapat dilakukan setelah mempertimbangkan factor-faktor sebagai berikut:⁴³

1. Besarnya kerugian kepada publik.
2. Jauhnya keterlibatan dari para eksekutif dari perusahaan tersebut.
3. Lamanya durasi dilakukan pelanggaran hukum.
4. Frekuensi dilakukannya pelanggaran tersebut.
5. Adanya maksud dari pelaku untuk melanggar hukum.
6. Adanya tindakan sogok menyogok.
7. Tingkat pelaporan media massa.
8. Keputusan hakim sebelumnya terhadap kasus serupa.
9. Sejarah kelam tentang masa lalu dari perusahaan tersebut.
10. Kemungkinan adanya efek jera.
11. Tingkat keterlibatan perusahaan tersebut.

Kemudian, di samping berbagai kriteria lainnya adalah teori “kesan masyarakat,” yang mengajarkan bahwa salah satu kriteria untuk menentukan apakah terhadap suatu badan hukum dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana atas perbuatan yang dilakukan oleh pengurusnya atau kuasanya,

⁴³ *Ibid*



sejauh mana kuatnya kesan kepada masyarakat bahwa yang melakukan perbuatan tersebut adalah perusahaannya, bukan hanya direktur atau kuasanya. Di negeri Belanda, kriteria seperti ini pernah diberlakukan dalam putusan Hoge Raad dalam *Arrest KleuterschooBabbel*.

Jadi, salah satu pertimbangan utama kenapa tidak memuaskan dan tidak efektif jika hanya manusia individu yang dihukum pidana, seperti yang berlaku dan dianut dalam teori/sistem pidana konvensional, karena kejahatan yang dilakukan oleh organ darj perkumpulan/badan hukum boleh jadi yang diuntungkan, secara finansial atau bukan, tidak hanya pelaku atau organ badan hukum atau perkumpulan tersebut, melainkan pihak badan hukum atau perkumpulan itu sering kali juga mendapat keuntungan yang sebenarnya didapat secara melanggar hukum tersebut.

Selanjutnya, perbedaan teori badan hukum berupa teori fiksi dengan teori organ juga berpengaruh terhadap masalah pertanggung jawaban pidana dari sebuah badan hukum. Berbeda dengan teori fiksi, maka ajaran dari teori organ menganggap badan hukum sebagai benar-benar ada secara riil, sama seperti manusia individual, Sehingga tanggung jawabnya pun termasuk tanggung jawab pidana, mestinya juga sama dengan tanggung jawab pidana dari manusia individual. Akan tetapi, terlepas dari teori apa pun yang dianut, dalam kenyataannya, terdapat kecenderungan yang kuat secara universal untuk membebaskan tanggung jawab pidana terhadap badan hukum yang kurang lebih sama dengan tanggung jawab pidana bagi manusia individual. Namun demikian, pembebanan tanggung jawab pidana kepada badan hukum akan menghadapi beberapa hambatan atau kekecualian sabagai berikut:

1. Hukuman pidana penjara atau hukuman mati tidak mungkin diterapkan terhadap badan hukum, meskipun perintah likuidasi terhadap suatu badan hukum mirip-mirip suatu hukuman mati.
2. Tindakan badan hukum hanya dapat dilakukan melalui agen-agensya (misalnya direksinya), sehingga jika diterapkan teori "sejawat pekerja" (*fellow servant*), maka yang harus bertanggung jawab adalah



pelaksananya/agennya (yang mewakilinya): bukan perusahaan yang diwakilinya. Sebab, dalam hal ini, *mens rea* ada pada direksi atau siapa pun yang mewakili perusahaannya. Namun demikian, teori sejawat pekerja ini sering dipayahkan oleh berbagai teori lain yang membebaskan tanggung jawab kepada perusahaan sejauh tindakan yang dilakukannya tersebut tidak berada di luar ruang lingkup kewenangan yang diberikannya, yang dengan perkataan lain disebut bahwa tindakan tersebut tidak *ultra vires*. Sistem tanggung jawab kepada perusahaan (bukan kepada direksi pelaku perbuatan) tersebut sudah lama diterapkan di Jerman. Dan, di Inggris juga sudah dapat dibebankan tanggung jawab kepada badan hukum (bukan kepada pelaku perbuatan) seperti terlihat dalam kasus *DPP v. Kent & Sussex Contractors Ltd.* (1932) dan dalam *Moore v. Bresler Ltd.* (1944).⁴⁴

3. Tindakan badan hukum yang dilakukan melalui agen-agennya (misalnya direksinya), sehingga jika diterapkan teori “kontraktor bebas” (*independent contractor*), maka yang harus bertanggung jawab adalah juga pelaksananya/agennya (yang mewakilinya), bukan perusahaan yang diwakilinya.

Namun yang jelas dalam hukum pidana, tentang pertanggungjawaban secara pidana dari badan hukum sudah kurang relevan. Sinya untuk mempersoalkan apakah direksi pelakunya merupakan pelaku tunggal atau dia hanya bawahan (*servant*) dari perusahaannya, karena kuatnya arus untuk membebaskan (atau membebaskan juga) pertanggungjawaban pidana ke pundak perusahaan. Namun demikian, perbincangan di sekitar teori-teori yang mempersoalkan tentang anggapan hukum tentang direktur pelaksana perbuatan yang mewakili badan hukum tersebut, misalnya apakah dia pelaku tunggal atau sebagai bawahan (*servant*) dari perusahaannya, masih sangat relevan untuk memutuskan hal-hal sebagai berikut:

⁴⁴ Paton, George Whitecross. *A Text Book of Jurisprudence*. Oxford, At The Clarendon Press, 1955. hal. 337



1. Apakah direksi pelaku tindak pidana harus bertanggung jawab pidana sendiri saja.
2. Apakah badan hukum yang diwakilinya bertanggung jawab secara sendiri saja.
3. Apakah baik direksi maupun badan hukum yang diwakilinya bertanggung jawab pidana secara renteng.
4. Apakah direksi pelaku tindakan pidana harus bertanggung jawab secara perdata sendiri saja atas dasar perbuatan melawan hukum.
5. Apakah badan hukum yang diwakilinya harus bertanggung jawab secara perdata sendiri saja atas dasar perbuatan melawan hukum melalui teori “tanggung jawab pengganti” (*vicarious liability*).
6. Apakah baik direksi maupun badan hukum yang diwakilinya bertanggung jawab secara keperdataan secara renteng atas dasar perbuatan melawan hukum.

Dalam hal ini, jawaban terhadap persoalan-persoalan tersebut sangat tergantung pada teori apa yang dianut di samping juga sangat tergantung pada fakta-fakta di sekitar perbuatan direksi tersebut, yang harus ditelusuri secara kasus per kasus.

Selanjutnya, perlu pula diketahui teori-teori hukum yang bagaimana yang berlaku atau berpengaruh terhadap suatu tindak pidana yang dilakukan oleh badan hukum. Dalam hal ini, yang merupakan teori-teori yang berlaku terhadap proses pemidanaan suatu badan hukum antara lain:

1. *Ultra vires*.
2. Teori keagenan.
3. Teori surat kuasa.
4. *Alter ego*.
5. *Respondeat superior*.
6. *Piercing the corporate veil*.
7. *Deep pocket theory*.
8. *Strict liability*.



9. *Vicarious liability.*
10. Pembuktian terbalik.
11. *Fiduciary duty.*
12. *Inhouse management rule.*
13. *Insider trading.*

Selanjutnya, di samping kejahatan korporasi yang dilakukan dalam skala nasional, tetapi dapat juga dilakukan dalam skala internasional. Berikut ini contoh-contoh bagaimana perusahaan-perusahaan besar dunia yang melakukan kejahatan korporasi yang telah menimbulkan kerugian yang cukup besar kepada umat manusia ini, yaitu:

1. Sangat terkurasnya sumber daya yang berasal dari sumber-sumber alam, seperti menebang habis hutan-hutan, menguras habis hasil tambang, kerusakan lingkungan seperti tercemarnya air, tanah, terbuangnya sampah dan limbah beracun. Misalnya, kasus muntahnya lumpur dari dalam tanah yang dilakukan oleh PT Lapindo di Jawa Timur, tumpahnya minyak di teluk Meksiko dan di beberapa tempat lainnya, kerusakan tanah-tanah akibat tambang emas PT Freeport di Papua, dan bocornya gas di Bhopal (India) atau bocornya gas Chernobil (Ukraina).
2. Sangat terkurasnya sumber daya manusia, seperti bekerja dengan kondisi kerja yang memprihatinkan, tidak ada keamanan kerja, upah yang terlalu kecil, penggunaan tenaga kerja anakanak atau perempuan di tempat atau pada waktu yang tidak pantas. Demikian juga dengan turunnya kesehatan masyarakat akibat mengonsumsi makanan terkontaminasi bahan berbahaya, seperti makanan yang mengandung zat pengawet, pewarna, pemanis, pembunuh serangga, penyedap rasa yang berbahaya, makanan dengan rekayasa genetika yang berbahaya, atau penggunaan obat-obatan yang mempunyai efek samping yang berbahaya bagi kesehatan manusia.
3. Sangat terkurasnya modal sosial dengan terpecah belahnya serikat buruh, kehilangan hutan sebagai sumber pendapatan masyarakat tradisional, gaji yang rendah sehingga kehidupan masyarakat menjadi morat-marit



dan menimbulkan penyakit sosial atau depresi sosial, meningkatnya angka kejahatan dalam masyarakat, dan sebagainya.

4. Sangat terkurasnya modal kelembagaan, seperti hilangnya kepercayaan kepada pemerintah atau lembaga-lembaga pemerintah di tingkat pusat atau daerah, hilangnya kepercayaan terhadap para penegak hukum, berkurangnya prestasi dari lembaga-lembaga pemerintah karena akibat adanya kejahatan korporasi tersebut.

Jika kita *flashback* ke belakang, maka sebenarnya, di zaman Pertengahan, upaya memidana terhadap badan hukum selalu ditantang secara keras oleh para penguasa saat itu. Mereka melandasi pendapatnya tersebut kepada kenyataan bahwa *collegiums, universitas, capitulum*, dan lain-lain model badan hukum, tidak dapat dipidana dan tidak dapat melakukan tindak pidana, karena badan hukum di samping tidak mempunyai jiwa (*soul*), juga tidak memiliki “badan” (*body*) dan tidak juga memiliki “kehendak” (*will*), yang dalam bahasa Latin disebut dengan istilah *Nomina sunt jurist et non personarum*.



BAB 7

TEORI PACTA SUNT SERVANDA

Jika sapi yang dipegang adalah talinya,
tetapi jika manusia yang dipegang adalah mulutnya (kata-katanya).
(Pepatah Adat Indonesia)

A. PACTA SUNT SERVANDA: LANDASAN GERAK HUKUM KONTRAK

Di mana pun manusia berada, hati nurani manusia mendambakan perwujudan nilai imperatis etis dalam hidup. Hal ini tetap berlangsung dari generasi ke generasi mengikuti irama perjalanan masa. Pangkal tolak adalah berupa fakta bahwa dalam pergaulan tingkah laku sesamanya, manusia perlu melengkapi diri dengan seperangkat kaidah hidup. Tata yang harmonis yang tentunya dalam berbagai variasi sesuai dengan kebutuhan, teori dan filosofi pandangan hidup mereka adalah apa yang selalu merupakan titik haluan yang mereka tuju. Tidak dapat kita bayangkan bagaimana wujud tata harmonis itu tanpa ada nilai imperatis etis di dalamnya. Pengakuan akan keterikatan pada sebuah kontrak atau apa yang dalam dunia hukum lebih dikenal dengan ungkapan "*Pacta Sunt Servanda*" adalah salah satu substansi terpenting dari nilai tersebut, jika kita telusuri makna kontrak dalam pandangan yang luas. Teori *pacta sunt servanda* (kontrak itu mengikat) ini sebenarnya berasal dari Sistem hukum Eropa Kontinental (sejak dari zaman Romawi), yang kemudian ditulis dalam kitab undang-undang hukum perdata di Perancis (*Code Napoleon*), dan juga ditulis hampir seluruh negara di dunia yang menganut sistem Eropa Kontinental. Dan, teori *pacta sunt servanda* ini juga sangat kuat berlaku dalam bidang hukum internasional, sehingga teori tersebut telah disebut di banyak traktat dan dokumen internasional, yang antara lain untuk menjadi



dasar bagi tunduknya berbagai negara terhadap traktat-traktat internasional yang telah ditandatanganinya. Sebab, negara-negara yang berdaulat tidak akan terikat kepada apa pun kecuali terhadap hal hal yang telah disetujui secara sukarela.

Arti harfiah *dari pacta sunt servanda* adalah bahwa “kontrak itu mengikat” secara hukum. Istilah lengkapnya untuk *pacta sunt servanda* adalah *pacta convent guae negue contra leges negue dalo malo inita sunt omnimodo observanda sunt*, yang berarti suatu kontrak yang tidak dibuat secara ilegal dan tidak berasal dari penipuan harus sepenuhnya diikuti. Kekuatan berlakunya teori *pacta sunt servanda* ini sangat kuat, dengan hanya memberikan beberapa kekecualian. Kekecualian ini yang kemudian menyebabkan munculnya teori relativitas terhadap *teori pacta sunt servanda* atau yang dikenal dengan sebutan *de relativite de la regle pacta sunt servanda*. Dalam sistem hukum Anglo Saxon, teori *pacta sunt servanda* ini dikenal dengan sebutan “kesakralan kontrak” (*sanctity of contract*).

Sebelum kita melangkah lebih jauh, patut kita mengetahui terlebih dahulu apa yang dimaksud dengan teori *pacta sunt servanda* itu. Sebenarnya, yang dimaksud dengan teori *pacta sunt servanda* (yang arti harfiahnya adalah “kontrak itu mengikat”) adalah suatu teori yang berasal dan berkembang dalam tradisi hukum Eropa Kontinental, yang mengajarkan bahwa terhadap suatu kontrak yang dibuat secara sah dan sesuai hukum yang berlaku, serta sesuai pula dengan kebiasaan dan kelayakan, sehingga diasumsi sebagai kontrak yang dibuat dengan iktikad baik, maka klausula-klausula dalam kontrak seperti itu mengikat para pihak yang membuatnya, di mana kekuatan mengikatnya setara dengan kekuatan mengikatnya sebuah undang-undang, dan karenanya pula pelaksanaan kontrak seperti itu tidak boleh baik merugikan pihak lawan dalam kontrak maupun merugikan pihak ketiga di luar para pihak dalam kontrak tersebut, Apabila kontrak seperti itu tidak dipenuhi ketentuannya oleh salah satu pihak tanpa alasan yang dapat dibenarkan oleh hukum, maka pihak tersebut telah melakukan wanprestasi sehingga harus



mengganti kerugian terhadap pihak lain sesuai hukum yang berlaku, hal mana dapat dipaksakan berlakunya melalui campur tangan pengadilan atau campur tangan pihak yang berkompeten lainnya.

Banyak kontrak dioperasikan setiap hari di seluruh pelosok dunia, betapa banyak pula masalah yang ditimbulkan daripadanya. Persoalan mengapa dan sejauh manakah kontrak itu harus mengikat, dari mana mulai ikatan atau paksaan dari kontrak itu, merupakan pertanyaan-pertanyaan yang selalu menarik perhatian para ahli dari abad ke abad sampai saat ini. Kenyataannya, yang dikatakan masalah tetap merupakan masalah, walau berbagai buku ilmiah telah diabadikan. Di samping itu, agama-agama besar seperti Islam, Kristen, Yahudi, Budha, dan Hindu tidak kurang pula gesitnya dalam memberikan petunjuk-petunjuk kepada para pengikutnya masing-masing agar selalu dengan ikhlas menepati janji-janji yang telah diucapkannya. Namun demikian, kesemuanya itu belum punya arti apa-apa, ketertiban tidak akan mungkin dijangkau tanpa kehadiran kaidah-kaidah hukum dalam suatu tata hukum positif. Jelas di sini bahwa munculnya hukum adalah bersama dengan fungsi dialog, yaitu dialog antara alunan indah dari berbagai norma dengan kebutuhan-kebutuhan konkret dari masyarakat, sehingga kedudukan hukum harus dipandang sebagai jalinan nilai-nilai atau sebagai suatu disiplin. Karena itu, tidaklah berlebihan jika dikatakan bahwa hukum kontrak tentang teori *pacta sunt servanda* merupakan salah satu bidang hukum yang sangat terpengaruh oleh prinsip-prinsip moral dan agama.

Di samping itu, sistem-sistem hukum kuno yang ada di dunia ini juga sangat banyak mengatur tentang kontrak ini, seperti sistem hukum Mesir Kuno, sistem hukum Babilonia, sistem hukum Yunani dan Romawi, sistem hukum Cina, dan sistem hukum India, Sistem-sistem hukum Kuno tersebut mempersepsikan campur tangan dewa dewi dalam pembuatan suatu kontrak, sehingga kontrak tersebut menjadi sakral, dan wanprestasi terhadap kontrak berarti melawan kehendak dewa, sesuatu yang sangat ditakuti oleh umat manusia. Karena itu, tidaklah mengherankan jika dalam sistem Romawi Kuno,



wanprestasi terhadap suatu kontrak merupakan pelanggaran hukum perdata bahkan juga bisa merupakan perbuatan pidana, tergantung kepada jenis kontrak atau orang yang membuat kontrak tersebut, di samping tergantung juga hakikat dan formalitas dari kontrak yang bersangkutan. Dalam bidang hukum internasional, teori *pacta sunt servanda* menekankan kepada kepatuhan negara-negara untuk menjalankan isi traktat internasional yang sudah ditandatanganinya, dengan ancaman diperkarakan di tingkat pengadilan internasional bagi yang tidak mematuhi, di samping tersedia pula sanksi-sanksi perdata dan denda.

Demikian juga seperti telah disebutkan bahwa agama-agama besar selalu secara berulang-ulang menekankan akan pentingnya mematuhi apa-apa yang sudah pernah dijanjikan. Janji itu harus ditepati. Jadi, agama merupakan faktor terpenting dalam penjaagaan manusia terhadap kesucian martabat dan harga dirinya. Ketinggian martabat manusia itu adalah tujuan dari setiap agama. Akibatnya tidak ada satu agama pun yang menganggap sepi terhadap ikatan sebuah kontrak. Semuanya menganjurkan agar kontrak itu ditepati karena janji itu suci. Agama Hindu memberikan doktrin kepada pemeluk-pemeluknya bahwa pemenuhan terhadap apa yang telah dijanjikan bukanlah kewajiban ringan, sebab wanprestasi terhadapnya dapat merupakan dosa dan akan mendapat ganjaran yang kuat di hari akhirat. Brihaspati mengingatkan, bahwa orang-orang yang tidak menepati janji untuk membayar utang akan dilahirkan di kemudian hari pada rumah sang kreditur sebagai budak, bujang, seorang perempuan, atau seekor hewan berkaki 4 (empat). Narada mengatakan bahwa seluruh ketaatan menjadi milik krediturnya, Singkatnya, tidak membayar utang dianggap menahan harta orang lain untuk kepentingan debitur, sehingga debitur disejajarkan dengan pencuri.

Agama lain seperti Kristen dan Islam, juga memberikan tempat terhormat kepada kedudukan sebuah kontrak. Menurut agama Islam, keingkaran kepada sebuah janji dianggap sebagai salah satu tanda kaum munafik. Adapun agama Kristen sangat menjunjung keterikatan dari suatu kata atau kontrak, bahkan



termasuk keharusan untuk menepati kontrak yang dibuat dengan musuh sekalipun. Sama saja ketika Nabi Muhammad membuat kontrak di dekat Kota Mekkah dengan kaum musuh pimpinan Abu Lahab dan Abu Jahal, yang dikenal dengan Perjanjian Hudaibiyah. Demikian juga ketika Nabi Muhammad membuat kontrak dengan kaum musuh yaitu kaum Yahudi di Madinah, yang kemudian terkenal dengan sebutan Traktat Madinah itu.

Agama Yahudi juga telah lama mengajarkan tentang pentingnya menjalankan kepada kontrak-kontrak yang telah dibuatnya, Meskipun kewajiban melaksanakan janji tidak tersebut dalam sepuluh perintah Tuhan (*Ten Commandments*), tetapi dalam berbagai kitab orang Yahudi, keutamaan untuk menepati janji disebutkan secara berulang-ulang.

Dalam hukum Romawi Klasik terdapat beberapa jenis sanksi yang mungkin dijatuhkan terhadap orang yang tidak melaksanakan kontrak, yaitu penahanan (*sandera*), paksaan bayar ganti rugi, membuat debitur menjadi budak, atau hukuman yang berbentuk uang Bagi yang beragama, adapula berbagai sanksi religius untuk itu.

Di zaman Pertengahan, keterikatan kepada kontrak menjadi Semakin kuat karena dipengaruhi oleh dua faktor sebagai berikut:

1. Pengaruh dari paham agama (Kirsten dan Islam) yang sangat kuat kala itu, yang memang sangat menjunjung tinggi kontrak sehingga setiap kontrak harus dipatuhi sebagai sebuah kesucian (*sanctity of contract*).
2. Pengaruh dari paham feodal dan pola hidup feodalis, yang mengharuskan setiap kontrak untuk dijunjung tinggi, utamanya kontrak dari orang-orang biasa kepada orang-orang bangsawan.

Selanjutnya di zaman Pencerahan (*Renaissance*), umumnya penulis yang berpengaruh kala itu tetap menempatkan posisi kepatuhan kepada suatu kontrak sebagai sebuah keutamaan. Diyakini sedalam-dalamnya bahwa kehidupan manusia haruslah berpegang pada prinsip-prinsip yang keutamaan mematuhi kepada kontrak, yaitu prinsip-prinsip sebagai berikut:



1. Agama.
2. Moralitas.
3. Hukum.

Hanya pendapat oposisional seperti yang dikemukakan oleh Machiavelli (1469-1527), yang berbicara sebaliknya, seperti dalam bukunya *LI Prince*, yakni yang membolehkan raja untuk melanggar kontrak sosial, dan bila perlu melanggar segala-galanya, termasuk melanggar kebiasaan, moral, hukum, bahkan agama, demi untuk mempertahankan kedudukannya. Termasuk dalam hal ini melanggar kontrak yang telah dibuat oleh negara. Pendapat Machiavelli seperti ini tidak bergema dan tenggelam dari pendapat-pendapat ahli lainnya yang berpendapat berseberangan dengan pendapat machiavelli. Hanya di abad ke-17 muncul lagi teori-teori berkenaan dengan kedaulatan negara, yaitu konsep-konsep yang menyatakan bahwa negara sebagai kekuasaan tertinggi dapat saja melanggar kontrak yang telah dibuatnya. Pendapat seperti ini antara lain dikemukakan oleh Thomas Hobbes, Spinoza, dan Jellineck.

Akan tetapi, yang banyak berkembang kala itu adalah konsep *sanctity of contract* (kesucian kontrak), yang berisikan ajaran tentang keutamaan mematuhi kontrak, kecuali dalam hal-hal tertentu yang sangat terbatas, berdasarkan teori *clausula rebus sic stantibus*, yang mengajarkan bahwa kontrak tidak dipatuhi (dapat diubah) ketika dalam perkembangannya terjadi kejadian-kejadian yang sangat berbeda dengan ketika dahulu kontrak dibuat. Selanjutnya, meskipun dalam sejarah hukum ajaran keagamaan dan perenungan-perenungan dari ahli pikir di dunia ini telah berkembang berbagai sanksi, termasuk sanksi pidana terhadap wanprestasi atas sebuah kontrak, tetapi setelah mengalami ujian dan cobaan zaman, akhirnya yang bertahan hanyalah hukuman berupa ganti rugi. Memang ganti rugi bukan sanksi yang sangat efektif, tetapi jenis sanksi inilah yang lebih ideal sehingga tidak lapuk dikikis zaman. Jenis-jenis lainnya walaupun lebih efektif, namun sifatnya sangat tidak manusiawi. Jadi dalam hal ini, faktor kemanusiaan



dipertandingkan dengan faktor keefektifan. Sejarah telah berdiri sebagai juri terbaik sehingga akhirnya sanksi ganti rugi berhasil lolos dan bertahan sampai saat ini.

Karena begitu pentingnya kedudukan ganti rugi ini, maka konsekuensinya hukum akan terbawa arus, akan lebih mengarahkan perhatian kepada konsep ganti rugi daripada kepada konsep kontrak itu sendiri. Itu pula salah satu sebabnya kenapa konsepsi hukum tentang kontrak sering kali kabur, tidak sampai ke titik maksimal.

Dalam hal ini, suatu ganti rugi sebenarnya merupakan arus balik yang harus diterima oleh mereka yang membuat kontrak, karena sesuai dengan asas *pacta sunt servanda*, orang yang membuat kon. trak berarti sudah siap untuk menunaikannya dan menanggung apa pun risiko yang mungkin timbul, termasuk membayar ganti rugi bila memang ada orang yang dirugikan dengan perbuatan itu. Manusia-manusia yang membuat kontrak harus selalu dalam keadaan sadar dan waspada, karena *vigilantibus jus scriptum est*, hukum ditulis hanya untuk orang-orang yang sadar.

Adalah sangat tidak adil, jika seseorang dilepaskan dari tanggung jawab yang terbit dari suatu kontrak tanpa alasan yang jelas untuk itu, padahal karena perbuatannya itu kehidupan dan kesenangan orang lain telah dirusak.

Hanya dalam hal tertentu saja ikatan dari sebuah kontrak akan lebih longgar dan memang seharusnya demikian. Hal tersebut terjadi pada kenyataan adanya orang-orang yang melakukan kontrak dengan tujuan lain selain dari untuk mengikat diri dalam arti yang sebenarnya. Atau, berdasarkan adanya suatu sifat ceroboh manusia untuk begitu mudah membuat kontrak, sehingga tidak menghayati akibat-akibat yang mungkin timbul dari keterikatan kepada sebuah kontrak. Karena adanya sifat manusia seperti itu, maka justru kelonggaran dari ikatan terhadap kontrak tersebutlah yang akan mendukung penghargaan yang tinggi kepada harkat martabat manusiawi. Untuk selebihnya, maka ikatan yang kukuh terhadap sebuah kontrak tetap



merupakan sesuatu yang terpuji. Karena itu, semakin banyak hukum mencampuri bidang kontrak, ketinggian harga diri manusia semakin terjamin. Di samping itu, sebagaimana diketahui bahwa sejarah tentang kontrak sama tuanya dengan sejarah tentang manusia itu sendiri, setiap kontrak yang telah diucapkan dan kemudian untuk dipenuhi, tidaklah dapat dipisahkan dengan peranan akal budi di dalamnya. Tidak ada ikatan kontrak tanpa adanya akal. Konsekuensinya antara lain berupa dimonopolinya kontrak oleh makhluk berakal, yaitu manusia, tidak oleh makhluk lain dan tidak pula oleh manusia yang terganggu pikiran seperti orang gila misalnya.

Di samping itu, kontrak akan lebih mengkristal ketika dihadapkannya dirinya kepada si arsitek dari kontrak itu, yaitu manusia. Akal pemikiran manusia banyak ragamnya. Keanekaragaman itu memberi warna yang bervariasi bahkan berbentrok kepada kontrak hasil ciptaannya. Bentrok tersebut sangat jelas terlihat, terutama dalam pengertian yang hierarkis. Si kuat dengan bersenjatakan kontrak akan memperdaya si lemah. Majikan akan menindas buruh dengan sebuah kontrak semu yang tidak seimbang melalui kontrak perburuhan. Haruskah buruh berpegang teguh pada kontrak-kontrak berat sebelah seperti itu?

Jika dilihat dari sudut pandang yang lain, terlalu sering dikumandangkan bahwa lidah manusia tidak bertulang, *talks is cheap*. Ungkapan ini mempunyai sasaran tentang begitu mudahnya manusia mengeluarkan kata, membentuk suatu kontrak. Obralan janji Seperti ini mengundang pihak lawan untuk tidak mudah percaya dan betapa banyak korban janji palsu yang gombal yang setiap harinya berjatuhan, sudah tidak terbilang lagi. Keadaan demikian terus saja berlangsung, sehingga dapat menyebabkan pudarnya Penghormatan kepada nilai-nilai luhur dari suatu kontrak. Dalam keadaan seperti itu, keringanan tanggung jawab debitur tidak dapat dielakkan.

Sering pula disebutkan bahwa penerapan teori *pacta sunt servanda* bukan hanya untuk mendapatkan ketertiban hukum, melainkan juga untuk menjamin adanya ketertiban sosial, serta ketertiban ekonomi, dan perdagangan. Dapat



dibayangkan betapa kacau keadaan sosial, ekonomi, dan hukum di dunia ini seandainya Orang-orang bebas untuk mematuhi atau tidak mematuhi kontrak. kontrak yang sudah dibuatnya. Bahkan, dalam hukum adat Indonesia pun ada penyebutan bahwa “Jika sapi yang dipegang adalah talinya, tetapi jika manusia yang dipegang adalah mulutnya (kata. katanya).”

Akan tetapi berdasarkan teori *pacta sunt servanda*, betapa megah dan mulianya ungkapan bahwa kontrak itu mengikat, di mana mengikatnya kontrak tersebut setaraf dengan keterikatan kepada undang-undang (seperti yang ditegaskan oleh Pasal 1338 KUH Perdata Indonesia). Keterikatan manusia kepada kontraknya di sini kuat sekali dan tidak hanya manusia, menurut kepercayaan orang yang beragama, Tuhan pun menciptakan janji-janji kepada hambanya. Dalam pandangan yang demikian, posisi kreditur jelas menguntungkan.

Di antara perjalanan dua teori kontrak yang sejajar namun berlawanan arah itu, maka jika ada seseorang yang sudah dinyatakan pailit, tetapi dengan mengorbankan segala apa yang ada masih mau berusaha untuk membayar utang seluruhnya, maka sesuai dengan pengertian dua konsepsi tadi bisa saja ini berarti bahwa dia adalah orang bermoral tinggi, jujur, dan teladan bagi yang lainnya, na: mun bukan tidak mungkin pula predikat yang diberikan kepadanya adalah bahwa dia merupakan manusia bodoh, ceroboh, dan tidak bijaksana.

B. TEORI FIKSI DAN TEORI REALITAS DALAM PACTA SUNT SERVANDA

Dalam ilmu hukum kontrak, dikenal dua kelompok besar dari teori kontrak, yaitu: (1) kontrak fiksi, dan (2) kontrak riil (sesungguhnya), baik yang konkret maupun yang abstrak.

Namun demikian, dalam dunia pengetahuan hukum, tidak semua ahli mau mengakui keberadaan dari janji fiksi, tidak demikian halnya tentang janji-janji riil. Sesuai dengan sifatnya yang fiksi hanya diandaikan, maka kesimpangsiuran pandangan kepadanya memang mudah terjadi. Pihak yang mengakui teori fiksi itu sebenarnya hanya ingin mencari satu dasar teoretis



untuk menjadi fundamen sekaligus legalisasi terhadap berlakunya suatu tindakan yang terbilang baik. Tentu saja kontrak bukan satu-satunya fundamen yang dapat diketemukan. Sementara itu, dari sudut yang lain, penganut teori kontrak fiksi menganggap bahwa kontrak yang ditemukan itu benar-benar sebagai fundamen, dari mana tindak kebijakan itu bergerak. Jadi, di sini dipandang sebagai basis, sedangkan akal dalam menemukan basis itu hanya berfungsi sebagai penguak tabir. Namun, berlawanan dengan itu kita dapat menyatakan bahwa kontrak fiksi hanya sesuatu yang diciptakan belakangan, jadi bukan sebagai basis melainkan sebagai hasil ciptaan akal manusia. Akal manusia di sini berfungsi bukan sebagai penguak tabir melainkan Sebagai pencipta.

Tentang berbagai teori lanjutan dalam hubungannya dengan teori tentang *pacta sunt servanda*, terdapat berbagai pandangan dari para ahli. Hans Kelsen misalnya, sebagai penganut mazhab neoKantiansisme dan pencipta doktrin hukum murni, telah mengajukan teori *pacta sunt servanda* sebagai dasar bagi suatu tatanan hukum internasional.⁴⁵ Dalam jangkauan jauh, maka hal tersebut tidak lain dari upaya untuk mencoba mengakui teori kontrak fiksi itu, walaupun dalam jangkauan dekat masalah masih berkisar pada kontrak-kontrak riil.

Kemudian, pada abad ke-19 para ahli hukum Amerika sepen, dapat bahwa semua keharusan dan hukum bersumber tidak lain dari kontrak-kontrak, dan para arsitek demokrasi Amerika Serikat mengakui kontrak sosial dari rakyat untuk mengakui kekuasaan yang adil.

Selain dari itu, Thomas Hobbes mengetengahkan teori kontrak aslinya juga sebagai versi dari apa yang kita sebutkan sebagai janji fiksi. Menurut Hobbes, dengan kontrak asli masyarakat melepaskan haknya untuk suatu kehidupan

⁴⁵ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto. *Disiplin Hukum*. Bandung, Alumni, 1981. hal. 73



bersama dan dari sinilah asal mula dari kekuasaan suatu negara. Dengan demikian, negara absolut adalah tipenya Negara Thomas Hobbes.⁴⁶

Pendapat yang senada dengan itu dengan perbedaan di sana sini diberikan juga oleh Hugo de Groot, John Locke, Jean Jacques Rousseau bahkan juga Immanuel Kant.

Sebagaimana diketahui bahwa teori kontrak asli dari Thomas Hobbes atau secara umum disebutkan sebagai teori kontrak sosial, bukanlah satu-satu teori untuk dapat menjawab di manakah hak asal segala hak dan kekuasaan negara, dengan kata lain bahwa tidak semua orang sepakat untuk menganggap ada suatu kontrak fiksi di antara masyarakat hingga terbentuknya suatu negara. Dalam sejarah hukum telah tercatat adanya teori-teori lain yang kukuh terhadap persoalan yang sama dengan penganut-penganut yang terbilang banyak dan terkenal pula. Misalnya teori kedaulatan negara dengan penganut-penganut yang terbilang banyak dan terkenal pula. Misalnya teori kedaulatan negara dengan penganut antara lain Hans Kelsen, teori kedaulatan hukum dengan penganut antara lain M. Krabbe, dan teori teokrasi (kedaulatan Tuhan) antara lain Thomas Aquinas, dan lain-lain para agamawan.

Akan tetapi, berbeda dengan teori kontrak fiksi, maka terhadap teori kontrak yang sesungguhnya para ahli tidak lagi bertikai paham mengenai persoalan keberadaannya. Perbedaan paham yang terjadi pada beberapa aspek lainnya. Kita akan menemukan kontrak-kontrak seperti ini dari yang paling sederhana, yaitu kontrak di antara individu setiap harinya sampai kepada kontrak antarkelompok atau badan hukum bahkan juga kontrak antarnegara. Ada kontrak yang prestasinya hanya dilakukan oleh satu pihak tanpa kontrak prestasi, ada pula yang prestasinya harus dipenuhi oleh ke dua belah pihak. Di samping itu, ada kontrak sesungguhnya yang berwujud konkret, baik dalam bentuk lisan maupun tertulis, namun ada pula dalam penampilan yang abstrak, misalnya pelaksanaan suatu perbuatan bersama seperti seolah-olah

⁴⁶ Huijbers, Theo, OSC. *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*. Yogyakarta, Yayasan Kanisius, 1982. hal.66



telah ada sesuatu ikatan kontrak sebelumnya yang dalam dunia hukum dikenal dengan sebutan *pactum nudum*.

C. TEORI TENTANG LOGIKA DARI PACTA SUNT SERVANDA

Salah satu hal yang sangat kompleks dalam ilmu hukum kontrak dalam kaitannya dengan teori *pacta sunt servanda* adalah jawaban terhadap pertanyaan apakah sebabnya janji itu mengikat, kapankah dan sejauh manakah mengikatnya secara pantas suatu janji, dan apa logikanya. Jadi, sebelum dan sesudah suatu tata hukum terbentuk selayaknyalah bila ada ketegasan terlebih dahulu di manakah tata hukum tersebut harus diletakkan di antara berbagai teori tentang masalah itu. Sebab penentuan sikap secara tegas demikian, secara langsung akan memberi dampak yang besar terhadap hukum dalam langkah operasionalnya. Ketidaktegasan, justru akan membawa efek sukarnya diketemukan ketertiban dalam lalu lintas pergaulan hukum. Ini adalah sesuatu yang masih sering dilupakan oleh para ahli hukum dewasa ini. Di sepanjang berlangsungnya sejarah tentang hukum kontrak, empat teori telah terbentuk untuk menjawab masalah ini dan masing-masing saling bertentangan satu sama lain. Perlu kita tegaskan bahwa di antara teori-teori tersebut, tidak ada satu pun yang dapat mencakup keseluruhan kekuatan hukum untuk mengakui adanya ikatan dari kontrak-kontrak yang berlaku masa kini. Keempat teori yang dimaksudkan sebagai berikut:⁴⁷

1. Teori hasrat.
2. Teori tawar-menawar (*bargain theory*).
3. Teori sama nilai (*ekuivalensi*).
4. Teori kepercayaan merugi (*injurious reliance*).

Teori hasrat bermula dari hukum Romawi dan mengalami kemajuan pesat dalam sistem hukum Eropa Kontinental. Dalam sistem *common law*, secara teoretis tidak mungkin diakui namun secara praktis kita dapat melihat adanya keputusan-keputusan yang mengarah ke jurusan itu.

⁴⁷ Pound, Roscoe. *Op Cit.* hal. 151



Menurut teori hasrat ini, sebabnya ikatan dari suatu kontrak dikuatkan oleh hukum karena kontrak akan memberi akibat kepada hasrat mereka yang telah menyetujuinya. Teori hasrat ini tergolong ke dalam teori subjektif yang terbilang banyak penganutnya, namun keberadaannya semakin terdesak oleh semakin brekembangnya teori-teori yang bernuansa objektif, karena teori yang bersifat objektif tersebut memiliki watak yang lebih pasti. Namun, dewasa ini perkembangannya seperti terlihat dengan jelas dalam hukum Anglo Saxon, bahwa teori-teori objektif itu juga sudah semakin usang. Kemudian, menurut teori tawar-menawar (*bargain theory*), sesuai dengan namanya yang menjadi patokan adalah tawar-menawar, dimana ikatan itu juga hanya diakui sampai kepada batas tawar-menawar atau bagian dari tawar-menawar itu. Teori ini mendapat tempat yang baik sekali dalam sistem hukum Anglo Saxon dan tidak lain dari suatu perkembangan saja dari teori ekuivalensi yang akan dijelaskan nanti. Inilah asal mulanya kenapa dalam sistem hukum kontrak Anglo Saxon berlaku doktrin *consideration*.

Sungguhpun begitu, masih banyak persoalan yang menyangkut *pacta sunt servanda* yang tidak bisa dijamah oleh teori tawar-menawar. Misalnya, teori ini tidak bisa menjawab adanya ikatan dari kontrak bersegi satu (unilateral), juga tidak terjawab terhadap mengikatnya sebuah kontrak untuk pihak ketiga (*pactum in favorum tertii*), di samping tidak bisa juga menjawab tentang penyelesaian tuntutan dalam hukum asuransi, dan sebagainya.

Selanjutnya, teori sama nilai (ekuivalensi) menyatakan bahwa keterikatan dari sebuah kontrak baru ada jika terdapat ekuivalensinya di mana terlebih sering digunakan dalam arti teknis dan konstruktif. Teori ini mulai muncul pada abad ke-17 dan banyak pengaruhnya terhadap hukum perjanjian Anglo Saxon. Hegel menerima teori ini berdasarkan teori *laesio enormis* dari hukum Romawi, satu teori yang menyatakan bahwa akan dipandang satu kerugian beSAR jika si penjual dalam suatu perjanjian jual beli menerima harga kurang dari 1/2 (seperdua) harga barang sepantasnya.



Jika tidak terdapat ekuivalensi antara subjek-subjek dalam suatu janji tentang barang objek yang dipertukarkan, maka menurut teori ini tidak akan ada ikatan hukum. Selanjutnya, teori ini terpecah ke dalam tiga subteori sebagai berikut:

1. Subteori Kecerobohan

Subteori ini mengajarkan bahwa jika ada subjek yang melakukan kontrak tanpa ekuivalensi, berarti yang bersangkutan telah melakukan suatu kecerobohan.

2. Subteori Pamer Aksi

Menurut subteori ini, jika suatu janji dibuat tanpa ekuivalensi, berarti dia hanya melagak atau pamer aksi belaka.

3. Subteori Merugi

Seseorang akan dirugikan dalam kehidupannya jika membuat kontrak tanpa ekuivalensi. Demikian kata subteori ini.

Pada dasarnya, apa yang tidak dapat dijangkau oleh teori tawar-menawar seperti yang telah diterangkan di atas, juga tidak terjangkau oleh teori ekuivalensi.

Selanjutnya, ada juga yang disebut dengan teori kepercayaan merugi (*injurious reliance*). Teori kepercayaan merugi (*injurious reliance*) ini mengajarkan bahwa keterikatan kepada suatu kontrak baru diakui oleh hukum jika dengan kontrak tersebut telah ada ketertahuan/kepercayaan dari kreditur atas kerugiannya sendiri. Teori ini juga merupakan versi lain dari teori ekuivalen dan dianut serta selalu diperbincangkan oleh ahli-ahli hukum *common law*.

Kemudian, tentang persoalan arah perlindungan antara debitur dan kreditur terdapat tiga teori sebagai berikut:

1. Teori humanis lindung debitur

Menurut teori ini, seorang debitur harus diberi perlindungan, karena mereka adalah *miserabilis persona*, yaitu orang yang lemah dan menderita sehingga patut dikasihani. Landasannya adalah pemikiran bahwa beban harus dipikulkan ke pundak mereka yang mampu memikulnya, bukan



sebaliknya. Dalam sejarah hukum, teori yang berbau etis ini sangat kuat pengaruh. nya sehingga tidaklah mengherankan jika di mana-mana dari zaman klasik sampai dengan zaman modern terdapat kaidah-kaidah yang mengarah kepada perlindungan debitur dalam pefaksanaan suatu janji. Teori ini dipegang teguh oleh ahli hukum Perancis pada abad ke-19, dan asas-asasnya sekarang terdapat baik dalam sistem hukum *common law* maupun dalam *civil law*. Di abad ke-20 teori ini semakin gencar berlaku, dengan munculnya cabang-cabang hukum jadi-jadian, seperti hukum lingkungan, perlindungan konsumen, persaingan curang, perkreditan, dan asuransi perburuhan, yang melibatkan salah satu pihak yang mempunyai posisi lemah dalam kontrak yang bersangkutan.

2. Teori humanis lindung kreditur

Teori yang muncul pada abad ke-17 dan diterima dalam sistem hukum Eropa Kontinental pada abad ke-18 serta berasal dari Grotius ini, mengajarkan bahwa dalam suatu kontrak akan melckat suatu kekuatan moral di dalamnya untuk mengikuti kontrak tersebut. Jadi, di sini kreditur akan lebih diuntungkan serta kepentingan masyarakat terhadap keamanan dan ketertiban suatu transaksi lebih terjamin. Teori ini telah mendobrak beberapa sendi hukum Romawi tentang perjanjian.

3. Teori Ramalan

Inti dari teori ini adalah bahwa suatu kontrak sebenarnya tidak lain dari suatu prediksi dan kesediaan untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu pada suatu waktu tertentu di masa depan.

Dari pengalaman sejarah, kiranya ada satu fakta yang tetap dapat diterima berdasarkan teori apa saja, bahwa baik debitur apalagi kreditur sama-sama berkepentingan terhadap keberadaar su atu kontrak yang adil dan pasti.

D. TEORI PACTA SUNT SERVANDA DALAM HUKUM INTERNASIONAL

Di samping secara nasional dan universal, dalam hukum internasional istilah *pacta sunt servanda* sangat pesat berkembang: Bahkan teori *pacta sunt servanda* merupakan salah satu teori yang tertua dalam ranah hukum



internasional. Dalam hal ini, teori *pacta sunt servanda* ini mengajarkan bahwa semua traktat internasional dan seluruh pasal-pasalannya mengikat para anggotanya dan harus dijalankan dengan iktikad baik. Jadi yang harus dijalankan adalah, isi dari traktat, dan tidak bisa diubah-ubah oleh para peserta trak. yat tersebut. Hal ini tidak berarti traktat tersebut membatasi Prinsip kebebasan berkontrak dari para anggota traktat. Sebab, keterikatan kepada traktat tersebut adalah juga atas kehendak yang bebas dari para anggotanya untuk mengikatkan diri kepada traktat tersebut, dari sudut pandang yang lain, keterikatan kepada traktat internasional berdasarkan teori *pacta sunt servanda* ini adalah juga sebagai arena pembuktian bahwa hukum internasional itu memang benarbenar merupakan “hukum” yang mengikat. Di samping itu, karena teori *pacta sunt servanda* harus dijalankan dengan berprasangka baik, maka hal ini berarti bahwa suatu kontrak sebenarnya juga harus didasari pada asas-asas moral. Dengan demikian, suatu kontrak bermula dari suatu “kepercayaan” (*trust*), sehingga ketika suatu kontrak dibuat, kira-kira para pihak sedang menyatakan *I trust you* (saya percaya kamu).

Para ahli hukum internasional sering menyebut-nyebut bahwa iktikad baik (*good faith*) merupakan dasar utama bagi berlakunya prinsip *pacta sunt servanda*, di mana suatu kontrak harus dijalankan dengan tidak berburuk sangka, jadi para pihak harus menjalankannya dalam keadaan *bona fide* (beriktikad baik). Dalam hal ini, tujuan utamanya adalah untuk menjalankan suatu ketertiban umum dalam kancah pergaulan internasional. Akan tetapi, di sisi yang lain, keharusan menjalankan prinsip *pacta sunt servanda* (melaksanakan isi traktat internasional) secara “iktikad baik” mengisyaratkan bahwa dalam pelaksanaan doktrin *pacta sunt servanda* tersebut sebenarnya terkandung pula makna elastisitas (tidak rigid). Lagu pula, tren yang universal dalam teori hukum kontrak umum saat Ini, khususnya berkenaan dengan pelaksanaan teori *pacta sunt servanda* adalah bahwa semakin lama semakin besar kelonggaran yang diberikan kepada para pihak untuk bila perlu menyimpang dari isi kontrak yang sudah disetujuinya, utamanya jika dalam



pelaksanaan kontrak, terjadi hal-hal/perubahan situasi dan kondisi yang memberatkan atau hal-hal yang menyebabkan ketidakadilan, yang luput dari antisipasi para pihak ketika kontrak tersebut dibuat, utamanya jika hal-hal tersebut masih belum dapat dikategorikan ke dalam keadaan memaksa (*force majeure*).

Dalam teori hukum internasional, salah satu kekecualian yang paling penting terhadap memberlakukan prinsip *pacta sunt servanda* (*in casu* dalam hal mengikuti ketentuan dalam traktat internasional) adalah oleh apa yang dikenal dengan doktrin *jus cogens*. Doktrin *jus cogens* mengajarkan bahwa ketentuan umum baru yang berlaku dalam hukum internasional yang bersifat hukum memaksa dapat mengesampingkan isi dari suatu traktat.

Selain dalam hukum internasional, dalam hukum nasional, sebagaimana juga yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia, teori *pacta sunt servanda* juga mensyaratkan bahwa sebuah kontrak juga harus dijalankan dengan iktikad baik, dan keterikatan kepada kontrak bukan hanya terhadap apa-apa yang ditulis dalam kontrak tersebut, melainkan dalam menjalankan kontrak tersebut para pihak juga terikat terhadap prinsip iktikad baik, keadilan, kesusilaan, dan kebiasaan dalam menjalankan kontrak tersebut. Jadi, dalam hukum internasional, sangat penting bagi setiap negara untuk memberlakukan teori *pacta sunt servanda* dan asas iktikad baik, sehingga Negara-negara secara iktikad baik akan tunduk terhadap traktat-traktat internasional yang telah dibuatnya, dengan ancaman sanksi-sanksi tertentu yang bersifat internasional pula. Sebegitu pentingnya teori dan asas ini, sehingga jika teori *pacta sunt servanda* dan asas Iktikud baik tidak diberlakukan dalam hukum internasional, maka seluruh tatanan hukum Internasional akan hancur berantakan.





BAB 8

TEORI HUKUM YANG MEREKAYASA MASYARAKAT (SOCIAL ENGINEERING)

A. TEORI TENTANG FUNGSI HUKUM DALAM MASYARAKAT

Teori tentang fungsi hukum dalam masyarakat yang sudah maju dapat dilihat dari dua sisi, yaitu sisi pertama di mana kemajuan masyarakat dalam berbagai bidang membutuhkan aturan hukum untuk mengaturnya. Sehingga sektor hukum pun ikut ditarik oleh perkembangan masyarakat tersebut. Dan sisi kedua adalah di mana hukum yang baik dapat mengembangkan masyarakat atau mengarahkan perkembangan masyarakat.

Bagaimanapun juga, fungsi hukum dalam masyarakat sangat beraneka ragam, tergantung kepada berbagai faktor dalam masyarakat. Di samping itu, fungsi hukum dalam masyarakat yang belum maju juga akan berbeda dengan yang terdapat dalam masyarakat maju. Dalam setiap masyarakat, hukum lebih berfungsi untuk menjamin keamanan dalam masyarakat dan jaminan pencapaian Struktur sosial yang diharapkan oleh masyarakat. Namun demikian, dalam masyarakat yang sudah maju, hukum menjadi lebih umum, abstrak, dan lebih berjarak dengan konteksnya.

Secara umum, dapat dikatakan bahwa fungsi hukum dalam Masyarakat sebagai berikut:

1. Fungsi memfasilitasi, dalam hal ini termasuk memfasilitasi sehingga tercapai suatu ketertiban.
2. Fungsi represif, dalam hal ini termasuk penggunaan hukum sebagai alat bagi elite berkuasa untuk mencapai tujuan-tujuannya.



3. Fungsi ideologis, dalam hal ini termasuk menjamin pencapaian legitimasi, hegemoni, dominasi, kebebasan, kemerdekaan, keadilan, dan lain-lain.
4. Fungsi reflektif, dalam hal ini hukum merefleksikan keinginan bersama dalam masyarakat, sehingga mestinya hukum bersifat netral.

Kemudian, Aubert menyatakan bahwa fungsi hukum dalam masyarakat sebagai berikut:

1. Fungsi mengatur (*governance*).
2. Fungsi distribusi sumber daya.
3. Fungsi *safeguard* terhadap ekspektasi masyarakat.
4. Fungsi penyelesaian konflik.
5. Fungsi ekspresi dari nilai dan cita dalam masyarakat.

Selanjutnya, seorang sosiolog hukum dari Polandia, Podgorecki, menyatakan bahwa fungsi hukum dalam masyarakat sebagai berikut:

1. Fungsi integrasi, yakni bagaimana hukum merealisasi saling berharap (*mutual expectation*) dari masyarakat.
2. Fungsi petrifikasi, yakni bagaimana hukum melakukan seleksi/ 3 dari pola-pola perilaku manusia agar dapat mencapai tujuan-tujuan sosial.
3. Fungsi reduksi, yakni bagaimana hukum menyeleksi sikap manusia yang berbeda-beda dalam masyarakat yang kompleks, sehingga sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Dalam hal ini, hukum berfungsi sebagai mereduksi kompleksitas ke dalam pembuatan putusan-putusan tertentu.
4. Fungsi memotivasi, yakni hukum mengatur agar manusia dapat memilih perilaku yang sesuai dengan nilai-nilai dalam masyarakat.
5. Fungsi edukasi, yakni bagaimana hukum bukan saja menghukum dan memotivasi masyarakat, melainkan juga melakukan edukasi dan sosialisasi.⁴⁸

Kemudian, menurut *Podgorecki*, fungsi hukum yang aktual harus dianalisis melalui berbagai hipotesis sebagai berikut:

⁴⁸ Milovanovic, Dragan. *A Primer in the Sociology of Law*. New York, Harrow and Heston, 1988. hal. 120



1. Hukum tertulis dapat ditafsirkan secara berbeda-beda, sesuai dengan sistem sosial dan ekonomi masyarakat.
2. Hukum tertulis ditafsirkan secara berbeda-beda oleh berbagai subkultur dalam masyarakat. Misalnya, hukum akan ditafsirkan secara berbeda-beda oleh mahasiswa, dosen, advokat, polisi, hakim, artis, tentara, orang-bisnis, dan birokrat.
3. Hukum tertulis dapat ditafsirkan secara berbeda-beda oleh berbagai personalitas dalam masyarakat yang diakibatkan oleh berbedanya kekuatan/kepentingan ekonomi, politik, dan psikosial. Misalnya, golongan tua lebih menghormati hukum dari golongan muda. Masyarakat tahun 1960-an lebih sensitif dengan hak dan kebebasan dari pekerja.
4. Faktor prosedur formal dan *frameworks* yang bersifat semantik lebih menentukan terhadap suatu putusan hukum dibanding, kan dengan faktor hukum substantif.
5. Bahkan jika sistem-sistem sosial bergerak secara seimbang dan harmonis, tidak berarti bahwa hukum hanya sekadar membagi-bagikan hadiah atau hukuman.⁴⁹

Jadi, sudah jelas terlihat bahwa menurut teori hukum, maka hukum memainkan peranan yang penting dalam suatu masyarakat, dan bahkan mempunyai multifungsi untuk kebaikan masyarakat, demi mencapai keadilan, kepastian hukum, ketertiban, kemanfaatan, dan lain-lain tujuan hukum. Akan tetapi, keadaan sebaliknya dapat terjadi bahkan sering terjadi, di mana penguasa negara menggunakan hukum sebagai alat untuk menekan masyarakat, agar masyarakat dapat dihalau ke tempat yang diinginkan oleh penguasa negara, utamanya penguasa negara yang totaliter. Penggunaan hukum sebagai alat menekan masyarakat oleh pemerintahan totaliter seperti ini misalnya terjadi dalam bentuk mengirim oposisi atau musuh penguasa ke dalam penjara atau ke tiang gantung, yang dijustifikasi secara semu oleh

⁴⁹ *Ibid*



pengadilan-pengadilan, di mana para hakimnya merupakan boneka dari penguasa negara.

B. TEORI HUKUM SEBAGAI SARANA PERUBAHAN

Teori tentang perubahan sosial dalam hubungannya dengan sektor hukum merupakan salah satu teori besar dalam ilmu hukum. Hubungan antara perubahan sosial dengan sektor hukum tersebut merupakan hubungan interaksi, dalam arti terdapat pengaruh perubahan sosial terhadap perubahan sektor hukum, sementara di pihak lain, perubahan hukum juga berpengaruh terhadap suatu perubahan sosial. Perubahan hukum yang dapat memengaruhi perubahan sosial sejalan dengan salah satu fungsi hukum, yakni fungsi hukum sebagai sarana perubahan sosial, atau sarana rekayasa masyarakat (*social engineering*). Jadi, hukum merupakan sarana rekayasa masyarakat (*a tool of social engineering*), suatu istilah yang pertama dicetuskan oleh ahli hukum Amerika yang terkenal yaitu Roscoe Pound. Prof. Roscoe Pound, yang lahir tahun 1870 dan meninggal pada tahun 1964 dalam usia 94 tahun, adalah Dekan Fakultas Hukum Universitas Harvard Amerika Serikat, yang menjadi dekan selama 20 tahun (1916-1936). Meskipun selama hidupnya, Roscoe Pound bisa menulis lebih kurang 24 buku hukum dan 287 artikel tentang hukum, Roscoe Pound sebenarnya hanya autodidak di bidang hukum. Sebab, pendidikan formalnya dari B.A. (1888), M.A. (1889), dan Ph.D. (1898) dari Universitas Nebraska (USA) yang semuanya adalah dalam bidang ilmu botani. Roscoe Pound kemudian tertarik ke dalam bidang ilmu hukum mungkin karena pengaruh dari ayahnya yang kebetulan berprofesi sebagai seorang *lawyer*. Tulisan-tulisan dari Roscoe Pound banyak memengaruhi pemikiran para ahli hukum di abad ke-20, utamanya berkenaan dengan paham *Sociological Jurisprudence*. Dengan paham kepentingan masyarakat (*social interest*) ini, ajaran Roscoe Pound telah menjungkirbalikkan paham-paham yang bersifat individualisme liberal yang berlaku pada abad ke-19. Paham-paham Roscoe Pound sangat terpengaruh oleh ajaran dari Hegel, Eugen Ehrlich, dan Oliver Wendell Holmes dan sangat bertentangan dengan paham



ahli hukum Jerman yaitu Von Savigny. Dalam bidang hukum kriminal, Roscoe Pound mengambil posisi bahwa hukuman harus sesuai dengan pelaku kriminal, bukan dengan tindakan kriminal itu sendiri.

Sesuai dengan ajaran Roscoe Pound tentang hukum yang berfungsi sebagai rekayasa masyarakat atau sebagai alat pengontrol masyarakat, maka terlebih lagi sistem hukum yang sudah maju, dengan pembuatan dan perkembangan hukum didesain secara profesional dan logis, maka tidak disangsikan lagi bahwa produk hukum dapat memengaruhi bahkan mengubah sendi-sendi kehidupan masyarakat.

Hanya saja sebelum suatu produk hukum diubah baik oleh parlemen, pemerintah atau oleh pengadilan, terlebih dahulu sudah ada teriakan/kebutuhan dalam masyarakat akan perubahan tersebut. Semakin cepat hukum merespons suara pembaruan/perubahan hukum dalam masyarakat, semakin besar pula peran yang dimainkan oleh hukum untuk perubahan masyarakat tersebut. Sebaliknya, semakin lamban hukum merespon suara-suara pembaruan dalam masyarakat, semakin kecil fungsi dan andil hukum dalam mengubah masyarakat tersebut, karena masyarakat sudah terlebih dahulu mengubah dirinya sendiri. Dalam hal ini, hukum hanyalah berfungsi sebagai ratifikasi dan legitimasi saja. Sehingga dalam kasus seperti ini, bukan hukum yang mengubah masyarakat, tetapi yang terjadi adalah perkembangan masyarakat yang mengubah hukum.

Perubahan hukum, yang kemudian dapat mengubah suatu pandangan/sikap dan kehidupan suatu masyarakat berasal dari berbagai stimulus sebagai berikut:

1. Berbagai perubahan secara evolutif terhadap norma-norma dalam masyarakat.
2. Kebutuhan dadakan dari masyarakat karena adanya keadaan khusus atau keadaan darurat khususnya dalam hubungan dengan distribusi sumber daya atau dalam hubungan dengan standar baru tentang keadilan.



3. Atas inisiatif dari kelompok kecil masyarakat yang dapat melihat jauh ke depan, yang kemudian sedikit demi sedikit memengaruhi pandangan dan cara hidup masyarakat.
4. Ada ketidakadilan secara teknikal hukum yang meminta diubahnya hukum tersebut.
5. Ada ketidakkonsistenan dalam tubuh hukum yang juga meminta perubahan terhadap hukum tersebut.
6. Ada perkembangan pengetahuan dan teknologi yang memunculkan bentuk baru terhadap bidang hukum tertentu, seperti penemuan alat bukti baru untuk membuktikan sesuatu fakta.⁵⁰

Adalah Roscoe Pound yang pertama sekali menyatakan bahwa hukum merupakan sarana rekayasa masyarakat (*a tool of social engineering*). Ungkapan ini berbeda dengan pandangan yang umumnya dianut saat itu bahwa bukan perubahan hukum yang memengaruhi perkembangan masyarakat, tetapi justru perubahan dalam masyarakat yang memengaruhi perkembangan hukum. Akan tetapi, kajian-kajian tentang hukum kemudian membuktikan bahwa kedua *statement* tersebut sama benarnya. Artinya, di satu pihak, perubahan masyarakat memengaruhi perkembangan hukum, tetapi sebaliknya juga benar bahwa perubahan hukum dapat memengaruhi perkembangan masyarakat. Misalnya, perkembangan revolusi di bidang hubungan seksual dalam masyarakat telah banyak memengaruhi perkembangan hukum di bidang hukum keluarga, hukum perkawinan dan perceraian, hukum waris, hukum pidana, tentang aborsi, pornografi, dan sebagainya. Akan tetapi, di lain pihak, perkembangan hukum-hukum di bidang tersebut selanjutnya juga telah memengaruhi perkembangan pandangan dan sikap seksual dalam masyarakat.

Kemudian, dalam suatu masyarakat, terdapat aspek positif dan negatif dari suatu gaya pemerintahan yang superaktif. Negatifnya adalah kecenderungan

⁵⁰ W. Friedmann. *Op Cit.* 1972. hal. 45



menjadi pemerintahan yang tirani dan totaliter. Adapun positifnya adalah bahwa gaya pemerintahan yang superaktif tersebut biasanya menyebabkan banyak dilakukannya perubahan hukum dan perundang-undangan, yang dapat mempercepat terjadinya perubahan dan perkembangan dalam masyarakat, Jadi, memang perkembangan masyarakat seperti ini bisa ke arah yang positif tetapi bisa juga ke arah yang negatif.

Banyak perubahan penting dalam masyarakat yang sudah maju diawali dari suatu perubahan hukum, khususnya perubahan undang-undang. Meskipun harus diakui pula perubahan hukum tersebut biasanya dipacu oleh adanya perubahan dalam masyarakat lokal maupun masyarakat internasional. Tetapi perubahan dalam masyarakat tersebut belum sah berlakunya sebelum dilegalkan oleh undang-undang, khususnya bagi perkembangan perbuatan, peristiwa, mode, yang ada relasi erat dengan masyarakat luas atau negara. Setiap ada perancangan atas suatu undang-undang, berarti sedang dilakukan perancangan atas suatu perubahan dalam masyarakat. Jika tidak begitu, tentu tidak diperlukan suatu perancangan undang-undang yang baru.

Dengan demikian, peranan perubahan perundang-undangan yang dapat mengembangkan masyarakat semakin hari semakin penting, sedangkan peranan pengadilan untuk mengembangkan masyarakat semakin lama semakin menurun. Meskipun ada juga beberapa negara yang peranan pengadilannya menonjol, seperti peranan pengadilan di USA, Jepang, Jerman atau Itali. Akan tetapi, tidak dapat dipastikan apakah peranan pengadilan dalam mengubah hukum tetap penting, atau sedikit demi sedikit peranannya semakin berkurang. Hanya sejarah dan soalologi hukum yang dapat menjawabnya kelak.

Disamping itu, dalam suatu negara, ditinjau dari segi perubahan hukum, terdapat dua macam hukum, yaitu hukum yang cenderung dapat diubah-ubah, dan hukum yang cenderung konservatif, Hukum keluarga atau hukum tentang milik individual di mana mana merupakan hukum yang konservatif dan sangat jarang dapat diubah. Sebaliknya, banyak bidang hukum bisnis, hukum tata



negara dan administrasi negara, merupakan hukum yang memang cenderung untuk berubah-ubah sesuai dengan keinginan dan perkembangan dalam masyarakat.

Sebagaimana diketahui bahwa ada beberapa komponen yang dapat menjadi alat kontrol sosial, yakni merupakan alat untuk mengontrol perilaku masyarakat. Salah satunya adalah hukum. Alat kontrol sosial yang lain selain hukum antara lain agama, moralitas, adat kebiasaan, pendidikan, kesenian, pers, dan keteladanan pemimpin. Karena hukum merupakan alat kontrol sosial, maka lembaga-lembaga hukum dengan sendirinya juga merupakan lembaga (*agency*) kontrol sosial.

Akan tetapi, meskipun peran hukum sebagai alat kontrol sosial bervariasi di antara masing-masing tipe masyarakat, di antara semua alat kontrol sosial tersebut, hukum merupakan alat kontrol sosial yang:

1. Paling khusus.
2. Paling jelimet.
3. Paling pasti.
4. Paling konklusif.
5. Paling final.
6. Paling renovatif.

Menurut E.A Ross, sebagai alat kontrol sosial, hukum merupakan “*the cornerstone of the edifice of order, the most specialized and highly finished engine of control employed by society*”.⁵¹

Jadi, sebagai alat kontrol sosial, hukum akan mempertahankan model kehidupan sosial yang ada, khususnya kehidupan sosial yang dianggap baik dan diterima oleh mayoritas masyarakat. Ini merupakan tampilan hukum sebagai alat kontrol sosial yang konservatif. Di samping itu, terdapat juga tampilan hukum sebagai alat kontrol sosial yang dinamis, dalam hal ini hukum

⁵¹ Gurvitch, George. *Sociology of Law*. USA, Philosophical Library and Alliance Book Corporation, 1982. hal. 24



akan berujud sebagai alat untuk menghentikan model-model kehidupan sosial yang dianggap tidak baik dan tidak diterima oleh mayoritas masyarakat dan mengamankan pergantiannya dengan model realitas sosial yang baru.

Dalam berperannya hukum sebagai alat kontrol sosial tersebut, hukum akan berperan dalam setiap lapisan realitas sosial yang merupakan wujud konkret dari kehidupan sosial. Menurut sosiolog asal Perancis, Emile Durkheim (1858-1917), terdapat beberapa lapisan dari suatu realitas sosial. Lapisan dari realitas sosial tersebut adalah sebagai berikut:

1. Lapisan dalam bentuk dasar-dasar geografis dan demografis. Ini merupakan lapisan paling atas dari realitas sosial. Dalam hal ini, kebutuhan masyarakat seperti makanan atau komunikasi menjadi dasar bagi masyarakat manakala faktor-faktor tersebut merupakan hasil transformasi dari tindakan kolektif masyarakat atas desakan dari simbol, cita-cita, dan nilai-nilai dalam masyarakat.
2. Lapisan institusi dan tabiat kolektif (*collective behaviour*) ini merupakan lapisan kedua dalam suatu realitas sosial. Dalam lapisan yang bersifat *morphologis* ini, dijumpai institusi masyarakat dan tingkah laku masyarakat, yang mengkristal dalam bentuk-bentuk kebiasaan praktik atau organisasi.
3. Lapisan simbol-simbol. Lapisan ini berhubungan langsung dengan institusi yang berfungsi sebagai tanda atau sarana praktik, seperti lambang, bendera, objek suci, dogma-dogma, prosedur, sanksi, atau kebiasaan.
4. Lapisan nilai (*value*) dan tujuan kolektif. Lapisan yang berada di bawah lapisan simbolis ini, merupakan produk dari suatu kehidupan sosial yang mengarahkan suatu pemikiran kolektif yang bebas.



5. Lapisan pikiran kolektif (*collective mind*). Lapisan pikiran kolektif ini merupakan memori kolektif, representasi kolektif, perasaan kolektif, kecenderungan dan aspirasi kolektif, dalam suatu kesadaran individual.⁵²

Ketika orang mulai menelaah hukum dalam hubungannya dengan perubahan masyarakat, maka dengan mudah kita dapat menarik suatu asumsi bahwa perubahan dalam masyarakat dan kekuatan-kekuatan dalam masyarakat ikut memberi warna kepada sektor hukum. Hanya saja, belakangan ini, mulai juga dikaji oleh sosiologi hukum tentang hal yang sebaliknya, yaitu bagaimana hukum menyebabkan perubahan sosial.

Meskipun begitu, tidak semua dari kalangan para ahli (terutama yang bukan ahli hukum) dapat melihat pentingnya peranan hukum dalam mengubah kehidupan masyarakat. Tanpa menyebutkan sektor hukum yang dapat menyebabkan suatu perubahan sosial, William F. Ogburn berpendapat bahwa faktor perkembangan teknologi dan organisasi ekonomi yang menyebabkan terjadinya Suatu perubahan sosial. Selanjutnya, Arnold M. Rose dalam teorinya menyebutkan tiga faktor yang menyebabkan suatu perubahan sosial, juga tanpa termasuk faktor hukum. Ketiga faktor tersebut sebagai berikut:

1. Kumulasi penemuan teknologi.
2. Kontrak atau konflik antar kebudayaan.
3. Gerakan sosial (*social movement*) (Soekanto S. , 2005, p. 108).

Kemudian, teori kebudayaan, yang tentunya dianut oleh para ahli kebudayaan mengemukakan bahwa penyebab utama terjadinya perubahan masyarakat adalah bertemunya dua atau lebih kebudayaan yang berbeda, sehingga masing-masing masyarakat akan menyesuaikan kebudayaannya dengan kebudayaan baru untuk mendapatkan sistem kebudayaan yang lebih baik menurut penilaian mereka. Sementara itu, teori gerakan sosial menyatakan bahwa perubahan masyarakat terjadi karena adanya gerakan sosial, di mana gerakan sosial tersebut terjadi karena unsur ketidakpuasan, yang

⁵² *Ibid*



menimbulkan protes-protes di kalangan masyarakat, yang akhirnya menghasilkan suatu tatanan masyarakat baru, termasuk di dalamnya suatu tatanan hukum yang baru. Jadi, menurut teori-teori tersebut, justru perubahan hukum sehingga menghasilkan suatu tatanan hukum yang baru, merupakan akibat dari adanya perubahan masyarakat tersebut, bukan sebaliknya.

Namun demikian, perubahan sistem, tatanan dan nilai dalam masyarakat tidak serta-merta diikuti oleh perubahan hukum. Untuk dapat mengubah suatu hukum perlu suatu mekanisme tertentu, yang tidak serta merta dapat dilakukan. Karena itu, sering juga terjadi dalam masyarakat, seperti yang terjadi dalam banyak bidang hukum di Indonesia, bahwa perubahan dalam masyarakat tidak diikuti oleh perubahan hukum atau tidak sejalan dengan arah perubahan hukum secara teoretis maupun praktis. Dalam hal seperti ini, hukum dikatakan tertinggal di belakang, yang mengakibatkan hukum tersebut tidak dihormati lagi oleh masyarakat, dan *law enforcement* menjadi terpuruk. Dalam hal seperti ini, peran sangat penting dimainkan oleh disiplin sosiologi hukum untuk dapat menganalisis dan menyimpulkan kemenduaan antara kesadaran hukum dalam masyarakat dengan kaidah hukum yang ada, untuk dapat kemudian disatukan kembali. Perubahan hukum dapat terjadi sekaligus dengan perubahan kelembagaan yang ada dalam masyarakat tersebut. Perubahan kelembagaan itu sendiri akan banyak mendapat tantangan dari masyarakat karena berbagai alasan. Selo Soemardjan merumuskan

	Efektifitas Menanamkan Unsur-unsur baru	--	Kekuatan Menentang dari masyarakat
Proses Kelembagaan	= -----		
	Kecepatan menanam unsur-unsur baru		

keberhasilan perubahan kelembagaan masyarakat dengan rumus sebagai berikut:⁵³

⁵³ Soerjono Soekanto. *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*. Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 2005. hal. 127



Menurut rumus yang dikemukakan oleh Selo Soemardjan tersebut di atas, jelas kelihatan bahwa semakin besar kekuatan menentang dalam masyarakat, semakin besar pula kemungkinan kegagalan terhadap suatu perombakan kelembagaan dalam masyarakat. Kekuatan menentang perubahan hukum dan kelembagaan dalam masyarakat terjadi karena satu atau lebih dari hal-hal sebagai berikut:

1. Karena ketidaktahuan masyarakat akan maksud dan tujuan perubahan tersebut.
2. Karena kurang informasi terhadap masyarakat akan manfaat dari perubahan tersebut.
3. Karena perubahan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai yang cukup kuat dianut.
4. Karena pemilik kekuasaan merasa kepentingannya terancam dengan perubahan tersebut.
5. Karena dengan perubahan akan mempunyai risiko yang besar, bahkan lebih besar jika dibandingkan dengan tidak dilakukannya perubahan tersebut.
6. Karena masyarakat tidak mengakui kekuasaan dan kewenangan pelaku perubahan dimaksud.

Selanjutnya, menurut William Evan, ada beberapa faktor yang berpengaruh terhadap berhasil tidaknya penggunaan hukum sebagai alat untuk melakukan perubahan dalam masyarakat, yaitu faktor-faktor sebagai berikut:

1. Apakah sumber hukum itu otoritatif dan dihormati.
2. Apakah hukum itu mempunyai legitimasi secara yuridis maupun secara sosiologis.
3. Apakah model kepatuhan hukum bisa diketemukan dan dipublikasi.
4. Apakah ada waktu yang cukup untuk masa peralihan.
5. Apakah ada komitmen dari para penegak hukum.
6. Apakah sanksi-sanksi dapat diterapkan.



7. Apakah ada jaminan perlindungan kepada korban pelanggaran hukum.⁵⁴

Peran hukum sebagai alat untuk mengubah masyarakat sebenarnya sudah dikumandangkan oleh banyak sarjana, terutama oleh sarjana hukum yang berhaluan sosiologis. Misalnya Roscoe Pound dengan istilah populernya "hukum sebagai alat rekayasa masyarakat" (*law as a tool of social engineering*). Atau istilah-istilah lain yang kadang kala dipakai, seperti hukum sebagai *agent of change* atau *social planning*. Bahkan dengan dipelopori oleh Mochtar Kusumaatmaja, di masa pemerintahan Presiden Soeharto, di Indonesia pernah populer istilah hukum sebagai alat pembangunan (*a tool of development*), karena memang kala itu sektor hukum sangat didayaupayakan untuk ikut menyukseskan pembangunan, yang sayangnya karena rendahnya kesadaran hukum dari para pembuat dan penegak hukum kala itu, menyebabkan hukum sebagai alat pembangunan berubah fungsi menjadi hukum sebagai alat untuk mengamankan pembangunan, yang mempunyai konsekuensi munculnya banyak hukum yang sangat represif dan melanggar hak-hak masyarakat, yang mengantarkan banyak aktivis ke rumah penjara atau ke liang kubur.

Sebagaimana yang dikatakan oleh Emile Durkheim bahwa hukum merupakan refleksi dari solidaritas sosial dalam masyarakat.⁵⁵ Dalam hal ini, terdapat dua macam solidaritas dalam masyarakat, yaitu:

1. Solidaritas mekanis (*mechanical solidarity*).
2. Solidaritas organis (*organic solidarity*).

Solidaritas mekanis merupakan solidaritas yang terdapat dalam masyarakat yang masih sederhana dan homogen, di mana jalinan ikatan antararganya terjadi berdasarkan hubungan-hubungan pribadi dengan tujuan yang sama. Hukum dalam masyarakat dengan solidaritas mekanis ini lebih bersifat represif, di mana pelanggaran kaidah hukum dalam masyarakat sangat dirasakan kerugiannya secara langsung oleh masyarakat. Adapun masyarakat dengan solidaritas organis lebih bersifat heterogen, di mana di dalamnya

⁵⁴ Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. Bandung, Alumni, 1982. hal. 121

⁵⁵ Soerjono Soekanto. *Op Cit*. hal. 103



terdapat pembagian kerja yang kompleks, dan ikatan dalam masyarakat tersebut lebih bersifat fungsional. Hukum dalam masyarakat dengan solidaritas organis lebih bersifat restitutif, dengan penekanan ditujukan kepada perlindungan korban kejahatan, yang sedapat mungkin korban dikembalikan kepada keadaan sebelum kejahatan terjadi.

C. TEORI HUKUM YANG MEMBENTUK POLA PIKIR BARU DALAM MASYARAKAT

Fungsi hukum sebagai sarana perubahan masyarakat dapat juga dilihat dari berubahnya pola pikir masyarakat atau terbentuknya pola pikir baru dari masyarakat, misalnya setelah adanya putusan pengadilan tentang masalah-masalah khusus. Di USA misalnya, di sana banyak putusan pengadilan yang telah secara nyata dan konkret mengubah/mengembangkan kehidupan masyarakat, seperti putusan-putusan Mahkamah Agung USA, terutama sejak tahun 1950-an, tentang masalah-masalah hak asasi, kesejahteraan sosial, proteksi lingkungan, perlindungan konsumen, dan lain-lain. Misalnya, putusan Mahkamah Agung USA tentang pemisahan murid kulit putih dengan kulit hitam di sekolah-sekolah (*school desegregation case*), di mana putusan tersebut telah sangat mengubah pandangan dan sikap masyarakat tentang hak asasi selama bergenerasi-generasi. Sebelumnya, masalah segregasi di sekolah-sekolah merupakan hukum yang eksplisit di negara-negara bagian Selatan, dan merupakan hukum yang implisit di negara-negara bagian Utara di USA. Bahkan sejak putusan Mahkamah Agung tersebut, ada perubahan kesadaran hukum di USA, di mana sudah menjadi karakteristik masyarakat Amerika untuk membawa ke pengadilan terhadap kasus-kasus hak asasi dan kasus lain yang bertentangan konstitusi. Dengan begitu, atas nama hukum, pengadilan telah menjadi sebagai sarana untuk melegitimasi terhadap masalah atau tindakan tertentu yang sedang terjadi atau kontroversi dalam masyarakat.

Selain itu, litigasi pengadilan sering juga dimaksudkan untuk maksud-maksud yang tidak langsung, seperti untuk sekadar menarik perhatian masyarakat, meningkatkan kesadaran masyarakat atau untuk mendramatisasi masalah,



sehingga yang diinginkan oleh pembawa litigasi ke pengadilan bukan lagi hasil/putusan dari pengadilan tersebut. Bahkan putusan pengadilan yang menolak tuntutan masyarakat sering kali lebih baik bagi masyarakat yang bersangkutan, karena masalah yang bersangkutan dapat lebih menarik perhatian dan menarik simpati banyak orang, dan menjadi lebih baik untuk suatu pergerakan perubahan untuk jangka panjang. Tidak jarang pula terjadi bahwa terdapat kasus di mana para pembaru hukum yang merupakan para demonstran menolak untuk dibela (*jail without bail*) tetapi lebih memilih tetap di dalam tahanan, hanya untuk menambah efek dramatis dari persoalan yang sedang diangkatnya, misalnya untuk menarik rasa simpati dari masyarakat dan agar ada pemberitaan yang terus-menerus dari media massa. Karena itu, penggunaan upaya pengadilan ternyata sangat efektif bagi suatu gerakan pembaruan hukum. Beberapa halaman gugatan sering kali jauh lebih penting dari beratus-ratus halaman surat kabar dan majalah.

Bahkan para tokoh pergerakan, seperti Ralph Nader di USA pernah menekankan akan pentingnya hukum dan pengadilan sebagai sarana untuk mengubah masyarakat. Mereka dengan sadar membina kelompok masyarakat penentang kebijakan pemerintah (*countervailing group*) agar dengan gerakan tersebut dapat tercipta Suatu *equilibrium* terhadap masalah tertentu, terutama lewat putusan pengadilan.

Karena itu, sejak tahun 1950-an, ada fenomena di USA yang berhubungan dengan peranan hukum sebagai sarana perubahan Masyarakat, yaitu:

1. Banyak munculnya gerakan-gerakan pembaruan masyarakat yang menggunakan pengadilan sebagai sarana utamanya.
2. Banyak putusan pengadilan yang memang pro kepada perubahan dalam masyarakat.
3. Terutama sejak awal dekade 1970-an, banyak bermunculan kantor-kantor hukum yang banyak menangani kasus-kasus masyarakat (*public interest*) yang bermuara ke arah perubahan masyarakat, yang umumnya dibiayai oleh yayasan-yayasan tertentu. Mula-mula menangani kasus-



kasus di bidang lingkungan hidup dan perlindungan konsumen, kemudian diikuti oleh kasus-kasus seperti dalam bidang penyandang cacat, kenakalan remaja, anak-anak, wanita, atau masyarakat pemirsa TV. Mereka melakukan apa yang disebut dengan tindakan advokasi masyarakat. Kantor-kantor hukum yang menangani perkaraperkara *public interest* ini umumnya melakukan kegiatan di bidang litigasi, pembuatan perundang-undangan, negosiasi, dan *monitoring*.

Beberapa kemungkinan tindakan yang dapat dilakukan oleh pengadilan dalam menangani gugatan yang bermuara ke arah perubahan hukum sebagai berikut:

1. *Preventive injunction.*
2. *Regulatory or impose solution.*
3. *Court can impose solution.*
4. *Matter has to be refer back to agency.*
5. *Order readily monitored, for example. monetary damages.*
6. *Order complex or involving large number of claimants.*⁵⁶

Adapun dari pihak pembaru hukum dengan membawa masalah masyarakat ke pengadilan, mempunyai harapan agar pengadilan dapat menjalankan fungsinya yaitu untuk mendapatkan hal-hal sebagai berikut:

1. *Equality before the law*, yakni untuk diperlakukan sama tanpa memandang warna kulit, kedudukan, dan status dari masyarakat.
2. *Opportunity to be heard*, yakni untuk mendapatkan kesempatan untuk didengar keluhan dan pembelaannya.
3. *Law enforcement*, yang merupakan hak setiap warga negara untuk minta otoritas untuk menjalankan hukum dan putusan pengadilan.

Penggunaan sarana pengadilan untuk mengubah suatu hukum secara langsung bisa berhasil dan bisa tidak berhasil. Jadi, sifatnya relatif. Misalnya

⁵⁶ Handler, Joel F. *Social Movements and the Legal System*. New York, Academic Press, 1978. hal. 25



keberhasilan kelompok para pencinta lingkungan dan para pengubah hukum yang berusaha secara panjang dan melelahkan untuk melawan pembuatan proyek raksasa (dengan nilai USA \$3,5 juta) berupa *power plant Kaiparowits* di negara bagian Utah, USA pada tahun 1975, akhirnya berhasil dengan disetopnya pembangunan tersebut, dengan alasan resmi berupa adanya gugatan yang sedang berjalan di pengadilan dan ancaman ke pengadilan. Meskipun harus diakui bahwa sebenarnya banyak juga alasan lain terhadap penyetopan proyek tersebut yang tidak disebutkan secara eksplisit bahkan mungkin lebih signifikan, seperti sikap oposisi dari pemerintahan daerah California, perubahan situasi finansial, berkurangnya permintaan pasokan listrik, dan peningkatan biaya.

Namun demikian, banyak masalah akan dihadapi manakala kita mengandalkan pengadilan sebagai ujung tombak perubahan hukum, khususnya jika yang kita inginkan adalah hasil langsung dan nyata dari putusan pengadilan tersebut, Tetapi, upaya lewat pengadilan untuk mengubah hukum akan lebih memberikan hasil yang tidak langsung, seperti publikasi perubahan tersebut ke masyarakat, menumbuhkan kesadaran masyarakat akan perlunya perubahan, dan sebagainya, yang dapat dipakal untuk memperkuat upayanya yang nonlitigasi, Misalnya, memaksa pihak lawan untuk duduk ke meja perundingan, sebagaimana terlihat dalam kutipan berikut ini:

*Social reform group find It difficult to obtain tangible results directly from law reform activity. It can be accomplished, ... but, on the whole, special circumstances are needed ... most Important controversies ... are not amenable to this kind of solution. Instead, they require hard-fought, long term battles. The judicial process Is best suited to resolve discrete disputes between two parties ... But, of course, there is a great deal more to the story than seeking tangible benefits directly from law-reform activities.*⁵⁷

⁵⁷ *Ibid*



Beberapa akibat/hasil tidak langsung yang terjadi dari adanya pembaruan hukum lewat litigasi pengadilan sebagai berikut:

1. Digunakan sebagai alat tambahan dari tindakan-tindakan nonlitigasi.
2. Untuk publikasi, *fund raising*, menambah kesadaran dan penghayatan terhadap perlunya perubahan, dan memberikan legitimasi terhadap masalah yang sedang dibicarakan dan perubahan yang diharapkan. Tentang fungsi *fund raising*, kenyataan menunjukkan bahwa terhadap suatu masalah yang sudah dikuatkan oleh pengadilan, biasanya penyandang dana akan lebih cenderung untuk membantu dananya.

Perubahan masyarakat, yang didahului oleh perubahan hukum/ peraturan perundang-undangan biasanya didahului oleh keinginan-keinginan dalam masyarakat yang berkepentingan untuk mengubah hukum/peraturan perundang-undangan tersebut. Selanjutnya, apabila perubahan hukum tersebut berhasil dilaksanakan, akan berakibatkan kepada berubahnya pola pikir dan sikap masyarakat tersebut. Akan tetapi, perubahan hukum yang bersangkutan tidak selamanya persis sama seperti yang diinginkan oleh masyarakat/kelompok masyarakat/organisasi masyarakat yang mendorong dilakukannya perubahan hukum tersebut. Berbagai kemungkinan dapat terjadi, sebagai berikut:

1. Hukum benar-benar berubah seperti yang diinginkan oleh masyarakat (*full compliance*).
2. Hukum mempertajam persepsi perubahan dalam masyarakat.
3. Hukum hanya melakukan ratifikasi terhadap perubahan yang telah benar-benar terjadi dalam masyarakat.
4. Hukum berubah tetapi tidak seperti yang diinginkan oleh masyarakat. Hal ini disebabkan oleh beberapa faktor sebagai berikut:
 - a. Keengganan dari otoritas pembentuk/pengubah hukum untuk menyerap sepenuhnya aspirasi masyarakat.
 - b. Pengaruh pendapat publik yang muncul ke permukaan yang tidak selamanya identik dengan keinginan masyarakat.



- c. Pengaruh perjalanan waktu di mana keinginan masyarakat kemudian telah berubah seperti yang diputuskan/dipikirkan oleh pembentuk hukum/undang-undang atau pengadilan.

Dengan demikian, meskipun mungkin saja pihak pembentuk undang-undang dan pengadilan berusaha untuk mengubah atau berpikir untuk mengubah hukum yang ada, boleh jadi hasilnya seperti yang diinginkan oleh masyarakat atau tidak seperti yang tersebut dalam opini publik, di mana hasil dari perubahan tersebut bisa lebih baik atau bahkan lebih buruk dari apa yang diinginkan oleh masyarakat. Sehingga, sering kali masyarakat kecewa terhadap kenyataan hukum yang ada. Dan, dalam hal seperti ini, masyarakat memang pantas kecewa.





BAB 9

TEORI KRIMINOLOGI KRITIS

Menurut para penganut paham kriminologi kritis, sistem penegakan hukum yang konvensional menghasilkan: *The rich get richer and the poor get prison*. Orang kaya menjadi semakin kaya, sementara orang miskin masuk penjara.

Jadi, kapitalisme dan perbedaan kelas dalam masyarakat menghasilkan ketimpangan pendapatan yang besar, sehingga merupakan ladang subur bagi berbagai kejahatan. Kapitalisme misalnya, merupakan basis untuk terjadinya kompetisi kasar bahkan curang, eksploitasi sumber daya secara habis-habisan, dan berbagai ketidakadilan ekonomi lainnya. Untuk itu, muncul kriminolog: kritis yang bersifat anti-kemapanan, dengan misi khusus untuk menegakkan keadilan restorasi dan keadilan sosial dalam masyarakat.

A. TEORI-TEORI DALAM ILMU KRIMINOLOGI

Berbeda dengan ilmu hukum pidana yang sudah berkembang sejak manusia ada di dunia, maka ilmu kriminologi baru lahir dan berkembang sejak pertengahan abad ke-19, yakni bersamaan dengan berkembangnya ilmu-ilmu sosial seperti ilmu sosiologi, antropologi, dan psikologi.

Namun demikian, meskipun belum menjadi suatu ilmu, bahwa pemikiran dan perenungan tentang kejahatan telah lama dilakukan oleh manusia yang hidup di dunia ini. Dalam hal ini, dalam bukunya yang berjudul *Republik*, Plato (427-347 SM) telah menyatakan bahwa emas dan manusia adalah sebab musabab dilakukannya suatu kejahatan. Aristoteles (382-322) menyatakan bahwa kemiskinan menyebabkan timbulnya kejahatan dan perang. Selanjutnya, Thomas Aquinas juga menyatakan bahwa kemiskinan dapat menyebabkan suatu kejahatan. Menurutnya, orang-orang yang kaya yang mengejar kesenangan dengan menghambur-hamburkan hartanya, jika kemudian dia jatuh miskin, maka dia akan mudah melakukan tindak pidana pencurian.



Kemudian, Thomas More (1478-1535), penulis buku *Utopia* menyatakan bahwa hukuman berat tidak akan mengurangi tingkat kejahatan. Hal yang harus dicari dan ditanggulangi adalah penyebab dilakukannya kejahatan tersebut. Menurutnya, pernah terdapat kenyataan bahwa pencopet tetap melakukan pencopetan ketika sedang menonton suatu eksekusi hukuman mati terhadap 24 orang penjahat. Tetapi pernah ada pula terdapat kenyataan yang lain, bahwa seorang pencopet yang sedang menonton khotbah dari seorang pendeta tentang kebaikan melakukan derma dan sumbangan, tetap melakukan pencopetan dan hasil dari copetannya tersebut diserahkan sebagai derma dan sumbangan seperti yang dianjurkan tersebut. Poinnya di sini adalah bahwa hukuman berat maupun nasihat agama bisa jadi ampuh dan bisa jadi juga tidak ampuh untuk menanggulangi perbuatan jahat dari seseorang. Selanjutnya, Montesquieu (1689-1755) dalam bukunya *Esprit Des Lois*, kemudian Rousseau (1712-1778), Voltaire (1649-1778), dan Cesare Beccaria (1738-1794) adalah di antara para ahli yang getol menentang kesewenangan dalam penjatuhan hukuman. Di samping itu, ada Quetelet (1796-1829) yang berpendapat bahwa kejahatan dapat ditanggulangi dengan memperbaiki tingkat kehidupan masyarakat. Dan, ada juga G. Von Mayr (1841-1925) yang menyimpulkan dari hasil penelitiannya bahwa ada korelasi positif antara tingginya tingkat pencurian dengan tingginya harga gandum.⁵⁸

Kemudian, dalam bukunya *Dei Delitti e Delle Pene*, Cesare Beccaria menyebutkan ada delapan prinsip yang harus diperhatikan terhadap penanggulangan suatu kejahatan, yang umumnya masih tetap relevan sampai saat ini, yaitu prinsip-prinsip sebagai berikut:⁵⁹

1. Perlu diciptakan adanya suatu masyarakat yang berdasarkan pada prinsip kontrak sosial.

⁵⁸ Topo Santoso dan Eva Achjani Zulfa. *Kriminologi*. Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 2010. hal. 1

⁵⁹ *Ibid*



2. Sumber hukum adalah undang-undang. Dalam memutus perz kara, hakim harus mendasarkan diri pada undang-undang.
3. Yang menjadi tugas utama hakim pidana adalah menentukan kesalahan seorang terdakwa.
4. Menghukum adalah kewenangan negara, yang diperlukan untuk melindungi masyarakat dari keserakahan individu.
5. Harus ada suatu skala perbandingan antara kejahatan dengan hukuman.
6. Dalam melakukan suatu perbuatan, manusia selalu menimbang-nimbang antara tingkat kesenangan dengan kesengsaraan (prinsip hedonisme).
7. Yang menjadi dasar penentuan berat ringannya hukuman adalah perbuatannya, bukan niatnya.
8. Prinsip dari hukum pidana adalah adanya sanksi yang positif.

Selanjutnya, dalam ilmu kriminologi, banyak teori berkembang untuk menelaah kenapa seseorang melakukan kejahatan, sedangkan umumnya orang lainnya tidak melakukannya. Pada prinsipnya, teori-teori tersebut menyimpulkan bahwa kejahatan seseorang bisa berasal dari dalam diri orang tersebut, baik secara fisik maupun secara psikis, atau kejahatan tersebut berasal dari luar diri orang tersebut, dalam hal ini kejahatan dianggap berasal dari pola perilaku masyarakat di sekitar kehidupan orang tersebut, maupun karena ketimpangan sistem ekonomi masyarakat makro, dengan sistem ekonomi yang lebih pro ke pihak borjuis dan kapitalisme. Suatu penelitian berikut ini memperlihatkan bahwa suatu kejahatan terjadi baik karena faktor internal dari pelaku kejahatan, bahkan termasuk bawaan lahir, maupun karena faktor pengaruh dari luar, yaitu dari masyarakat di sekitar kehidupan orang tersebut maupun dari fak, tor luar lainnya. Suatu penelitian terhadap pengaruh orangtua kandung dan orangtua angkat terhadap kejahatan seorang anak angkat, dengan hasil sebagai berikut:

1. Anak yang baik orangtua angkat maupun orangtua alaminya tidak tersangkut kejahatan, 13,5% terbukti melakukan kejahatan.



2. Anak dari orangtua angkat kriminal tetapi orangtua alami tidak kriminal, sebanyak 14,7% terbukti melakukan kejahatan.
3. Anak yang orangtua angkatnya tidak pernah melakukan kriminal tetapi orangtua alaminya melakukan kriminal, sebanyak 20% melakukan kriminal.
4. Anak yang orangtua angkat dan orangtua aslinya kriminal, sebanyak 24,5% melakukan tindakan kriminal.

Dari penelitian tersebut, terlihat bahwa baik orangtua alami (faktor bawaan lahir), maupun orangtua angkat (faktor pengaruh lingkungan dekat) maupun faktor lainnya (ketika orangtua angkat maupun orangtua alami tidak melakukan kejahatan), sama-sama memengaruhi si anak untuk melakukan kejahatan dalam hidupnya.

Ada beberapa kondisi yang sering terjadi di mana sebuah hukuman dijatuhkan oleh yang berwenang, tetapi dirasakan tidak adil bagi si terhukum. Misalnya dalam keadaan-keadaan sebagai berikut:

1. Ketika hukum tertulis tidak begitu jelas pengaturannya.
2. Ketika perbuatan yang dituduhkan jahat tersebut berada dalam wilayah abu-abu (*grey area*) antara dibolehkan atau tidak.
3. Ketika hukuman yang dijatuhkan terlalu berat dan berlebih-lebihan.
4. Ketika hukuman yang dijatuhkan hanya semata-mata berdasarkan pada prinsip keadilan legisme/formalisme belaka.
5. Ketika hukuman dijatuhkan terhadap subjek yang masih kurang dapat dipertanggungjawabkan atau terhadap kaum marginal, seperti terhadap orang yang masih sangat remaja, orang miskin yang tidak sanggup menyewa pengacara andal, dan lain-lain.
6. Ketika pelaku kejahatan sebenarnya hanya korban dari kejahatan tersebut. Misalnya ketika menghukum orang pemakai narkoba, pemabok, dan sebagainya.
7. Ketika penegak hukum bersikap *prejudice* karena berbagai faktor.



8. Ketika perbuatan tersebut tidak dilarang pada saat dilakukannya perbuatan tersebut tetapi larangan baru datang kemudian (berlaku surut).
9. Ketika perbuatan tersebut dilakukan untuk menghindari pelanggaran moral. Misalnya ketika seorang tentara perajurit menolak untuk menembak musuh meskipun telah diperintah oleh atasannya.

Di samping itu, sejak paruh kedua abad ke-20, ke dalam telaahan ilmu kriminologi, banyak dipengaruhi oleh teori-teori dan temuan-temuan dari ilmu lain di luar kriminologi, seperti ilmu hukum, sosiologi, psikologi, antropologi, ilmu sosial, forensik, dan kedokteran. Ramai-ramai dari ilmu tersebut seperti mengeroyok Ilmu kriminologi. Misalnya, ilmu forensik sangat kuat memengaruhi, utamanya dalam bidang pembuktian secara ilmiah terhadap belaku kejahatan. Atau, ilmu sosiologi sangat kuat pengaruhnya dalam bidang keefektifan sanksi pidana bagi pencegahan kejahatan dalam masyarakat, atau dalam bidang perilaku menyimpang, atau mu psikologi untuk hubungan antara kejahatan dengan kejiwaan pelakunya, atau dalam bidang pengaruh sanksi pidana terhadap kejiwaan seseorang. Sayangnya, ilmu kriminologi konvensional masih segan menerima pengaruh dari ilmu-ilmu di luar ilmu kriminologi tersebut, sehingga peran dan pengaruh dari ilmu-ilmu tersebut ke dalam ilmu kriminologi masih kurang kelihatan. Maka, dalam hal ini, fenomena tentang keengganan ilmu kriminologi konvensional untuk menerima pengaruh ilmu-ilmu luar tersebut mau dihilangkan oleh teori dari kriminologi nonkonvensional, dalam hal ini kriminologi kritis atau kriminologi radikal, yang membuat berbagai teori dalam kriminologi menjadi terbuka bagi pengaruh ilmu-ilmu lain tersebut.

Di samping itu, dalam hubungannya dengan interaksi dengan masyarakat, bahwa pandangan kaum sosiologi hukum terhadap kriminal terpecah ke dalam dua kategori sebagai berikut:

1. Pandangan yang menyatakan bahwa tidak ada interelasi antara kejahatan dengan interaksi masyarakat.



2. Pandangan yang menyatakan bahwa terdapat interelasi yang kuat antara kejahatan dengan interaksi masyarakat. Dalam hal ini, kejahatan merupakan suatu produk dari suatu interaksi masyarakat.

Jadi, paham dari kaum penganut kriminologi kritis memihak ke pandangan nomor dua ini.

Kemudian, di awal-awal perkembangannya, kriminologi kritis berusaha untuk memperkenalkan dan menawarkan sebuah alternatif yang ternyata kemudian mendapat perhatian besar dan dukungan di mana-mana yang dipercaya dapat menyelesaikan berbagai persoalan mengenai kejahatan dewasa ini dan ke depan.

Critical criminology is more relevant today than ever and that the critical attitude fits the experience of later modernity ... Every single one of ironies, from the counterproductive nature of the prison to the role of stigmatization and othering in law and other politics, are of immense relevance. We are privileged to work in an area which has its focus on the fundamental dislocations of justice that occur throughout our social order, a place of irony and contest, of vituperation and transgression (Jack Young. Critical Criminology in the Twenty first Century. File:///C:/Documents and Setting/USER/My Documents.Critical.htm., 2011: 12).

(Kriminologi kritis sangatlah relevan untuk saat ini dibandingkan dengan untuk waktu-waktu lain kapan pun, dan sikap-sikap kritis sangat sesuai dengan pengalaman di masa modernitas akhir saat ini ... Setiap tindakan ironi dalam bidang kriminologi sangat relevan untuk dipertimbangkan kembali, mulai dari ironi tentang sifat *counterproductive* dari rumah-rumah penjara, sampai dengan peranan yang besar dari stigmatisasi dan konsep “pihak lain” dalam hukum dan politik. Kita ditasbihkan untuk bekerja dalam bidangbidang yang terdapat dislokasi yang fundamental dari nilai-nilai keadilan sebagaimana terjadi dalam ketertiban sosial saat ini, dan di bidang-bidang di mana terjadi ironi dan kontes serta terjadi sumpah serapah dan pelanggaran hukum).



Sebab, pemerintah di mana pun sekarang ini perlu secara aktif memberantas kejahatan, misalnya seperti yang pernah didengung-dengungkan oleh Presiden George Walker Bush di USA bahwa yang harus dilakukan secara serius di zaman ini antara lain:

1. Perang terhadap terorisme.
2. Perang terhadap narkoba.
3. Perang terhadap kejahatan.

Yang kalau di Indonesia ditambah lagi dengan perang terhadap KKN (Korupsi, Kolusi, Nepotisme).

Bahwa teriakan-teriakan untuk dilakukannya perubahan, bahkan perubahan yang radikal sekalipun, terhadap sistem *criminal justice* yang ada saat ini sudah sangat sering diperdengarkan. Karena itu, tidak mengherankan jika kemudian bermunculan teori-teori alternatif, seperti teori kriminologi kritis ini. Bahkan sejak tahun 1960-an, John Griffiths sudah melihat sesuatu yang salah dalam sistem penanganan narapidana. John Griffiths mengajukan usulan perombakan yang menarik untuk memperlakukan narapidana sebagai “anggota keluarga kita” bukan sebagai “objek” atau sebagai “musuh”, sebagaimana terlihat dalam pernyataan berikut:

... that the criminal justice sistem might be restructured on the model ofa family, in which the ofender is treated not as an outsider or object, but rather as a kind of wayward son, whose misconduct produces punishment but not rejection.⁶⁰

B. TEORI FEMINISME KRITIS

Jika paham kriminologi kritis merupakan suara anti-kemapanan dalam bidang pencegahan dan penindakan kriminal, maka feminisme kritis/feminisme radikal merupakan suara anti-kemapanan dalam bidang perjuangan kesetaraan gender. Paham feminisme kritis ini merupakan reaksi terhadap pola-pola kehidupan masyarakat borjuis dan kapitalisme yang sangat memojok kaum wanita yang sudah mentradisi dalam masyarakat sejak dahulu

⁶⁰ Casper, Jonathan D. *The Politics of Civil Liberties*. New York, Harper & Row, 1972. hal. 172



kala. Kedudukan wanita dalam masyarakat borjuis dan kapitalisme ini sangat rendah dibandingkan dengan kedudukan laki-laki. Banyak rumusan hukum dan praktik hukum yang memang melanggengkan ketidaksetaraan wanita dibandingkan dengan laki-laki, baik di rumah tempat tinggal, di tempat-tempat kerja, di tempat-tempat hiburan, dan di jalanan. Di samping itu, anak-anak perempuan dibiarkan hidup dalam pingitan, dan hidup dalam ketakutan, dengan ancaman bahaya dari pemerkosaan, *incest*, dan kejahatan seksual lainnya. Para pejuang paham feminisme kritis sangat sulit menerima kenyataan dan pengaturan hukum seperti:

1. Istri tidak dapat dianggap sebagai kepala rumah tangga, meskipun dia cukup cakap untuk itu.
2. Tindakan-tindakan tertentu dari istri harus dengan persetujuan suami.
3. Anak perempuan tidak boleh kawin tanpa persetujuan orangtua/wali, sementara anak laki-laki bebas untuk kawin dengan siapa saja.
4. Pekerja wanita tidak memiliki tunjangan anak.
5. Pekerja wanita memiliki gaji yang lebih kecil.
6. Hak waris anak laki-laki lebih besar dari hak anak wanita.
7. Anak perempuan tidak dapat memperoleh seluruh harta orantuanya jika tidak ada anak laki-laki.
8. Wanita tidak boleh menjadi imam atau pendeta atau pemimpin bagi laki-laki.
9. Wanita tidak boleh bersaksi di pengadilan.
10. Di sebagian masyarakat, poligami masih dibolehkan.
11. Ketidaksamaan perlakuan antara anak perempuan remaja dengan perempuan dewasa. Misalnya, persoalan melarikan diri dari rumah tidak dibenarkan bagi anak gadis remaja, tetapi dibolehkan bagi anak perempuan yang sudah dewasa.

Di samping itu, kriminologi feminis yang dianggap sebagai salah Satu bagian dari kriminologi kritis tersebut mempunyai progam-program yang mesti diperjuangkan, yaitu:



1. Menyuarakan kepentingan publik (bukan hanya kepentingan privat) dalam pengaturan tentang masalah-masalah hukum yang berkenaan dengan perlindungan kaum perempuan, sehingga perlu diatur, diintervensi, bahkan diproteksi oleh negara. Misalnya, perlu pengaturan negara tentang perlindungan kerja wanita, cuti hamil waktu kerja, dan jatah kursi bagi perempuan di parlemen.
2. Menyadarkan masyarakat bahwa pengaturan hukum selama ini yang berkenaan dengan perempuan sangat maskulin, sehingga perlu segera diganti dengan pengaturan yang lebih netral. Misalnya kriminalisasi terhadap pelacuran tetapi pasangan mesum pelacur (laki-laki) tidak dianggap perbuatan kriminal.
3. Menyadarkan masyarakat tentang perlunya penghapusan aturan negara yang bersifat interventif dan regulatif terhadap masalah-masalah pribadi perempuan. Misalnya masih banyaknya negara yang mengatur tentang perempuan sampai cara berpakaian, tuduhan kriminal pornografi terhadap perempuan, dan lain-lain.
4. Menyuarakan perlunya perlindungan yang sebanding (*equal Protection*) antara kaum laki-laki dan perempuan. Misalnya hak yang sama antara kaum laki-laki dan kaum perempuan berkenaan dengan hak waris, hak-hak dalam perkawinan dan harta perkawinan, hak untuk menuntut ilmu, hak untuk tidak dibedakan atau dipisahkan kelas antara laki-laki dan perempuan.

Teori feminisme kritis dalam bidang kriminologi mencoba membunyikan suara gender ke dalam ilmu kriminologi. Sehingga, ilmu kriminologi konvensional yang ternyata sangat maskulinisme harus meluruskan haluannya, sehingga kepadanya juga harus diberikan unsur "feminisme." Jadi, ilmu kriminologi konvensional, yang membangun teorinya berlandaskan kepada asumsi bahwa kejahatan hanya dilakukan oleh dan terhadap kaum laki-laki saja, harus segera diubah dan harus didasari pada asumsi baru bahwa



dalam kenyataannya, perempuan pun sering terlibat dalam kejahatan, baik sebagai pelaku maupun sebagai korban.

Konsekuensinya adalah bahwa seperti dengan paham kriminologi kritis, maka kriminologi feminisme juga berbasiskan kepada premis bahwa “ketidaksetaraan” (*inequalities*), dalam hal ini ketidaksetaraan gender, merupakan akar dari kejahatan dalam masyarakat.

Kemudian, dapat dikatakan bahwa dari keseluruhan teori tentang feminisme yang ada, dapat dikategorikan kepada kelompok-kelompok teori sebagai berikut:

1. Teori Feminisme Liberal.
2. Teori Feminisme Radikal/Critikal.
3. Teori Feminisme Marxisme.
4. Teori Feminisme Sosialisme.

Teori feminisme liberal berpandangan bahwa dalam suatu masyarakat terdapat diskriminasi berbasiskan gender yang sangat bersifat *hegemonic patriarchy*, yang sangat memberikan kedudukan tinggi bagi kaum laki-laki, dan sebaliknya sangat merendahkan pihak perempuan. Dalam hal ini, penyebab terjadinya “pelecehan” terhadap wanita adalah “agresivitas” dari kaum laki-laki (*male agresion*). Sistem dalam masyarakat seperti itu harus diubah, tetapi kaum feminisme liberal lebih cenderung mengubahnya dari dalam sistem itu sendiri, sehingga diharapkan akan terjadi perubahan dari dalam. Adapun paham feminisme radikal/kritis, feminisme sosialis, dan feminisme Marxisme, mereka justru cenderung mengubahnya dari luar sistem. Teori feminisme kritis atau yang disebut juga dengan feminisme radikal berteori, bahwa dalam suatu kehidupan masyarakat terjadi suatu tekanan-tekanan terhadap kaum perempuan (*female oppression*) karena sistem masyarakatnya bersifat patriark. Dalam hal ini, kaum laki-laki berusaha terus untuk melanggengkan hegemoninya atas kaum perempuan dalam ruang-ruang publik, ruang-ruang privat, yang dilakukan antara lain dengan jalan melakukan kontrol terhadap kaum perempuan, misalnya yang berkaitan



dengan masalah seksual, dengan jalan membuat norma-norma seksual, pergaulan, pornografi, perkosaan, perzinaan, bahkan cara berpakaian dan bertingkah laku, dan berbagai kejahatan maupun pelanggaran lainnya yang ada kaitannya dengan masalah gender dan mengatur masalah perempuan dengan aturan-aturan yang sangat berorientasi maskulinisme, termasuk mengatur peranan dari perempuan dalam rumah tangga.

Selanjutnya, teori feminisme Marxist mempunyai pandangan bahwa suatu struktur masyarakat yang bersifat patriarkis muncul Sebagai akibat dari suatu "ketidakseimbangan" dalam kelas-kelas Masyarakat, yang memang merupakan bawaan dari sistem produksi yang bersifat kapitalis. Dalam hal ini, manusia dari kelas tinggi, yang Menguasai dengan baik sumber-sumber produksi sehingga memiliki banyak harta dan kekayaan, yang dalam hal ini diprioritaskan kepada kaum laki-laki saja, sehingga kaum laki-laki dapat dengan mudah mengatur-atur, memperdaya, bahkan memperbudak pihak yang tidak memiliki akses ke sumber produksi, termasuk kebanyakannya kaum perempuan, yang harus diterima oleh mereka tanpa pilihan lain.

Sama saja halnya dengan kaum laki-laki yang tidak beruntung, sehingga juga tidak dapat menguasai sumber-sumber produksi. Mereka terdiri dari buruh-buruh kasar, petani kecil, pegawai rendahan, di mana mereka harus bekerja *extra hours* agar dapat memenuhi kebutuhan hidupnya. Untuk itu, mereka membutuhkan kaum perempuan untuk membantunya, yaitu untuk mengurus dan mengajar anak, melaksanakan pekerjaan rumah tangga, dan pekerjaan-pekerjaan lainnya, di mana untuk itu mereka tidak mendapatkan upah. Pekerjaan-pekerjaan tersebut tidak dapat dikerjakan oleh kaum laki-laki karena mereka tidak lagi tersedia cukup waktu untuk melakukannya. Dalam hal ini dapat dikatakan bahwa kaum perempuan tidak memiliki akses ke sumber produksi dan terperangkap dalam suatu lingkaran setan tanpa ujung dalam suatu sistem produksi kapitalisme yang sangat maskulin tersebut.

Kemudian, feminisme sosialis berusaha membangun teori yang masih berbasiskan doktrin-doktrin dari kaum feminisme Marxist dan feminisme



radikal/kritis. Dalam hal ini, kaum feminisme sosialis mengakui bahwa sistem masyarakat yang patriarkis mengakibatkan banyak pembatasan dan kekangan terhadap peranan wanita. Namun demikian, menurut kaum feminisme sosialis, keberadaan sistem masyarakat yang patriarkis tersebut bukanlah sebagai akibat dari “agresivitas laki-laki” (*male aggression*), melainkan merupakan akibat dari sistem produksi dan perbedaan kelas masyarakat dalam hidup subur dalam suatu masyarakat kapitalis. Karena itu, menurut kaum feminisme sosialis, pelecehan, pengekangan, dan perbudakan terhadap kaum perempuan dalam masyarakat haruslah dicegah dengan jalan antara lain:

1. Menciptakan suatu sistem masyarakat yang bilateral gender.
2. Menciptakan suatu sistem masyarakat nonkapitalisme.
3. Menghapus norma-norma dalam masyarakat yang berisikan ketidaksetaraan gender.

Namun demikian, meskipun cukup pesat perkembangan dari gerakan kriminologi feminisme ini, tidak kurang juga berbagai kritikan yang ditujukan kepada gerakan ini, antara lain:

1. Pemikiran yang bersifat feminisme tidak relevan bagi ilmu kriminologi.
2. Kriminologi feminis tidak mampu menyesuaikan antara teori yang mereka kembangkan dengan kenyataan politik dan sosial yang ada dalam masyarakat.
3. Jika kita berharap agar perempuan sadar dan dapat berbicara untuk memperjuangkan haknya adalah ide-ide yang sebenarnya separatis.
4. Dalam beberapa bagian dari masyarakat Barat, bahkan terdapat juga kelompok-kelompok wanita yang berbasiskan kepentingan yang memiliki kedudukan dominan dilengkapi juga dengan kekuasaan untuk mengkriminalisasi kaum pria.



BAB 10

JENIS TEORI HUKUM DALAM ILMU HUKUM NORMATIF DAN ILMU HUKUM EMPIRIS

A. Jenis-jenis Teori Hukum dalam Ilmu Hukum Normatif

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

1. Jenis Teori Hukum

Jenis Teori Hukum menurut J.W. Harris dalam bukunya berjudul “*Law and Legal Science An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*”. Ia



mencatat ada lima jenis teori hukum dalam perspektif hukum dan ilmu hukum, dianalisis seperti di bawah ini.

a. Teori Hukum Kehendak

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

- 1) Hukum dipahami sebagai himpunan simbol yang menjelaskan kemauan, pihak yang berdaulat dalam negara, berkenaan dengan perilaku yang terjadi karena kasus tertentu antar orang perseorangan atau antar kelompok.
- 2) Setiap tindakan menurut hukum merupakan kehendak pihak yang berdaulat dan bukan karena diwajibkan atau diizinkan menurut peraturan perundang-undangan, oleh karena itu hukum positif adalah fakta bukan nilai.
- 3) Kehendak pihak yang berdaulat harus diartikan kehendak mutlak yang wajib diterima dan ditaati oleh rakyat yang diperintah atau pihak bawahan.
- 4) Sistem hukum dalam arti keseluruhan peraturan perundangundangan yang valid berasal dari kehendak pihak berdaulat pada momentum waktu tertentu dan dalam masyarakat tertentu secara faktual ditaati dan ditegakkan sesuai dengan prinsip kesatuan kehendak.⁶¹

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

⁶¹ J.W. Harris. *Law and Legal Science: An Inquiry Into the Concepts Legal Rule and Legal System*. Clarendon Press, Oxford, 1982. hal. 25



menurut sistematika ilmu hukum, norma dalam suatu sistem hukum bersumber pada kewenangan legislatif tertinggi (perintah/putusan penguasa).⁶²

b. Teori Hukum Norma-Murni

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

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

⁶² *Ibid.*, hal. 34



dasar/*grundnorm* yang diandaikan, bentuknya logis dalam arti tindakan yang dikehendaki itu isinya imaginasi yang seharusnya.

- 4) Peraturan hukum dalam makna norma-murni adalah proposisi normatif, dipertegas oleh beberapa pernyataan dalam ilmu hukum menjadi bagian hukum positif, sumbernya terdiri atas tindakan legislasi. Peraturan hukum dalam arti norma murni itu terdiri atas empat tipe norma menurut fungsinya yaitu: (a) norma perintah, (b) norma izin, (c) norma kewenangan, dan (d) norma derogasi.
- 5) Merujuk doktrin dalam sistem hukum, norma dasar/*grundnorm* merupakan sumber konstitusional keseluruhan norma-norma yang berasal dari periode waktu konstitusi itu ditetapkan termasuk perubahannya, dan perubahan norma-norma itu hanya terjadi apabila ada pelanggaran terhadap konstitusi.⁶³

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

⁶³ *Ibid.*, hal. 34, 39, dan 42



menerus. Karena itu doktrin norma dasar (*groundnorm*) Hans Kelsen, gagal untuk membedakan antara sistem hukum *momentary* (sesaat) dan *unmomentary* (ajeg).⁶⁴

c. Teori Hukum Psikologi

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

- 1) Eksistensi peraturan hukum hanya atas dasar latar belakang psikologi, dalam mana peraturan itu, seperti halnya peraturan tentang perilaku lainnya adalah sama dengan peraturan yang dicita-citakan.
- 2) Mengenai peraturan yang dicita-citakan ada dua pandangan, ada yang memahaminya bahwa hukum yang dicita-citakan sebagai bentuk perintah yang independen (pendapat **Olivercona**), dipihak lain **Alf Ross** memahami peraturan yang dicita-citakan merupakan bentuk instruksi atau perintah samadengan perintah hukum positif.
- 3) Psikologi merupakan bagian yang berperan karena konstitusionalitas bekerjanya hukum secara efektif dalam arti baik itu undang-undang (*formal legislation*), putusan pengadilan (*judicial decision*), tindak pemerintahan (*administration behavior*) membutuhkan paksaan fisik sebagai wujud pelaksanaan kekuasaan.
- 4) Ilmu hukum mendeskripsikan bahwa sistem hukum nasional adalah suatu skema penafsiran terhadap prilaku yang dimotivasi oleh ideologi pejabat, termasuk nilai-nilai legalitas dan konstitusionalitas.

⁶⁴ *Ibid.*, hal. 35, lihat juga, Jimly Asshiddiqie, dkk., *Op Cit.*, Konpress, Jakarta, hal. 152 dan 153



- 5) Lebih jauh validitas peraturan menurut Ilmu hukum adalah peraturan yang dapat diprediksi memengaruhi perilaku verbal para pejabat.⁶⁵

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

d. Teori Hukum Perilaku

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

- 1) Pola-pola perilaku masyarakat merupakan sandaran untuk menjelaskan konsep-konsep seperti kontrak, hak, kewajiban, kepemilikan, korporasi dalam kerangka sistem hukum dan peraturan hukum.
- 2) Peraturan hukum merupakan sistem hukum yang menurut Ilmu Hukum tidak lain menjadi mesin keadilan bagi lembaga penegakan hukum, dan menurut ilmu sosial sebagai “aturansituasi” fokus pada problem perilaku dan psikologi.
- 3) Konsep-konsep hukum seperti kontrak, hak, kewajiban, kepemilikan, korporasi, peraturan hukum dalam analisisnya diperkaya karena pengaruh sosiologi, sehingga berkaitan dengan konsep-konsep sosial lainnya.
- 4) Dalam setiap masyarakat memiliki ‘peraturan primer’ (*primary rule*) dan ‘peraturan sekunder’ (*secondary rule*). Peraturan

⁶⁵ J.W. Harris., *Op Cit.*, hal. 43



primer paling sedikit berkaitan dengan tiga persoalan pokok yaitu: kekerasan (*violence*), pencurian (*theft*), dan penipuan (*deception*) memerlukan *pressure* sosial berupa paksaan fisik dan kewajiban yang berada pada ‘peraturan sekunder’ (*secondary rule*) terdiri atas tiga norma yaitu: norma pengakuan, norma perubahan, dan norma adjudikasi (penghukuman atau penyelesaian sengketa).

- 5) Kesatuan dari ‘peraturan pertama’ (*primary rule*) dan ‘peraturan kedua’ (*secondary rule*) sebagai satu kesatuan merupakan system hukum fokus utamanya untuk menganalisis tugas (*duty*) selanjutnya untuk menganalisis konsep-konsep lainnya berkenaan dengan standard pola-pola perilaku masyarakat.

Penilaian dari **J.W. Harris** terhadap “Teori Hukum Perilaku”, dikemukakan, ditinjau dari sisi metodologi teori ini dapat menjembatani Ilmu Hukum dengan Ilmu-ilmu sosial lainnya, sehingga dapat memperkaya konsep-konsep hukum dengan konsep-konsep sosial pada umumnya. Disisi lain sesuai dengan pandangan **Hart**, kesatuan ‘peraturan primer’ (*primary rule*) dan ‘peraturan sekunder’ (*secondary rule*) bukan hanya jantung system hukum, tetapi sarana yang punya potensi kuat untuk menganalisis teka-teki dari teoritis hukum dan teoritis politik.⁶⁶

e. Teori Hukum Sengketa

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

- 1) Sejatinnya obyek ilmu hukum itu tidak lain aktivitas pejabat khususnya hakim.

⁶⁶ J.W. Harris, *Ibid.*, hal. 53 dan hal. 58



- 2) Peraturan hukum berfungsi sebagai *ex post facto* untuk merasionalisasi putusan hakim atau peraturan perundangundangan sebagai pedoman untuk menjustifikasi putusan pengadilan.
- 3) Berseberangan dengan 'Teori Hukum Norma-Murni' (*purenorm*), 'Teori Hukum Sengketa' menolak asas-asas logika hukum baik asas subsumsi, asas eklusi, asas derogasi, maupun asas non-kontradiksi.
- 4) Berkaitan dengan penolakannya terhadap asas subsumsi dan asas eklusi, Teori Hukum Sengketa juga menolak paham suatu sistem hukum bersifat tertutup, tetapi sistem hukum itu bersifat terbuka.
- 5) Keterbukaan dari suatu "sistem hukum", menampakkan diri bahwa komponen sistem hukum itu merupakan satu kesatuan himpunan peraturan, asas-asas, pepatah-petitih (*maxim*), doktrin, moral, kebijakan, dan klasifikasi yang dinamis, yang ditemukan sebagai bagian dari tradisi para pejabat pengadilan dalam menyelesaikan konflik yuridikal.⁶⁷

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

⁶⁷ *Ibid*, hal. 64-69



tetapi merupakan pemberian bentuk yuridis kepada asas-asas hukum material berdasarkan pengalaman dan penilaian hakim.

2. Jenis Teori Ajudikasi

Lord dan Hamstead M.D.A., mengemukakan jenis Teori Ajudikasi, senada dengan Teori Sengketa (*The Dispute Theory of Law*, perlu pula disimak *Ajudication Theory* (Teori Ajudikasi) yang dipandang sebagai *modern legal theory*, bergiat mengeksplor bekerjanya sistem hukum dari dalam. Meskipun disebut *jurispruden* baru, tetapi sama sekali tidak meninggalkan pandangan bahwa pengadilan lah yang mereposisi peraturan melalui putusan hakim, karena hakim tidak pernah menciptakan hukum baru tetapi hanya mendikler penerapan yang segar atas peraturan lama.⁶⁸ Hal ini mengingatkan kita pada pendapat **Ronald Dowrkin** yang menulis bahwa meskipun doktrin sistem hukum telah dimodifikasi secara gradual, tetapi seringkali tersendat-sendat dan tidak mencukupi untuk memenuhi kebutuhan sosial baru. Dalam pada itu ortodoksi peradilan masih berpegang teguh sebagai jangkar asumsi bahwa hakim menerapkan hukum yang berlaku dan tidak membentuk hukum baru, dan tradisi hierarkis tampak tetap hidup, baik seperti yang dilakukan Hakim *Supreme Court* (Mahkamah Agung Amerika Serikat) sebagai “Empu Hukum Tertinggi” dan Pengawal Konstitusi, maupun Hakim *Common Law* semata-mata untuk menghormati peradilan berkenaan dengan hukum”. Teori Ajudikasi juga menjelaskan mengenai keabsahan sumber hukum yang digunakan oleh *lawyers* dan para hakim dalam proses peradilan.

Dikemukakan, ada dua pendapat yang berbeda. *Pertama*, **Salmond** yang menggunakan pendekatan “Kelsenian’s *jurisprudence*, berpendapat bahwa putusan pengadilan memiliki kekuatan hukum bersifat legal karena bersumber pada norma fundamental. Norma fundamental itu

⁶⁸ Hamstead<M.D.A., *Lord Lloyd’s An Introduction of Jurisprudence*, 1254



adalah *grundnorm* atau *basic rule* (norma dasar) yang diakui dalam sistem hukum. Kedua, **H.L.A Hart** bertumpu pada “*rule of recognition*” (norma pengakuan), bahwa UU yang dibentuk oleh Parlemen begitu pula putusan pengadilan memiliki kekuatan hukum, karena para hakim, pejabat, dan warga negara perseorangan mengakui bahwa ‘norma primer’ (*primary rule*) diidentifikasi dengan menggunakan kriteria tertentu yakni UU yang ditetapkan oleh badan pembentuk hukum (*legislature*), dan putusan pengadilan bagian dari putusan pengadilan yang mengikat pengadilan lain secara hierarkis (yuriprudensi).

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

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

B. Jenis-jenis Teori Hukum dalam Ilmu Hukum Empiris

Dekade 1950-an Amerika menerima kajian hukum perspektif dan metode studi ilmu sosial. Dalam pengkajian teori hukum perspektif ilmu sosial, lebih



relevan dan lebih hidup jika ada integrasi antara teori hukum, teori politik, dan teori sosial.⁶⁹

1. Teori Keadaan Dasar Hukum

Philippe Nonet dan Philip Selznick, mengonstruksikan Teori Keadaan Dasar Hukum, dalam bukunya berjudul *Law and Society in Transtition: Toward Responsive Law* (1978). Ia mengemukakan fenomena, keadaan tiga tipe hukum sebagai berikut. **Pertama**, Tipe Hukum Represif, dari semula mengasumsikan bahwa keberadaan tata hukum, memiliki karakter, yaitu:

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

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

- a. lembaga-lembaga hukum langsung dapat diakses oleh kekuasaan politik, hukum identik dengan kekuasaan dan ditempatkan di bawah tujuan negara.
- b. kelangngan sebuah otoritas, menyiratkan suatu urusan administarsi hukum merupakan hal yang sangat penting. Dari perspektif resmi, yang terbangun, masuknya manfaat system diragukan dan kenyamanan pemerintahan yang menjadi titik berat.
- c. badan-badan kontrol yang terspesialisasi, seperti polisi, menjadi pusat-pusat kekuasaan yang independen, mereka terisolasi dari

⁶⁹ Philips Nonet dan Philip Selznick. *Hukum Responsif*. Bandung, Nusamedia, 2010. hal. 4



konteks sosial yang berfungsi memperlunak dan mampu menolak otoritas politik.

- d. suatu rezim hukum ganda melembagakan keadilan kelas dengan mengkonsolidasikan dan melegitimasi pola-pola subordinasi masyarakat.
- e. hukum pidana mendominasi adat istiadat, dan moralitas hukum yang berlaku.⁷⁰

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

- a. Hukum terpisah atau netral dari politik. Secara khas system hukum ini menyatakan kemerdekaan kekuasaan kehakiman, dan membuat garis tegas antara fungsi legislatif dan yudisial.

⁷⁰ *Ibid.*, hal. 32



- b. Tata hukum mendukung “model peraturan”, fokus pada menegakan peraturan untuk ukuran akuntabilitas para pejabat; dan pada waktu yang sama membatasi kreativitas badan peradilan campur tangan dalam domain politik.
- c. Prosedur adalah jantung hukum, keteraturan dan keadilan prosedural tujuan dan kompetensi utama dari tata hukum, bukan keadilan substantif.
- d. Kepatuhan hukum dipahami sebagai kepatuhan sempurna pada peraturan-peraturan hukum positif. Kritik terhadap hukum positif harus disalurkan lewat proses politik.

Sesungguhnya dalam tipe hukum otonom yang melahirkan *rule of law* ciri utamanya adalah pemisahan hukum dan politik serta independensi kekuasaan kehakiman. Ciri utama model *rule of law*, dan dukungannya pada otonomi kelembagaan adalah pemisahan antara kehendak politik dan putusan hukum. Hukum diangkat di atas politik; hukum positif ditegakan untuk mewujudkan standard yang disetujui publik, otentifikasinya melalui proses konstitusional, yang telah dijauhkan dari pertentangan politik. Ini berarti penegakkan hukum melalui putusan hakim yang independen dapat diterima publik apabila putusan hakim itu berada pada wilayah nonpolitik. Akibatnya terjadi tawar-menawar historis, kata Nonet dan Selznick, yakni institusi-institusi hukum memperoleh otonomi prosedural dengan syarat mengorbankan otonomi substantif. Komunitas politik mendelegasikan kepada para ahli hukum otoritas terbatas untuk bertindak bebas dari campur tangan politik, namun disertai syarat bahwa para yuris harus menjauhkan diri dari pembentukan kebijakan publik. Itulah merupakan perwujudan dari suatu periode kemenangan independensi kekuasaan kehakiman. Karakteristik hukum otonom jelas menunjukkan kapasitasnya untuk mengendalikan otoritas penguasa dan sekaligus membatasi hak dan kewajiban warga negara. Namun dalam perkembangannya muncullah masalah dan



tuntutan baru agar hukum merespons secara fleksibel problem sosial yang makin kompleks, sehingga dirasakan kebutuhan akan tata hukum yang responsif. Dalam kerangka visi mewujudkan tata hukum yang responsive serta penyatuan kembali politik dan hukum, lahirlah rezim hukum responsif. **Ketiga, Tipe Hukum Responsif. Nonet dan Selznick** menengarai bahwa pencarian hukum responsif dipicu pemikiran aliran Realisme Hukum Amerika yang ditopang oleh filsafat pragmatisme. Teori Kepentingan Sosial dari **Roscou Pound** secara eksplisit mengembangkan model hukum responsif. Postulat yang diajukan “hukum yang baik” merupakan representasi keadilan prosedural harus dilengkapi dengan keadilan substatif yang menjadi dasar legitimasi bagi hukum responsif. Karakteristik tipe hukum responsif dapat diidentifikasi, yaitu:

- a. Legitimasi hukum berdasarkan pada keadilan substantive bukan keadilan prosedural;
- b. Aturan hukum tunduk pada asas-asas dan kebijakan publik;
- c. Penalaran bertujuan, memperluas kompetensi kognitif;
- d. Diskresi diperluas, tetapi untuk tujuan yang dapat dipertanggungjawabkan;
- e. Moralitas mencakup moralitas rakyat dan moralitas kerja sama;
- f. Hukum dan aspirasi politik terintegrasi; percampuran kekuasaan (*blending power*);
- g. Partisipasi akses diperluas, juga integrasi hukum dan
- h. pembelaan terhadap masyarakat.⁷¹

Teori Keadaan Dasar Hukum dari **Nonet** dan **Selznick** dengan tiga tipe hukum yakni tipe hukum represif, tipe hukum otonom, dan tipe hukum responsif merupakan konsepsi abstrak, artinya, jarang atau tidak pernah terealisasi secara empiris. Setiap tata hukum dan institusi hukum yang ada mungkin bersifat campuran dari ketiga tipe hukum itu. Ketiga Teori

⁷¹ Philips Nonet dan Philip Selznick. *Op Cit.* hal 4



Kedaaan Dasar Hukum, dari tiga tipe hukum itu perkembangan karakteristiknya digambarkan oleh **Philippe Nonet** dan **Philip Selznick** dalam bagan seperti di bawah ini.

Tiga Tipe Hukum: Represif, Otonom, dan Responsif

	Hukum Represif	Hukum Otonom	Hukum Responsif
TUJUAN HUKUM	Tata Tertib	Legimitasi	Kompetensi
LEGITIMASI	Peratahanan Sosial dan demi kepentingan Negara sendiri	Keadilan Prosedural	Keadilan Substantif
PERATURAN	Kasar dan detail tetapi hanya lemah mengikat pembuatnya/penguasa.	Panjang lebar, mengikat pemerintah dan yang diperintah seksama, menghormati otoritas hukum mudah mengarah ke formalism dan legalisme	Dilandasi asas-asas dan kebijakan
PENALARAN	<i>Ad hoc</i> ; layak dan spesifik	Dibatasi oleh aturan hukum; pendelegasian sangat terbatas.	Purposif; memperluas kompetensi kognitif
DIKRESI	Sangat umum; oportunistis	Dikontrol oleh pembatasan-pembatasan hukum	Diperluas, tetapi akuntabel sesuai dengan tujuan
PAKSAAN	Ekstensif, pembatasan yang sangat lemah	Sesuai aturan hukum positif dan prosedur beracara	Positif dalam pencarian alternatif; misalnya untuk insentif, mendukung sistem-sistem kewajiban swasembada.
MORALITAS	Moralitas komunal, moralisme hukum; moralitas yang dibatasi demi kepentingan Negara.	Moralitas institusional; yaitu sangat memperhatikan	Moralitas rakyat; "moralitas kerjasama"



		integritas proses hukum	
POLITIK	Hukum tunduk pada kekuasaan politik	Hukum bebas dari politik, pemisahan kekuasaan.	Hukum dan aspirasi politik seiring sejalan pembauran kekuasaan.
HARAPAN KETAATAN	Tanpa Syarat tidak taat dihukum sebagai pembangkangan	Penyimpangan aturan dibenarkan misalnya untuk menguji validitas undang-undang dan peraturan	Ketidaktaan dinilai sebagai kesalahan substantive yang ringat; dipahami sebagai munculnya isu legitimasi
PARTISIPASI	Patuh secara sukarela, kritik tanda tidak loyal	Akses dibatasi prosedur; memunculkan kritik hukum	Akses memperluas integrasi hukum dan advokasi masyarakat.

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

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



berdasarkan legitimasi hukum, dan hukum harus diperkuat oleh politik, tipe hukum ini diasumsikan akan lahir dalam sistem politik yang demokratis; tipe hukum responsif yang diidealkan.

2. Teori Hukum Fungsional

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

- a. Berfungsinya hukum dapat dipahami sebagai pengartikulasian suatu hubungan yang ajeg di antara berbagai variabel yang bersifat yuridis dan nonyuridis;
- b. Hubungan antar variabel dikonstruksikan dalam rumus atau formula “**B=fPE**”, yang berarti perilaku para yuris, hakim, pembentuk undang-undang, warga masyarakat (**B**) berada dalam suatu hubungan yang bersifat ajeg (**f**) terhadap di satu pihak berbagai norma hukum (**P**) dan di lain pihak lingkungan-lingkungan kongkret (**E**);
- c. Dengan cara ini diperoleh pemahaman berfungsinya hukum secara efektif menunjukkan data dalam konteks sosialkemasyarakatan yang di dalamnya tidak hanya keadaan lingkungan faktual, tetapi juga harapan-harapan, norma-norma, asas-asas juga mempunyai arti penting;
- d. Dengan demikian tindakan yuridis tidak hanya menerapkan dan menetapkan norma-norma hukum, tetapi juga menciptakan harapan-harapan dan mengartikulasi “makna” yang terkandung dalam suatu cakrawala pengalaman tertentu”.⁷²

3. Teori Sistem

Tokoh dari teori ini adalah **Niklas Luhman** (Yuris-Sosiolog, Jerman), bukunya berjudul *Grundrechte Als Institution* (1965), di Belanda

⁷² DHM, Muewissen. *Meuwissen tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*. Bandung, Refika Adhitama, 2007. hal. 19



diperkenalkan oleh **MC. Burken** (Guru Besar Hukum Tata Negara, Universitas Utrecht) dalam bukunya berjudul *Bepreking Grondrechten* (1969). Inti teorinya dapat dideskripsikan, sebagai berikut:

- a. Hukum harus dipahami dengan latar belakang masyarakat dalam arti yang seluas-luasnya;
- b. Manusia hidup dalam berbagai hubungan antara yang satu dengan yang lain dan mempunyai harapan-harapan tentang perilaku masing-masing dan reaksi-reaksi masing-masing terhadapnya.
- c. Sistem itu memperlihatkan sejumlah besar bentuk-bentuk misalnya politik, ekonomi, hukum, dan daya jangkauan dari hukum adalah semua peran-peran yang majemuk ini memperlihatkan sifat yang khaostis, fungsi sistem di sini adalah mereduksi kompleksitas menjadikannya strukturstruktur terlihat jelas kerangkanya, dengan cara itu kehidupan menjadi tertata;
- d. Agar sistem yang lain yakni sistem politik, ekonomi dan social berfungsi, hukum sesuai karakternya yang normatif legalistis menentukan keputusan-keputusan hukum yang mengikat masyarakat;
- e. Hukum mengambil dari masyarakat yakni menerima berbagai *input* baik tuntutan maupun dukungan dan mengolahnya menjadi *output* berupa keputusan-keputusan; dengan demikian harapan-harapan yang kompleks dapat direduksi menjadi aturan-aturan hukum yang dapat diprediksi atau diperhitungkan.⁷³ Dapat disimpulkan bahwa menurut “teori sistem” hakikatnya hukumlah yang menggerakkan bekerjanya sistem-sistem sosial lainnya.

4. Teori Hukum Politik

Teori ini dikemukakan oleh **R. Wietholter**. Teori Hukum Politik bertujuan untuk membebaskan hukum dari keabstrakkannya dan menonjolkan

⁷³ *Ibid.*, hal. 20



implikasi-implikasi politik dari hukum. Teori Hukum Politik, menjelaskan keterkaitan hukum dan politik sebagai berikut:

- a. Hukum dipandang sebagai kategori politik yakni suatu sarana untuk mewujudkan pergaulan hidup yang baik dan adil;
- b. Hukum bukan fenomena yang tidak bebas nilai dalam arti netral dari politik, tetapi didalammnya berkaitan secara immanen dengan politik;
- c. Hukum selalu merupakan resultante (produk) politik dalam konteks ideologi; dan
- d. Dalam arti tertentu teori hukum politik berafinitas atau dekat dengan terori hukum Neo-marxis.

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

- a. Putusan pengadilan berpengaruh pada realisasi nilai-nilai kemasyarakatan;
- b. Hakim dalam menafsirkan UU, Preseden, dan dalam menemukan dasar hukum baru dari putusannya, mengombinasikan pertimbangannya atas dasar politik, budaya, dan hukum;
- c. Hakim dalam memutus perkara berkewajiban mengembangkan dan mengonstruksikan teorinya secara mandiri bebas dari pengaruh hakim lainnya;



- d. Dalam mengadili kasus-kasus berat atau rumit (*hard cases*) hakim dalam putusannya menggunakan pertimbangan asas-asas, teori politik, norma-norma budaya; dan
- e. Dalam putusan-putusannya hakim melakukan diskresi untuk melindungi hak-hak individu dari kekuasaan negara.⁷⁴

Charles Samford, mengembangkan **Teori Hukum Chaos**, menulis teorinya dalam bukunya berjudul *Disorder of Law: A Critic of Legal Theory* (1989). Satjipto Rahardjo, mengatakan bahwa Teori Chaos yang juga disebut “teori non-sistematik”/”teori mekanistik dalam hukum”, memberikan pandangan yang berbeda dan memperlihatkan penolakan terhadap ide keteraturan yang melekat pada hukum yang dipegang teguh kaum positivistik. Sesungguhnya pemikiran **Samford** merupakan penolakan terhadap teori sistem dalam hukum, yang menganggap bahwa masyarakat selalu dalam keadaan tertib dan teratur (sebagaimana konsep sistem). Pandangan **Samford** memperlihatkan ada cara pandang atau paradigma lain daripada paradigma positivisme yang dalam epistemologi ilmu klasik dikenal sebagai paradigma Newtonian-Cartesian.⁷⁵ Demikian juga A. Mukthie Fajar berpendapat bahwa telah terjadi “pergeseran paradigma hukum”, disebabkan oleh penolakan **Charles Samford** terhadap ketiga paradigma teori sistem hukum yang dianggapnya sudah konvensional, yaitu: (1) teori sistem hukum yang berbasis sumber (*sources base*), yakni teori-teori hukum positivis, (2) teori sistem hukum yang berbasis isi (*contentbase*), yakni teori-teori hukum alam baik teori hukum alam irasional dan teori hukum alam rasional maupun teori hukum alam modern, dan (3) teori sistem hukum yang berbasis fungsi (*functionbase*), yakni teori-teori sosiologis. Inti **Teori Chaos** dari **Charles Sanford** dapat dideskripsikan, sebagai berikut:

⁷⁴ I Dewa Gede Atmadja, *Filsafat Hukum Dimensi Tematis dan Historis*. Malang, Setara Press, 2013. hal. 183

⁷⁵ Anthon F. Susanto dan Otje Salman. *Teori Hukum Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*. Bandung, Refina Aditama. hal. 67



- a. Hukum tidak dilihat sebagai bangunan serba teratur yang logis-rasional, tetapi yang bersifat *melee* artinya masyarakat bersifat cair, tidak dapat diprediksi, dinamis, tidak bersifat sistematis-mekanis;
- b. Hukum dibangun dari hubungan antar manusia, baik dalam kehidupan sosial maupun hubungan antar individu dengan keseluruhan variasi dan kompleksitasnya yang cenderung bersifat asimetris;
- c. Hukum tunduk kepada kekuatan-kekuatan sentripetal yang menciptakan pranata yang terorganisasi, namun pada saat bersamaan juga tunduk terhadap kekuatan-kekuatan sentrifugal yang melahirkan ketidakteraturan (*disorder*), kekacauan (*chaos*);
- d. Skema dan hubungan yang dirumuskan secara formal dan eksplisit dalam peraturan perundang-undangan tidak serta merta menghilangkan sifat "*melee*" dari masyarakat;
- e. Di belakang hukum positif senantiasa terjadi interaksi antar manusia yang lebih menentukan daripada bunyi rumusan undang-undang.⁷⁶

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

⁷⁶ A. Mukthie Fajar. *Teori-teori Hukum Kontemporer*. Malang, Setara Press, 2013. hal. 31





BAB 11

TEORI HUKUM DALAM NUANSA HUKUM PRAKTIKAL

A. Teori Hukum dalam Hukum Tata Negara

Dari penelusuran kepustakaan yang secara eksplisit menggunakan label teori, penulis menemukan ada tiga bidang yang paling luas dikenal yaitu: Teori Pemisahan Kekuasaan yang dikemukakan **Baron De Montesquieu** dalam bukunya *L'Esprit de Loi*, bahasa Inggris *The Spirit of the Laws*, dikenal dengan nama teori Triaspolitika, nama yang diberikan oleh Imanuel Kant (Filosof Jerman). Dua bidang teori pada cabang Hukum Tata Negara, yakni: teori perundang-undangan terdiri dari “teori pembentukan undang-undang”, dan teori tata urutan peraturan perundangundangan yang relevan dengan *stufenbauthorie* dari Hans Kelsen.

B. Teori Pemisahan Kekuasaan dan Beberapa Modifikasi

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

In every government there are three sorts of power: the legislative, the executive the judiciary power, and the other simply the executive power of the state.... When the legislative and executive powers are united in the same person or same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehension may arise, lets the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them



*in tyrannical manner. Again, there is no liberty, if the judiciary power that not separated from legislative and executive. Were it joined which the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression.*⁷⁷ (Pada setiap negara ada tiga jenis kekuasaan: legislatif, eksekutif, dan kekuasaan yudisial, dan yang lainnya sederhananya kekuasaan eksekutif dari negara.... Bila kekuasaan legislatif dan eksekutif disatukan pada satu orang atau badan *magistrat* yang sama, kebebasan akan tiada; karena timbul ketakutan, bahwa raja atau senat sama-sama menetapkan hukum tirani, dan mereka melaksanakannya dengan cara yang tirani pula. Lagi-lagi kebebasan akan tiada bila kekuasaan yudisial tidak dipisahkan dari legislatif dan eksekutif. Penggabungan kekuasaan yudisial dengan legislatif, kehidupan dan kebebasan warga negara akan dikendalikan secara sewenang-wenang, karena hakim akan menjadi legislator. Bila kekuasaan yudisial dengan eksekutif digabung, maka hakim akan berkelakuan kejam dan menindas).

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

⁷⁷ Baron De Montesquieu. *The Spirit Of the Laws*, Translated by Thomas Nugent. New York, Hafner Press, 1949. hal. 151-152



Pembagian kekuasaan horizontal, Konstitusi USA, membagi kekuasaan negara menjadi tiga cabang pemerintahan, yaitu:

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

Dalam **pembagian kekuasaan vertikal**, Konstitusi USA mengatur pembagian antara kekuasaan pemerintah federal (pemerintah pusat) dengan pemerintah negara-negara bagian (*states*). Teori yang dianut “teori residu” yakni konstitusi menentukan secara rinci apa yang menjadi kewenangan pemerintah federal (*federal government*), sedangkan sisanya (residu) menjadi kewenangan negara-negara bagian (*states*). Kewenangan *federal government* disebut *enumerated powers*, sedangkan kewenangan *states*, dinamakan *policy power*.⁷⁸

Hilaire Barnet (2003) mengatakan, dalam ajaran pemisahan kekuasaan modern Inggris, Konstitusi Kerajaan Inggris tergolong lemah karena pemencaran atas tiga kekuasaan pada tiga badan atau personal dan fungsinya tidak murni pemisahan kekuasaan, tetapi pemisahan badan itu tidak sepenuhnya baik fungsi maupun personalnya, dan berlaku sistem *check and balances* untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*).⁷⁹

1. Teori Perundang-undangan (*Gesetzgebungstheorie*)

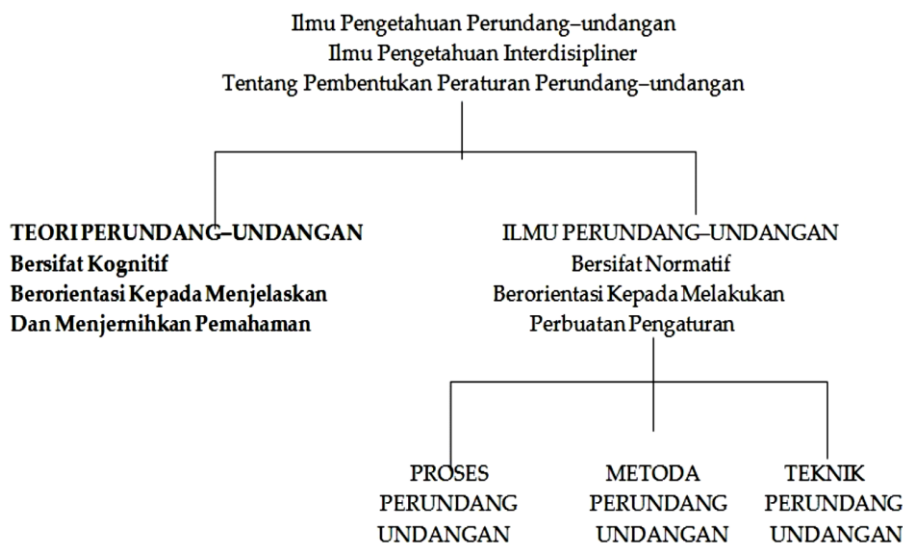
Karakter teori ini adalah kognitif dan merupakan disiplin yang interdisipliner terkait dengan ilmu politik dan sosiologi, Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan merupakan bidang Hukum Tata

⁷⁸ Suzane Bairly, et.al. *Constitutional Law*. New York, United State, 2006. hal. 31

⁷⁹ Hialire Barnet. *Constitutional & Administrative Law*. London, Cavendish Publisher, 2003. hal. 107



Negara. Digambarkan oleh Hamid S. Attamimi, Teori Perundang-Undangan merupakan bagian dari Ilmu Pengetahuan Perundang-Undangan.



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

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

a. Teori Pembentukan Produk Hukum

Pembentukan produk hukum, intinya pembentukan undangundang dalam pembangunan hukum, dapat dikategorikan sebagai problem hukum makro *law in abstracto* dalam arti membentuk norma hukum umum-abstrak dalam menata pola hubungan manusia bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara serta berkaitan dengan model penyelesaian sengketa. Di antara beragam teori penulis menganalisis dua teori pembentukan undang-undang, berturut-turut seperti di bawah ini.



1) Teori Momentum (*Momentum Theory*)

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

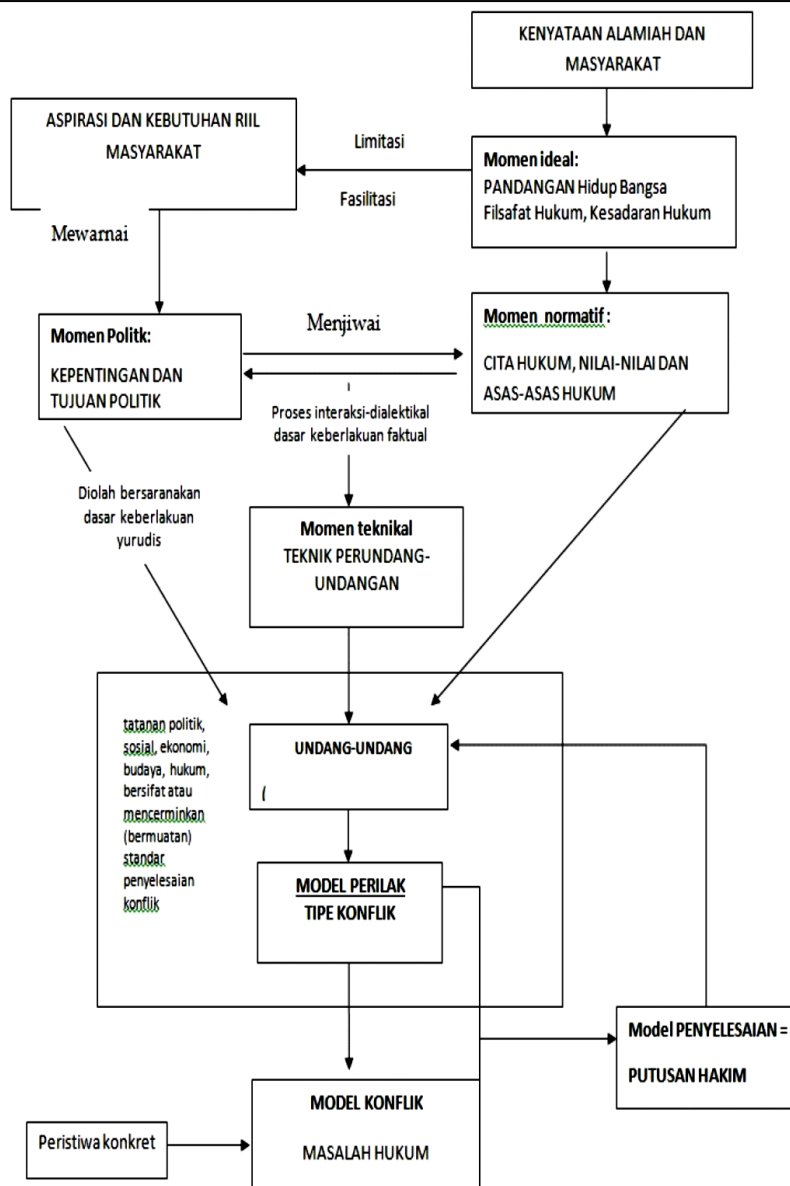
- a) **Pertama, momen idiil-filosofis** yakni berupa pandangan hidup: kultur atau budaya, keyakinan keagamaan, filsafat hukum, kesadaran hukum dan wawasan kebangsaan. Momen idiil ini secara kontekstual diwarnai oleh kenyataan alamiah serta sejarah kemasyarakatan suatu bangsa, dan kesadaran hukum.
- b)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



Momen normatif berfungsi sebagai landasan keberlakuan yuridis dari aturan hukum.

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





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

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

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

- a) **Pertama**, interaksi politik dalam proses pembentukan hukum (undang-undang) yang menunjukkan proses saling



mempengaruhi dan intervensi eksponen-eksponen yang terkait dalam kewenangan legislasi antara pembentuk hukum (*law makers*), birokrasi penegak hukum (*law enforcement bureaucracy*), dan pemegang peran (*role occupants*);

- b) **Kedua**, dipersepsikan bahwa undang-undang dalam proses pembentukan hukum merupakan produk politik, dan konfigurasi politik dipandang sebagai variabel bebas (*independence variable*), tipe hukum yang dihasilkan dari proses legislasi diposisikan pada variabel tergantung (*dependence variable*);
- c) **Ketiga**, indikator dari konfigurasi politik ditentukan oleh kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif, dan peran pers (*mass media*), sedangkan indikator proses pembentukan hukum (undang-undang), publikasi rancangan undang-undang, partisipasi masyarakat, komplain publik sebagai pemegang peran dan juga eksponen birokrasi penegak hukum.
- d) **Keempat**, proses pembentukan ini dalam konfigurasi politik demokratis mengarahkan mekanisme untuk selalu mengarahkan pada pembentukan hukum (undang-undang) responsif terhadap aspirasi, keinginan-keinginan, kebutuhankebutuhan, dan kepentingan masyarakat, dikaitkan dengan bekerjanya hukum.
- e) **Kelima**, dalam kerangka pembentukan hukum (undangundang) menunjukkan keterkaitan pembentuk undangundang (*lawmaker*) dalam kewenangannya membentuk aturan berperilaku yang menentukan sanksi, keseluruhann yaitu suatu yang kompleks dipengaruhi kekuatan sosial, politik, ideologi, dan kekuasaan-kekuasaan



lainnya dan umpan balik dari pemegang peran (*role occupant*) dan birokrasi (*bureaucracy*). Metode yang digunakan disebut **ROCCIPI**, berturut-turut: *Rule* (Peraturan), *Opportunity* (Kesempatan); *Capacity* (Kemampuan), *Communication* (Komunikasi), *Interest* (Kepentingan), *Process* (Proses), dan *Ideology* (Ideologi = nilai-nilai dan sikap). Model metode ini dikelompokkan ke dalam dua faktor (a) faktor subyektif terdiri atas: kepentingan (insentif), dan ideologi-politik (nilai dan sikap) yang punya ruang pilihan pribadi yang sangat luas; (b) faktor obyektif, terdiri atas: peraturan, kesempatan, kemampuan pembentuk undang-undang, komunikasi, dan proses.⁸⁰

3) Teori Hierarki Peraturan Perundang-undangan

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

- a) norma yang tertinggi adalah *Grundnorm* atau *basic norm* (norma dasar);
- b) karena *Grundnorm* tidak didasarkan pada norma lainya, maka *Grundnorm* karakternya ekstra-legal atau meta-yuristik (norma yang diandaikan atau norma hipotesis);

⁸⁰ Yuli Andri. *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Berkelanjutan*. Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 2009. hal. 133



- c) norma di bawahnya disebut norma umum, validitasnya didasarkan pada *Grundnorm*; dan
- d) norma yang terendah dinamakan norma individual, yang validitasnya berdasarkan norma-norma umum.
- e) dalam hierarki norma, *Grundnorm* yang karakternya sebagai norma hipotesis, tidak ditetapkan oleh otoritas, karena itu berada di luar tata hukum (positif) dan tidak dapat diubah.

Catatan, bahkan menurut **J.H. M. Klanderman** (1986), dari pikiran Hans Kelsen itu, "*de Grundnorm niet een rechtsnorm maar gedachte norm*" (*Grundnorm* itu bukanlah norma hukum, akan tetapi adalah norma pikiran). Menurut pandangan **Hans Kelsen** dalam bukunya *The Pure Theory of Law* (terjemahan **Max Knight**), menjawab mengenai fungsi *Grundnorm* (bahasa Jerman) atau *basic norm* (Inggris) merupakan jawaban epistemologis bahwa *Grundnorm* berfungsi sebagai dasar obyektif dari tata hukum positif. Dikemukakan sebagai berikut: Epistemologi dari Teori Hukum Murni adalah: dengan pengandaian *Grundnorm* yang menetapkan bahwa seseorang harus berperilaku sebagaimana yang diatur konstitusi, yakni orang berperilaku sesuai dengan kehendak subyektif pembentuk konstitusi atau menurut ketentuan otoritas pembentuk konstitusi. Fungsi dari *Grundnorm* adalah sebagai dasar validitas obyektif tata hukum positif, yakni menafsirkan makna subyektif tindakan manusia yang mengingkari norma-norma dari tatanan pemaksa yang berlaku efektif dalam maknanya yang obyektif. Dasar validitas norma-norma positif yang ditetapkan oleh yang menciptakan kehendak bertindak dan ketentuanketentuan perilaku tertentu itu adalah hasil prosedur silogisme, **premis mayor** ketentuan norma yang normanya



secara obyektif dipandang valid, yang mengharuskan seseorang untuk mematuhi perintah pribadi tertentu setiap orang harus berperilaku sesuai dengan perintahnya, **premis minor** penegasan tentang fakta seseorang telah diperintahkan harus berperilaku dengan cara tertentu, dan **konklusinya** adalah pernyataan validitas norma itu bahwa seseorang harus berperilaku sesuai dengan cara tertentu.

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

... *Grundnorm* adalah dasar yuridis dari seluruh penilaian/pengujian nilai-nilai yang mungkin dalam bingkai tata hukum suatu negara. Tata hukum itu adalah hirarkhi sistem normanorma hukum. Dalam garis besarnya bentuk sederhananya, dapat digambarkan susunannya: tingkatan yang paling rendah terdiri atas norma-norma individual yang ditetapkan oleh organorgan pelaksana/penegak hukum terutama badan peradilan/ hakim. Norma-norma individual, 'putusan hakim', juga keputusan badan dan/atau pejabat administrasi keabsahannya dibentuk oleh legislator; dan hukum kebiasaan/hukum adat wujud norma hukum berikutnya yang tingkatannya lebih tinggi dalam tata hukum. UU dan hukum kebiasaan/hukum adat ini keabsahannya tergantung pada konstitusi bentuk tingkat tertinggi tata hukum dipandang sebagai sistem norma hukum positif. Norma-norma positif adalah norma yang diciptakan oleh umat manusia. Norma-



norma yang memiliki tingkatan lebih rendah keabsahan/validitasnya berasal dari norma-norma yang memiliki tingkatan lebih tinggi. Jika kita tidak mempertimbangkan hukum internasional sebagai tatanan hukum superior atas tatanan hukum nasional, maka konstitusi satu negara representasi tingkatan tertinggi dalam tata hukum nasional. Konstitusi itu norma-normanya tidak menerima validitas dari norma hukum positif, tetapi dari norma yang diandaikan oleh pemikiran yuridis, *Grundnorm* yang hipotesis.⁸¹

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

Berbeda dengan Hans Kelsen, salah seorang muridnya yang bernama Hans Naviasky mengemukakan tata urutan norma hukum dalam “*Theorie vom Stufenaufbau der Rechtsordnung*”,

⁸¹ Kelsen, Hans. *The Pure Theory Of Law*. Berkeley and Los Angeles, University of California Press. hal. 221



mengelompokkan tata urutan norma hukum atas empat jenjang, berturut-turut. *Pertama*, *Staatsfundamentalnorm* (Norma Fundamental Negara; jenjang norma tertinggi; *kedua*, *Staatsgrundgesetz* (Undang-Undang Dasar); *ketiga*, *Formellgesetz* (undang-undang dalam arti formal); dan *keempat*, *Verordnung und Autonomesatzungen* (Peraturan Pelaksanaan dan Peraturan otonom, sebagai urutan norma terendah dalam hierarki peraturan perundang-undangan.⁸² Alam hierarki Peraturan Perundang-Undang Indonesia, bertolak dari kualifikasi Pancasila sebagai dasar Negara (*philosophischegrondslag*), merupakan sumber dari segala sumber hukum negara, maka UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang merupakan aturan hukum superior, secara enumeratifpositivistik, diatur dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang, menetapkan tata urutan peraturan perundang-undangan, sebagai berikut:

- a) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b) Ketetapan MPR
- c) Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d) Peraturan Pemerintah;
- e) Peraturan Presiden; dan
- f) Peraturan Daerah Provinsi dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Model hierarkhi secara enumerasi ini menimbulkan kekhawatiran **Philipus M. Hadjon**, karena yang seyogyanya digunakan pola hubungan hierarkis yang terpusat pada

⁸² Maria Farida Indriati S. *Ilmu Perundang-Undang, Jilid 1*, 2007. hal. 45



Konstitusi yang merupakan hukum positif tertinggi, dan bukan pola enumerasi atau daftar aturan hukum. Tiga konstitusi yang menganut pola hierarkis, yaitu: 1) **Konstitusi Jerman**; Pasal 31: Hukum Federal mengalahkan hukum negara bagian. Note: rumusan itu menegaskan hukum federal **superior** terhadap hukum negara bagian. Artikel 20 III: kekuasaan legislatif tunduk kepada ketentuan konstitusi, kekuasaan eksekutif dan kekuasaan kehakiman terikat pada ketentuan undang-undang dan keadilan. Note: rumusan itu menegaskan bahwa aturan hukum buatan legislatif **superior** terhadap aturan eksekutif dan yudisial (melalui *rechtsvinding*=penemuan hukum). 2) **Konstitusi Belanda**; Pasal 94 *Grondwet*: dalam Kerajaan tidak boleh diterapkan, ketentuan hukum yang bertentangan dengan ketentuan perjanjian (traktat) yang mengikat. Note: rumusan itu menunjukkan bahwa traktat **superior** terhadap hukum nasional. 3) **Konstitusi Perancis**; merumuskan hubungan hierarkis dengan pola yang lain dibandingkan dengan pola Jerman dan Belanda. Pasal 34 Konstitusi Perancis merumuskan daftar kewenangan **legislative** dan residual atau sisa dari daftar itu termasuk kewenangan eksekutif yang diatur dalam bentuk "*relgements*". Berdasarkan pandangan bahwa sistem ketatanegaraan Indonesia menganut "supremasi Konstitusi", maka menurut **Philipus M. Hadjon** jenis aturan hukum seyogyanya membedakan tiga produk hukum utama sesuai dengan kewenangan yang membentuknya, yaitu:

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



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

b. Teori dalam Hukum Administrasi

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

*Administratie betekent hetzelfde als bestuur, Administratiefrecht wordt daarom ook wel bestuursrecht genoemd. Men kan bestuur ook opvatten als berstuursfunctie, dat will zeggen al seen overheidstaak die noch wetgeving, no rechtspraak is.*⁸³

Terjemahan bebas:

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

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

1) Teori Cara Memperoleh Wewenang

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

⁸³ Irfan Fachruddin. *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*. Bandung, Alumnii, 2004. hal. 29



Ketiga cara memperoleh wewenang tersebut yakni sebagai berikut:

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

- (1) atribusi merupakan cara yang normal untuk memperoleh wewenang pemerintahan;
- (2) atribusi juga merupakan wewenang untuk membuat keputusan (*besluit*) yang langsung bersumber kepada undang-undang dalam arti materiil;
- (3) atribusi merupakan pembentukan wewenang tertentu dan pemberiannya atau didistribusinya kepada organ tertentu;
- (4) pembentukan wewenang dan distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam UUD; dan pembentukan wewenang pemerintahan didasarkan pada wewenang yang ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan;
- (5) dalam hukum administrasi positif ditemukan berbagai ketentuan tentang atribusi. Dalam hukum positif kita (Indonesia), contoh tentang pembentukan wewenang



atribusi, antara lain: Pasal 4 ayat (1) UUD 1945: “Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan”; Pasal 76 UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup: “Menteri, Gubernur, atau Bupati dapat menerapkan sanksi administratif kepada penanggung jawab usaha....dst.; Dalam Perda Bangunan ditemukan berbagai variasi pemberian wewenang atribusi, misalnya: “dilarang tanpa izin Bupati untuk mendirikan bangunan di wilayah Rumusan larangan tersebut sekaligus menetapkan wewenang atribusi dari Bupati untuk memberikan izin Mendirikan Bangunan.⁸⁴

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

⁸⁴ Philipus M. Hadjon, et.al. *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi*. Yogyakarta, Gajah Mada University Press, 2011. hal. 11



- (1) delegasi harus definitif, artinya delegasi tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu.
- (2) delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan untuk itu dalam peraturan perundangundangan.
- (3) delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi.
- (4) kewajiban memberi keterangan (penjelasan), artinya delegasi berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut.
- (5) adanya peraturan kebijakan (*beleidregel*) untuk memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.⁸⁵

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

- a) mandat terjadi bila organ atau badan yang secara resmi memiliki wewenang pemerintahan tertentu (atribusi atau delegasi) tidak dapat menangani sendiri wewenang tersebut, para pegawai bawahan dapat diperintahkan untuk menjalankan atas nama organ atau badan/ pejabat yang sesungguhnya diberi wewenang;

⁸⁵ *Ibid*, hal. 13



- b) pada mandat kita tidak bisa berbicara tentang pemindahan wewenang dalam arti yuridis;
- c) meskipun yang menjalankan wewenang itu penerima mandat tetapi secara yuridis keputusan yang ditetapkan merupakan keputusan organ atau badan/pejabat pemberi mandat, di sini sesungguhnya kita berbicara tentang bentuk perwakilan organ/badan pemerintahan;
- d) pemberi mandat (mandatans) juga tetap dapat menangani sendiri wewenang bilamana ia kehendaki, dan bisa memberikan segala petunjuk kepada para mandatarisnya; dan
- e) pada akhirnya pemberi mandat (mandatans) lah yang secara yuridis bertanggung jawab dan bertanggung gugat atas tindakan atau keputusan penerima mandat (mandataris), karena keputusan yang diambil berdasarkan mandat, dan perkataan mandataris secara yuridis tidak lain dari perkataan mandatans.
- f) mandat dapat juga terjadi kepada “bukan bawahan”, dengan syarat: 1) mandataris menerima pemberian mandat, 2) wewenang yang diberikan adalah wewenang sehari-hari, dan 3) ketentuan perundang-undangan tidak menentang pemberian mandat itu.⁸⁶

Menurut pandangan para ahli Hukum Administrasi, dari sisi tanggung jawab dan tanggung gugat dalam memperoleh wewenang pemerintahan berdasarkan **delegasi** dan **mandat** terdapat perbedaan prinsipial. Perbedaannya dalam hal tanggung jawab dan tanggung gugat jabatan,

⁸⁶ Irfan Fachruddin. *Op Cit.* hal. 54



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

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

Menurut **Van Poelje** sebagaimana dikutip oleh Kuntjoro Purbopranoto, memberi arti bahwa “tindak pemerintahan” sebagai tindakan yang dilakukan oleh penguasa dalam menjalankan fungsi pemerintahan, penguasa (*overheid*) sama



dengan badan dan/atau pejabat pemerintahan. Tindak pemerintahan (*bestuurhandelingen*) dibedakan atas “tindakan nyata” atau “tindakan materiil” (*fetelijke handelingen*) dan “tindakan hukum pemerintah” (*srechtshandelingen*). Tindak pemerintahan nyata atau materiil (*fetelijke handelingen*) dimaknai suatu tindakan factual pejabat pemerintahan, contohnya seorang Gubernur meresmikan bangunan infrastruktur, Jalan Tol. Karena tindakan pemerintah yang bersifat faktual dipandang tidak menimbulkan akibat hukum, dalam literatur hukum tidak relevan dibahas.

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

Ternyata dalam teori dan yur isprudensi di Negeri Belanda berkenaan dengan “tindakan hukum pemerintah” (*bestuursrechtshandelingen*) mengalami perkembangan; dalam arti pada awalnya “tindak hukum pemerintahan” dianut paham sempit hanya berupa “tindakan hukum publik”. Kemudian dianut pandangan “tindakan hukum pemerintah” dalam penyelenggaraan fungsi pemerintahan arti luas baik di bidang “hukum publik” maupun di bidang “hukum privat”.



Di Negeri Belanda, teoritis hukum, **J.A. Loef**, **H. Dooyewerd**, dan **Paul Scholen**, menganut paham sempit, bahwa pemerintah atau administrasi negara dalam menjalankan tugas pemerintahan tidak dapat memakai hukum privat. Jadi, tindakan hukum pemerintah hanya di bidang hukum publik. Di balik itu **Huart**, **G.J. Wiarda**, dan **Kranenburg**, menganut paham yang luas bahwa tindakan hukum pemerintah dalam menyelenggarakan fungsi pemerintahan dapat dilakukan baik dalam hukum publik maupun dalam hukum privat. Alasannya, apabila tidak ada norma-norma Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi yang mengatur hubungan hukum antara badan dan/atau pejabat pemerintahan dengan subyek hukum dalam penyelenggaraan kepentingan khusus dalam bidang pemerintahan dan kesejahteraan (*bestuurzorg*) pemerintah dapat menggunakan aturan-aturan hukum privat (Utrecht, 1960, p. 4).

Yuris Indonesia, **E. Utrecht**, menganut paham luas, bahwa tindakan hukum pemerintah dapat menggunakan hukum privat, alasannya bahwa “sejalan dengan perkembangan cara memerintah dari cara sepihak dengan menetapkan peraturan-peraturan (*regulerend*) dan penetapan-penetapan (*beschikking*) kini bergeser kepada **kerja sama** (cetak tebal dari penulis) dengan subyek hukum baik individu, masyarakat maupun badan hukum perdata. Pelaksanaan kerja sama sebagian besar menggunakan ketentuan-ketentuan hukum privat.⁸⁷

Philipus M. Hadjon, menyatakan bahwa “tindak pemerintahan” yang berupa tindakan hukum terdiri atas: (1) tindakan hukum publik, dan (2) tindakan hukum privat. Ini berarti jika badan dan/atau pejabat pemerintah menyepakati perjanjian menurut

⁸⁷ E. Utrecht. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Bandung, Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Padjajaran, 1960. hal. 4



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

Di Indonesia, terkenal Yurisprudensi MA, No.838 K/Sip/1970 tertanggal 3 Maret 1971, tampaknya mengikuti ajaran HR dalam *Osterman Arrest* tahun 1924 yurisprudensi perbuatan melawan hukum penguasa (*OOD*) menggunakan dua alasan saja, yakni (1) perbuatan penguasa melanggar hak subyektif orang lain, dan (2) perbuatan penguasa melanggar kewajiban hukumnya sendiri, baik yang bersifat *publiekrechtstelijk* (hukum publik) maupun *privaatrechtstelijk* (*hukum privat*). Dalam perkembangannya MA mengeluarkan surat edaran, SEMA, No. MA/Pemb./o157/1977, tetanggal 25 Februari 1977, yang pada pokoknya berisi: “petunjuk agar yurisprudensi dalam Putusan MA, No.838 K/Sip/1971, tertanggal 3 Maret 1971 disempurnakan, bahwa Hakim perlu menyadari falsafah hidup bangsa Indonesia menghendaki keseimbangan antara perlindungan terhadap individu dan kepentingan terhadap persekutuan seperti penguasa. Hakim dalam menentukan adanya perbuatan



melawan hukum penguasa, agar tidak hanya melihat perbuatan materiil yang dilakukan oleh penguasa, tetapi juga memperhatikan kaidah hukum tidak tertulis. Secara universal telah diterima adanya Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (*Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur*) sebagai aturan hukum tidak tertulis yang mengikat penguasa dalam melaksanakan fungsinya". Ini harus dipahami bahwa MA menganut doktrin bahwa sesuai dengan perkembangan **Yurisprudensi** bahwa badan dan/atau pemerintah serta penyelenggara negara lainnya dalam tindakan hukum pemerintah terikat pada UU dalam arti materiil dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB). Pasal 53 ayat (2) UU No. 24 tahun 2009 Pasal 53 ayat (2) jo. UU No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, menentukan "alasan untuk mengajukan gugatan atas Keputusan Tata Usaha Negara, yaitu:

- (a) bertentangan dengan peraturan perundang-undangan,
- (b) melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik".

Doktrin mengelompokkan AAUPB atas dua kelompok yaitu: "asas-asas formieel" dan "asas-asas materieel".

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

- (i) Crine La Roi (1978) mengemukakan sebelas butir AAUPB, yaitu:



- a. Asas kepastian hukum;
 - b. Asas keseimbangan;
 - c. Asas bertindak cermat;
 - d. Asas motivasi untuk setiap keputusan badan pemerintahan;
 - e. Asas tidak boleh mencampuradukkan kewenangan;
 - f. Asas kesamaan dalam mengambil keputusan;
 - g. Asas permainan yang jujur;
 - h. Asas keadilan atau kewajaran; asas larangan bertindak sewenang-wenang (*wilkeuur*);
 - i. Asas menanggapi harapan yang wajar;
 - j. Asas meniadakan akibat-akibat keputusan yang batal;
 - k. Asas perlindungan atas pandangan hidup pribadi:
- (ii) Koentjoro Purbopranoto dua asas lagi yaitu;
- a. Asas kebijaksanaan; dan
 - b. Asas penyelenggaraan kepentingan umum.

Kedua asas itu sesuai dengan alam pikiran bangsa Indonesia.⁸⁸

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

1. Asas larangan penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*);
2. Asas larangan bertindak sewenang-wenang (*willekeur*);
3. Asas larangan diskriminasi (asas persamaan);
4. Asas bertindak cermat; dan
5. Asas keseimbangan (proporsional).

UU No. 28 Tahun 1999 jo. UU No. 9 Tahun 2004, menentukan asas-asas penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas KKN, diberlakukan juga sebagai alasan untuk mengajukan gugatan ke

⁸⁸ Philipus M. Hadjon, dkk. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (An Introduction Indonesia Administration Law)*. Yogyakarta, Gajah Mada University Press, 1990. hal. 431



Pengadilan Tata Usaha Negara dalam sengketa Tata Usaha Negara dengan alasan melanggar A.A.U.P.B, mencakup:

1. Asas kepastian hukum, mengandung arti bahwa dalam Negara hukum berlaku asas mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan;
2. Asas tertib penyelenggaraan negara, yakni mengutamakan asas landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara;
3. Asas keterbukaan, yakni asas yang membuka diri terhadap hak-hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan Negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak-hak pribadi, golongan, dan rahasia negara;
4. Asas kepentingan umum, yakni asas yang mengedepankan kepentingan rakyat bersama secara keseluruhan daripada perseorangan atau individu.
5. Asas proporsionalitas, yakni asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara;
6. Asas profesionalitas, yakni asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan peraturan perundang-undangan; dan
7. Asas akuntabilitas, yakni asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara Negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan.

Menurut hukum positif, ketujuh asas ini identik dengan AAUPB. Dari sisi doktrin kurang tepat karena fungsi asas sebagai meta-



norma, sedangkan undang-undang merupakan norma hukum, disamping itu AAUPB lahir dan berkembang dari ajaran dalam ilmu hukum (doktrin) dan dikukuhkan melalui yurisprudensi, dan masih akan berkembang, tidak statis seperti norma pada undang-undang.

2) Teori Perlindungan Hukum

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

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

Dalam konteks keindonesiaan **Philipus M. Hadjon**, istilah yang dipandang tepat adalah “perlindungan hukum bagi rakyat”, bukan “perlindungan hukum bagi rakyat terhadap pemerintah”, seperti konsep Hukum Belanda, dengan argumentasi, (i) istilah “rakyat” sudah mengandung pengertian sebagai lawan dari istilah “pemerintah”; (2) dicantumkannya “terhadap pemerintah” atau “terhadap tindak pemerintahan”, menimbulkan kesan seolah-olah ada konfrontasi antara rakyat yang diperintah dan pemerintah sebagai yang memerintah,



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



dilakukan, yang diajukan oleh Warga Masyarakat”; dan ayat (2) “Dalam hal Warga Masyarakat tidak menerima atas penyelesaian keberatan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) Warga Masyarakat dapat mengajukan banding kepada atasan Pejabat”.

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



administrasi negara namun hak itu diakui sebagai suatu ketentuan umum (*generale rule*), seperti: Denmark dan Finlandia. **Ketiga**, negara-negara yang tidak memiliki ketentuan umum prosedur administrasi negara namun menjamin hak-hak tersebut dalam kasus-kasus tertentu, seperti: Turki, Belgia, Luxemburg, Prancis, dan Inggris.⁸⁹

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

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

- a) *Bescherming via de democratie* (Perlindungan melalui demokrasi), bentuknya setiap warga negara dapat mengajukan petisi kepada pemerintah kota, pemerintah provinsi, atau parlemen, sesuai dengan ketentuan Pasal 5 *Grondwet* (UUD Belanda).
- b) *Bescherming via bestuurlijk-hierarchische verhoudingen* (perlindungan melalui hubungan hierarki pemerintahan),

⁸⁹ Philipus M. Hadjon. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Edisi Khusus Peradaban, 2007. hal. 4



bentuknya banding administrasi berkaitan dengan kewenangan pejabat pemerintah atasan, misalnya hak memberikan atau menolak persetujuan keputusan pemerintah kota oleh pemerintah provinsi, berdasarkan pertimbangan keabsahan (*rechmatigheid*), dan kepentingan umum (*doelmatigheid*), sesuai dengan ketentuan Pasal 28 *Wet op de ruimtelijke ordening* (UU Penataan Ruang).

- c) *Bescherming via juridische voorzieningen* (perlindungan melalui pengaturan juridis), bentuk layanan bahwa keputusan penguasa yang disengketakan melalui kewenangan kekuasaan kehakiman, baik oleh hakim pengadilan perdata, maupun badan-badan khusus sebagai pengadilan administrasi.⁹⁰

Dari ketiga bentuk perlindungan hukum yakni “melalui demokrasi” dalam bentuk petisi baik kepada pemerintah daerah maupun parlemen, dan bentuk perlindungan hukum “melalui banding administrasi” (*adminsratief beroep*), jelas merupakan sarana perlindungan non-yuridis atau perlindungan hukum yang bersifat preventif. Di balik itu perlindungan hukum melalui kontrol yuridis, yakni penanganan perlindungan oleh badan peradilan baik keperdataan, maupun badan peradilan administrasi khusus adalah perlindungan hukum represif. **Philpus M. Hadjon**, mengemukakan bahwa di **Belanda** yang menganut sistem hukum sipil (*civil law system*), menyebutkan dewasa ini badan-badan yang menangani perlindungan hukum bagi rakyat yang bersifat represif, meliputi: *rechtspraak van de gewonerechtster* (peradilan biasa), *administratief rechtspraak*

⁹⁰ J.B.J.M. ten Berge dan R.J.G.M. Widderschoven, *Bescherming Tegen de Overhead Nederlands Algemeen Bestuursrecht 2*, Institut Voor Staats En Administrativerecht, Universitas Utrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001. hal. 5-6



(peradilan administrasi “khusus”), *administratief beroep*, *nationale ombudsman*. Ombudsman bukanlah badan atau sarana perlindungan hukum seperti *gewone rechtster*, *administratief beroep* ataupun *administratief rechtspraak* karena ombudsman melakukan *toetsing* (pengujian) atas dasar norma-norma kepatutan (*normen van behoorlijkheid*).⁹¹ Menurut penulis di Indonesia dewasa ini penanganan perlindungan hukum represif bagi rakyat meliputi: peradilan perdata, pengadilan pengadilan khusus, peradilan tata usaha negara, banding administrasi, sedangkan Ombudsman yang berwenang menerima dan menindaklanjuti pengaduan atas laporan warga masyarakat merupakan perlindungan hukum preventif, meskipun Ombudsman atas inisiatif sendiri dapat melakukan investigasi terhadap dugaan mal administrasi, tetapi keputusannya hanya merupakan rekomendasi dan tidak dapat ditegakkan, tidak seperti putusan badan peradilan yang memiliki kekuatan memaksa.

C. Teori Hukum dalam Hukum Pidana

Penulis terbatas mengikuti **Jan Remelink**,⁹² mengidentifikasi di antaranya: teori penafsiran undang-undang, teori kausalitas, dan teori pembedaan.

1. Teori Penafsiran Undang-undang

Teori ini pada intinya menjelaskan bahwa dalam ilmu hukum pidana ada dua pedoman yang diikuti oleh hakim ketika ia melakukan penafsiran teks undang-undang. *Pertama*, dua prinsip regulatif yang saling terkait erat, yaitu: asas proporsionalitas dan asas subsidiaritas. Di Jerman, keduanya disebut sebagai *Fundamentalnormen des Rechtsstaats* (Norma-norma

⁹¹ Philipus M. Hadjon. *Op Cit.* hal. 9

⁹² Jan Remelink. *Hukum Pidana: Komentar Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Terjemahan Tristam Pascal Moeliono, dkk. Jakarta, PT. Gramedia Pustaka Utama, 2003.



dasar Negara Hukum). Asas proporsionalitas mensyaratkan keseimbangan antara cara dan tujuan. Terkait dengan penentuan berat ringannya hukuman sesuai dengan kesalahan mengacu pada tujuan pemidanaan (efek jera?). Asas subsidiaritas menuntut jika suatu persoalan sulit memunculkan beberapa alternatif pemecahan, maka harus dipilih pemecahan yang paling sedikit menimbulkan kerugian. Sebagai ilustrasi, jika hakim dihadapkan pada suatu penyelesaian ancaman pelanggaran berat dalam kasus pencemaran lingkungan, sepatutnya diupayakan terlebih dahulu mengedepankan hukum administrasi, misalnya pencabutan izin.⁹³ Di sini berlaku asas *optimum remedium* dalam pemidanaan.

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

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

⁹³ *Ibid.* hal. 46



ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Perancis (mulai berlaku tanggal 1 Maret 1994) yang menetapkan: *La loi penale est d'interpretationstricte* (hukum/kitab undang-undang hukum pidana harus ditafsirkan secara strik/sempit tidak secara luas).

2. Teori Kausalitas

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

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

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

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

Inti teori ini menjelaskan bahwa yang dipahami sebagai sebab dari suatu perbuatan pidana adalah perbuatan yang paling dekat menimbulkan akibat. Menurut pendapat G. E. Mulder, teori *Causa Proxima* dilatarbelakangi oleh pemikiran bahwa “sebab dan akibat tidak boleh berjarak terlalu jauh”.⁹⁴ Sebab yang diperkirakan dapat lepas atau berjarak jauh dari akibat disebut “*causa remota*”. Dari latar

⁹⁴ *Ibid.* hal. 128



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

c. Teori Relevansi

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

d. Teori Adequat

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



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

- 1) **Teori adequate subyektif**, dianut oleh **Von Kreis**, menjelaskan bahwa sebab yang menjadi rangkaian factor-faktor yang berpengaruh atau berhubungan dengan timbulnya/terwujudnya delik atau tindak pidana, hanya satu sebab yang dapat diterima menimbulkan akibat yakni sebab yang dapat diketahui oleh pelaku. Menurut **Jan Remelink**, dalam memahami “**teori adekuat subyektif**” perlu dimasukkan unsur kesalahan ke dalam rumusan tindak pidana, karena yang dapat diperhitungkan sebagai *causa* (sebab) bukan hanya fakta obyektif melainkan apa yang sesungguhnya terjadi dalam kesadaran pelaku.
- 2) **Teori adekuat obyektif**, menjelaskan bahwa yang menjadi sebab yang data menimbulkan akibat dari suatu delik atau tindak pidana hanyalah fakta obyektif (berasal dari **pengetahuan ontologis** yakni pengetahuan empiris) dalam suatu rangkaian sebagai faktor-faktor yang berkaitan dengan terjadinya delik



setelah kejadian. Dengan perkataan lain *causa* (sebab) dari akibat suatu tindak pidana yang terjadi terletak pada faktor obyektif atau diduga obyektif. Teori adequate obyektif diantar oleh **Rumelin** (Jerman).

- 3) **Teori adekuat pasif** atau **teori omisi** (pembiaran) berlaku pada delik yang bersifat formal tanpa mempersoalkan akibat dari perbuatan. Ini berarti meskipun si pelaku tindak pidana atau delik (kejahatan) dapat dikatakan merupakan sebab (*causa*) terjadinya akibat. Contohnya seorang ibu yang menurut hukum wajib merawat bayinya tetapi karena si ibu tidak memberikan air susu, dapat dikualifikasi karena kelalaian (Pasal 359 KUHP), sebagai sebab (*causa*) yang mengakibatkan bayinya mati. Keterkaitannya dengan ***causa adekuat*** dalam delik omisi (pembiaran) karena bilamana terdapat kemungkinan nyata bahwa akibat kematian si bayi tidak akan terjadi, jika si ibu yang mengemban kewajiban merawat melaksanakan tugasnya. Teori tergolong “teori omisi” tidak murni, karena bersifat delik materiil adanya akibat “kematian si bayi. Di balik itu “teori omisi murni”, sifat delik formiil, tidak tergantung pada akibat. Contoh, seorang saksi, saksi ahli yang dipanggil untuk menghadap ke muka pengadilan untuk memberikan kesaksian atas satu kasus pidana, jika tanpa alasan yang sah menurut hukum, ketidakhadirannya itu, dapat merupakan *causa* (sebab), sehingga mereka bertanggung jawab, diancam pidana.
- 4) **Teori Kausalitas Komulatif**, intinya menjelaskan bahwa hakim melihat rangkaian faktor-faktor kejadian yang dipandang mengintervensi faktor lainnya sebagai *causa* (sebab) yang menimbulkan akibat dari suatu delik. Atau dengan perkataan lain bahwa “**sebab kedua**” dari pelaku diduga mengintervensi “**sebab pertama**” yang menimbulkan akibat delik. Apabila



“sebab kedua” memang dapat diduga sebelumnya, maka sebab (*causa*) yang dipandang menimbulkan akibat yang sama seperti pada sebab pertama, maka kedua pelaku itu dibebani pertanggungjawaban atau tanggung-gugat pidana (*crime liability*). Seorang yuris dogmaticus (ahli hukum dogmatik) Jerman, **Frank**, memberi contoh: A meracuni B (“sebab pertama”) yang diperkirakan dalam waktu 1 jam, B pasti mati. Namun belum berselang 1 jam, B ditembak oleh C (“sebab kedua”). Meskipun kejadian penembakan oleh C kejadian yang berdiri sendiri, tetap dikatakan penembakan C mengintervensi “sebab pertama”, sehingga A dikualifikasi melakukan percobaan pembunuhan, dan C sebagai yang menghilangkan nyawa orang lain (Pasal 338 KUHP).

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

3. Teori Pidanaan

Teori-teori pidanaan menjelaskan dasar pembenaran ilmiah penjatuhan sanksi pidana termasuk adanya pandangan yang menentang pidanaan baik bersandar pada keberatan religius, keberatan biologis, dan sosial.⁹⁵ Teori-teori Pidanaan dapat diidentifikasi dalam tiga teori utama.

⁹⁵ Jan Remelink. *Op Cit.* hal. 595



a. **Teori Absolut/Teori Pembalasan (*Vergelding Theorie*);**

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

Nigel Walker, menamakan Teori Absolut dengan “Teori Retributif”, dibedakan atas: retributif murni dan tidak murni. Retributif murni memandang bahwa sanksi pidana harus sepadan dengan kesalahan. Teori Retributif tidak murni dikelompokkan, yaitu:

- 1) **Teori retributif terbatas** (*the limiting retribution*) yang berpendapat bahwa sanksi pidana tidak harus sepadan dengan kesalahan. Namun yang penting bahwa kejahatan itu menimbulkan keadaan yang tidak menyenangkan. Sanksi pidana tidak melebihi batas-batas yang tepat untuk penetapan kesalahan pelanggaran.
- 2) **Teori retributif distribusi** (*Retribution in retribution*), pemidanaan tetap dirancang sebagai pembalasan, tetapi harus ada batas yang tepat dalam retribusi beratnya sanksi.

b. **Teori Relatif (*Doel Theorien*);**

Intinya, menjelaskan bahwa dasar pidana itu alat untuk menegakkan tata tertib (hukum) dalam masyarakat. Karena itu pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan pelaku, tetapi instrumen untuk mencapai ketentraman dan ketertiban masyarakat. Sanksi ditekankan pada tujuannya, yakni untuk mencegah agar orang tidak



melakukan kejahatan, bukan bertujuan untuk pemuasan absolut atas keadilan. Teori Relatif/Tujuan mencakup: pencegahan khusus (*speciale preventie*) yang ditujukan kepada pelaku, dan pencegahan umum (*generale preventie*) yang ditujukan kepada masyarakat. **Teori Relatif** bertumpu pada tiga tujuan utama, yaitu: pencegahan (*prevention*), menakut-nakuti (*deterrence*), *reformation*. Tujuan pencegahan atau preventif tujuannya untuk melindungi masyarakat dengan menempatkan pelaku di luar masyarakat (lembaga pemasyarakatan). Tujuan menakuti-nakuti, penekanannya pada psikologis yakni menimbulkan rasa takut bagi individu pelaku agar tidak mengulangi perbuatannya, maupun bagi masyarakat untuk jangka panjang. Tujuan reformasi (pembaharuan) untuk mengubah sifat jahat si pelaku dengan dilakukannya pembinaan dan pengawasan oleh institusi yang berwenang, untuk nantinya si pelaku kembali hidup di tengah-tengah masyarakat dapat hidup menjadi berperilaku sebagai orang yang baik. Perlu dipertegas lagi menurut **Zevenbergen** sebagaimana dikutip oleh **Wirjono Projudikoro** (mantan Ketua Mahkamah Agung era Tahun 60-an) bahwa penjatuhan sanksi pidana dalam hal tujuan memperbaiki si pelaku, mencakup tiga sasaran yaitu: (i) perbaikan yuridis agar sikap si pelaku menaati undang-undang; (ii) perbaikan cara berfikir agar si pelaku insyaf akan jeleknya kejahatan; (iii) perbaikan moral agar si pelaku dari sisi nilai kesusilaan memiliki menjadi orang yang bermoral yang baik. Namun ada tiga kelemahan yang menonjol pada “teori relatif/tujuan”, yaitu: (i) dapat menimbulkan ketidakadilan, karena tidak membedakan sifat kejahatan ringan atau berat keduanya disamakan, (ii) kepuasan masyarakat diabaikan, karena hanya menekankan pada tujuan memperbaiki si pelaku atau terpidana, dan (iii) sulit dilaksanakan dalam praktik, karena tujuan mencegah (*prevention*) dan menakut-nakuti (*deterent*), tampaknya



tidak berlaku bagi residivis. Karena itulah muncul teori yang ketiga, disebut “teori gabungan”

c. **Teori Gabungan/Modern (*Vereniging Theorien*)**,

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

- 1) Tujuan terpenting pidanaaan untuk memberantas kejahatan sebagai suatu gejala masyarakat;
- 2) Ilmu Hukum Pidana dan perundang-undangan pidana harus memperhatikan hasil studi antropologi dan sosiologi; dan
- 3) Pidanaaan merupakan sarana paling efektif bagi negara/pemerintah untuk memberantas kejahatan, karena itu penjatuhan sanksi pidana harus dikombinasikan dengan upaya sosial lainnya.

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

4. **Teori dalam Hukum Perdata**

Dalam teori Hukum Perdata, penulis menemukan dalam kepustakaan yaitu teori tanggung jawab perdata dan teori badan hukum serta teori tanggung jawab badan hukum. Secara praktis dikenal dua konsep



mengenai istilah tanggung jawab, yang berkarakter publik terkait dengan kewajiban dalam jabatan digunakan istilah “pertanggungjawaban” (*responsibility*), sedangkan yang berkarakter privat berkenaan dengan hak digunakan istilah “tanggung gugat” (*liability*) atau “tanggung jawab”. Karena teori dalam Hukum Perdata berkarakter privat, dalam analisis digunakan istilah tanggung-gugat atau tanggung jawab.

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

1) Teori Kesalahan, intinya menjelaskan bahwa tanggung gugat didasarkan pada prinsip adanya unsur kesalahan pada pihak tergugat dalam perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatig-daad*) sebagaimana diatur Pasal 1365 KUHP. Dalam *common law system*, prinsip tanggung gugat atas dasar kesalahan disebut “*principle based on fault*” berlaku umum baik pada Hukum Perdata maupun Hukum Pidana. Menurut “*principle based on fault*”, seseorang baru dapat dimintakan “tanggung jawab” yuridis jika ada unsur kesalahan pada tergugat. Terkait dengan prinsip tanggung gugat berdasarkan kesalahan, menurut ketentuan Pasal 1365 KUHPerd yang diklasifikasi sebagai perbuatan melawan hukum, perlu dicermati unsur-unsur yang harus dipenuhi, yaitu:

- a) adanya perbuatan;
- b) adanya unsur kesalahan;
- c) adanya kerugian yang diderita materiil dan non-materiil;
- d) adanya hubungan kausalitas antara kesalahan dan kerugian.

Perlu dijelaskan bahwa unsur kesalahan mengandung arti selain bertentangan dengan undangundang dalam arti



materiil, tetapi juga bertentangan dengan kepatutan dan kesusilaan masyarakat.

- 2) Teori selalu Bertanggung Gugat, intinya menjelaskan bahwa tergugat selalu dianggap bertanggung gugat. Dikenal sebagai “*presumption of liability*”. Dalam prinsip ini beban pembuktian yang dianut “beban pembuktian terbalik” relevan pada “tanggung gugat produsen” (*product liability*) diterapkan pada kasus gugatan konsumen. Namun posisi konsumen sebagai penggugat tetap terbuka untuk digugat balik oleh pelaku usaha, apabila konsumen gagal menunjukkan kesalahan tergugat.
- b. Teori Praduga Tidak Selalu Bertanggung Gugat**, intinya menjelaskan bahwa penggugat atau dunia usaha tidak selalu dapat dimintakan tanggung jawab. Jadi, merupakan kebalikan dari prinsip “*presumption of liability*”. Teori ini berlaku terbatas pada hukum pengangkutan seperti penerbangan. Contoh kerusakan dan kehilangan bawaan yang dibawa (*cabin*) yang diawasi penumpang adalah tanggung jawab pada penumpang. Ini berarti tergugat atau pelaku usaha tanggung jawabnya terbatas, hanya bila konsumen, tergugat dapat membuktikan kesalahan penggugat, pelaku usaha. Jadi, berlaku bahwa beban pembuktian ada pada konsumen.
- c. Teori Tanggung Gugat Mutlak**, intinya menjelaskan bahwa kesalahan bukanlah faktor yang menentukan untuk dapat meminta tanggung jawab pada tergugat atau pelaku usaha. Ada dua pandangan para ahli pada prinsip yakni tanggung jawab mutlak memiliki batas-batas artinya tergugat atau pelaku usaha dapat bebas dari tanggung jawab apabila ada sebab yang prinsipil dialaminya, misalnya keadaan *force mayor*. Teori “tanggung gugat mutlak” yang menganut batas-batas tanggung jawab, karena sebab prinsipil itu disebut “prinsip tanggung gugat strik” (*strict liability principle*). Sebaliknya, “teori tanggung gugat mutlak yang tidak mengenal batas-batas tanggung



jawab dalam keadaan atau karena sebab apa pun, tergugat atau pelaku usaha tidak dapat dibebaskan dari tanggung jawab, menganut prinsip absolut (*absolute liability principle*). Perlu dikemukakan dalam ganti rugi internasional pencemaran minyak, pengertian "*absolute liability*" (tanggung jawab penuh), mengandung dua pengertian yaitu: (i) pengertian prosedural yaitu tidak ada kewajiban untuk melakukan pembuktian adanya unsur kesalahan untuk dapat dipertanggungjawabkannya kerugian; (ii) pengertian material yaitu besarnya ganti rugi penuh, yang mengandung arti bahwa pemberian ganti rugi harus sepenuhnya/tanpa batas tertinggi yang ditentukan terlebih dahulu.⁹⁶ Di balik itu *strict liability*, diterjemahkan tanggung jawab mutlak hakekatnya ganti rugi yang mutlak yang mengandung arti berlaku seketika dan terbatas dengan jumlah tertinggi yang dimungkinkan yang akan berlaku tanpa memperhatikan keharusan terdapatnya faktor kesalahan pada pelakunya.⁹⁷ Di Indonesia dianut prinsip "tanggung gugat mutlak" (*strict liability*) dalam Hukum Lingkungan, Hukum Perlindungan Konsumen terkait dengan "*product liability*" (tanggung gugat produk dari Produsen/Pabrikasi).

- d. Teori Tanggung Gugat dengan Pembatasan**, intinya menjelaskan bahwa tanggung jawab pelaku usaha menentukan batas tanggung jawabnya kepada konsumen sebagaimana ditetapkan dalam kontrak baku. Dengan demikian "teori tanggung gugat dengan pembatasan" disebut juga prinsip pembatasan tanggung jawab (*limitation of liability principle*). Pembatasan tanggung gugat ini dalam "kontrak baku" (*standard contract*) dikenal sebagai klausula eksonerasi. Contohnya dalam perjanjian cuci cetak film, ditentukan, apabila film yang hendak dicuci dan dicetak itu rusak atau hilang (termasuk

⁹⁶ Komar Kantaatmadja. *Ganti Rugi Internasional Pencemaran Minyak di Laut*. Bandung, Alumni, 1981. hal. 9

⁹⁷ *Ibid.* hal. 10



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

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

- 1) Teori Fiksi (*Fictie Theorie*); intinya, menjelaskan bahwa badan hukum itu suatu fiksi yaitu pengandaian, bukan kenyataan,



sehingga keberadaan atau terbentuknya erat hubungannya dengan konstruksi. Pelopornya von Savigny (Mashab Sejarah). Ada dua faktor yang menyebabkan dikemukakannya “teori fiksi”, yaitu:

- a) dasar praktis berupa pertimbangan ekonomi;
- b) dasar psikologis, yakni penghargaan terhadap tradisi.⁹⁸

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

- 2) Teori Kontruksi Yuridis (*Juridsche Constructie Theorie*); intinya, menjelaskan bahwa badan hukum itu bukan fiksi, tetapi suatu konstruksi yuridis, yakni masyarakat membutuhkan adanya ketentuan hukum mengenai harta benda/kekayaan guna kepentingan kerjasama untuk mencapai tujuan bersama. Contohnya negara, provinsi, kabupaten/kota (*gemennte*). Teori Harta Kekayaan Bertujuan (*Doel Vermogen Theorie*); ada juga kepentingan bersama orang-perseorangan untuk kepentingan besama di bidang ekonomi seperti N.V./P.T., C.V. atau perkumpulan sosial yang menentukan badan pengurus dalam menyelenggarakan kepentingan bersama individu-individu tersebut. Dianggap adil bahwa harta kekayaan individu itu dipisahkan dan dikelola oleh alat-alat kelengkapan dari badan tersebut. Dengan demikian badan hukum terbentuk atas dasar

⁹⁸ R. Kranenburg, *De Grondslagen Der Rechtswetenschap*, (terjemahan). Fakultas Hukum UGM, 1977. hal. 78



kesadaran bersama memisahkan harta kekayaan dengan tujuan untuk kepentingan bersama, bentuk kesadaran bersama itu sebagai konstruksi yuridis diberi nama "*rechtspersonen*", "*pesona moralis*" atau "*pesona intelektualis*";⁹⁹ dalam bahasa Indonesia disebut "badan hukum". Teori konstruksi yuridis dipelopori oleh **Meiyer** dan dianut pula oleh **Kranenburg**.

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

⁹⁹ *Ibid.* hal. 83



f. Teori-Teori Pembeda Badan Hukum Privat dan Publik

Teori-teori ini muncul untuk memperjelas kriteria atau ukuran pembeda antara badan hukum privat dan badan hukum publik. Hal ini penting karena terkait dengan kewenangan dan kepentingan yang diwakili, bahkan dalam Konstitusi sesudah Amendemen UUD 1945 menentukan “*legal standing*” bagi **badan hukum privat** sebagai pihak yang dapat mengajukan permohonan *judicial review* atas undang-undang terhadap UUD Negara RI Tahun 1945. Teori-teori tersebut, yaitu:

- 1) **Teori Subyek (*Subject Theorie*)**; intinya, menjelaskan kriteria pembedanya terletak pada hubungan-hubungan hukum. Hukum privat mengatur hubungan hukum antara orang-perseorangan, sedangkan hukum publik mengatur hubungan antara negara dengan warga negara. Meskipun diakui dalam hubungan hukum tertentu negara juga, misalnya mengadakan jual-beli, kontrak dengan warga negara, menurut teori yang berlaku hukum privat/perdata. Menurut penganut “teori subyek”, dalam hubungan hukum itu negara tetap berstatus sebagai “badan hukum publik”, yang menurut fiksi, Negara harus dianggap sebagai *quasi Staatsgenosse* artinya apabila negara mengadakan hubungan hukum dengan warga negaranya dan hubungan tadi bersifat hukum privat, maka negara tadi harus dianggap sebagai individu biasa. Teori ini tampaknya tidak konsekuen pada dasar pandangan teoritikal dari sisi pengetahuan yang bersifat ontologis-empiris.¹⁰⁰
- 2) **Teori Akibat Hukum (*Rechtagevolgen Theorie*)**, intinya teori ini menjelaskan bahwa ukuran pembedanya pada akibat hukum jika hak badan hukum itu tidak ditaati dan cara mempertahankan hak-hak yang dilanggar itu. Apabila tuntutan atau gugatan untuk

¹⁰⁰ *Ibid.* hal. 85



mempertahankan hak-hak perseorangan, maka badan hukum itu jelas **badan hukum privat** (*privaatsrechtspersoenen*). Sebaliknya, jika dalam hal Negara yang bertindak mempertahankannya, maka ia bertindak sebagai **badan hukum**. Teori ini diajarkan oleh **Thon**.

- 3) **Teori Kepentingan** (*Belangen Theorie*), intinya menjelaskan bahwa ukuran pembedanya adalah tujuan. Tujuan yang hendak dicapai atau dipenuhi oleh badan hukum public berhubungan dengan kesejahteraan bersama warga negara, sedangkan badan hukum privat berhubungan dengan kepentingan individu. Teori ini diajarkan oleh von Savigny dan Opzoomer, terkait dengan hukum publik (*publiek recht*) yang tujuannya adalah kepentingan umum. Sedangkan hukum privat (*privaat recht*), yang tujuannya dianggap untuk individu. Sesungguhnya pandangan von Savigny dan Opzoomer dipengaruhi oleh pendapat Ulpianus (Romawi Kuno), yang menyatakan: “bahwa *publiek recht* adalah berhubungan dengan kesejahteraan Negara Romawi, di balik itu *privaat recht* berhubungan dengan kepentingan dari orang- orang. Karena beberapa hal sifatnya umum, sedangkan yang lainnya sifatnya privat”. Kritik Kranenburg, apabila dipakai ukuran kepentingan publik dan privat terjadi kekacauan, karena sampai saat ini selalu dipersoalkan, apakah Hukum Acara Perdata, Hukum Perdata Internasional, dan Konsesi itu termasuk hukum publik atau hukum privat? Ternyata ketiga rezim hukum itu mengandung aspek hukum publik dan hukum privat.¹⁰¹
- 4) **Teori Gabungan** (**Subyek dan Kepentingan**), intinya bahwa ukuran pembeda selain hubungan hukum dan cara mempertahankan hak-hak badan hukum yang dilanggar (teori

¹⁰¹ *Ibid.* hal. 90



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

- a) perkumpulan atau badan hukum yang diadakan oleh kekuasaan umum;
- b) perkumpulan atau badan hukum yang diakui oleh kekuasaan umum; dan
- c) perkumpulan dan badan hukum yang diperkenankan untuk suatu maksud dan tujuan yang tidak bertentangan dengan undang-undang dan kesusilaan.

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

- 1) adanya harta kekayaan;
- 2) mempunyai tujuan tertentu;
- 3) mempunyai kepentingan sendiri; dan
- 4) adanya organisasi yang teratur.¹⁰²

Di balik itu mempunyai wewenang publik dan tujuannya berhubungan dengan kepentingan kesejahteraan masyarakat, maka badan hukum itu badan hukum publik, seperti: negara, daerah-

¹⁰² Ali Rido. *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Yayasan, Wakaf*. Bandung, Alumni, 1977. hal. 56



daerah otonom, Badan Usaha Milik Daerah (BUMD), dan Badan Hukum Milik Negara (BUMN) yang harta kekayaannya dipisahkan dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD) dan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara) APBN. Ternyata dalam Praktik ketentuan hukum privat juga berlaku pada badan hukum publik, seperti pada BUMN dan BUMD, hal itu tergantung pada fungsi yang diletakkan pada BUMN dan BUMD tersebut, jika fungsi kepentingan umum lebih besar dan peranan Negara yang dominan, maka hukum publik yang banyak berlaku. Mengenai Pertamina dapat dikatakan sebagai quasi badan hukum privat, yakni persenyawaan antara badan publik dan privat, karena struktur organisasinya seperti halnya PT biasa, hanya saja Negara yang masih menentukan pimpinannya (direksi dan stafnya).¹⁰³ Menurut Mukthie Fajar, terhadap badan hukum privat juga berlaku hukum publik, seperti: hukum pajak, hukum perburuhan, hukum agraria, hukum administrasi (perizinan), hukum penanaman modal.¹⁰⁴ Pembentukan badan hukum publik maupun privat pada dasarnya ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Status hukumnya ditetapkan oleh Menteri Hukum dan HAM seperti yayasan (UU No. 16 Tahun 2001 tentang Yayasan), Partai Politik (UU No. 31 Tahun 2002 *jo.* UU No. 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik). Kini untuk badan hukum privat dikelompokan atas: *pertama*, badan hukum yang bertujuan memperoleh keuntungan atau laba, yakni badan hukum yang menjalankan usaha di bidang ekonomi, misalnya PT, CV., Firma, dan Koperasi; *kedua*, badan hukum yang bertujuan sosial bersifat nirlaba, jadi tidak menjalankan usaha di bidang ekonomi, misalnya: yayasan, organisasi masa, dan partai politik.

¹⁰³ Rudy Prasetya, dkk. *Dasar-Dasar Hukum Persekutuan*, Airlangga University Press. hal. 37

¹⁰⁴ Abdul Mukthie Fajar. *Hukum Konstitusi & mahkamah Konstitusi*. Jakarta, Kon Press, 2006. hal. 177



D. Teori Hukum dalam Hukum Acara

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

1. Teori Relevansi Pembuktian

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

- a. Pembentukan undang-undang tidak memenuhi formalitas yang ditentukan dalam UUD 1945 dilihat dari kewenangan dan prosedur pembentukan undang-undang.
- b. Materi muatan bagian dan/atau pasal, ayat undang-undang yang dimohonkan pengujiannya bertentangan dengan UUD 1945.
- c. Kewenangan lembaga negara yang diberikan UUD 1945, baik sebagian atau seluruhnya tumpang tindih atau diambil alih oleh lembaga lain secara bertentangan dengan UUD 1945.
- d. Partai politik tertentu melakukan atau mengubah ideologi, asas, tujuan, program, dan kegiatan partai politik yang bertentangan dengan UUD 1945.
- e. Hasil perhitungan suara dalam pemilu yang dilakukan KPU secara salah sehingga mempengaruhi terpilihnya seseorang pemohon sebagai anggota DPR, DPD, DPRD, presiden/wakil presiden, dan perhitungan yang benar adalah sebagaimana yang diajukan pemohon.
- f. Presiden dan/atau wakil presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan,



tindak pidana berat lainnya atau perbuatan tercela, dan tidak lagi memenuhi syarat sebagai presiden dan/atau wakil presiden.

- g. Pemohon juga harus membuktikan bahwa ia mempunyai *legal standing*, sesuai dengan ketentuan Pasal 51 UU MK, baik perorangan, badan hukum privat atau badan hukum publik, kesatuan masyarakat hukum adat, serta kerugian pemohon yang diderita dalam pengujian undang-undang.¹⁰⁵ Di balik itu hal-hal yang tidak perlu atau tidak relevan untuk dibuktikan, ada beberapa kategori peristiwa, hal atau keadaan tertentu yang dikenal dalam hukum acara pada umumnya, baik Hukum Acara MK. Peratun, Perdata maupun Hukum Acara Pidana, antara lain:¹⁰⁶ *Notoir feit*, yakni peristiwa atau keadaan yang telah diketahui semua orang, karena sudah menjadi pengetahuan umum. Misal, bila cuaca buruk dan gelombang laut tingginya lebih dari 5m membahayakan pelayaran.
- h. Hal-hal yang diketahui sendiri oleh hakim baik karena pengalaman maupun karena dilihatnya sendiri di dalam persidangan. Pengetahuan berdasar pengalaman, misalnya mobil yang berjalan dengan kecepatan 100 km/perjam tidak mungkin dapat dihentikan seketika. Hal yang di lihat sendiri oleh hakim dipersidangan misalnya mengenai kondisi seseorang, cacat badan penggugat atau tergugat, dan warna pakaian yang dikenakan.
- i. Adanya pengakuan yang tidak disangkal lagi oleh pihak lawan atas dalil yang dikemukakan oleh satu pihak karena dipandang sebagai hal yang tidak diperselisihkan. Tapi karena Putusan MK bersifat *erga omnes*, mengikat umum bagi seluruh warga negara, meskipun misalnya dalam permohonan pengujian undang-undang dalil yang diajukan seseorang tidak disangkal oleh pihak Pemerintah dan DPR,

¹⁰⁵ Mruarar Siagian. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Jakarta, Kon Press, 2005. hal. 123

¹⁰⁶ *Ibid.* hal. 125



namun MK karena jabatannya wajib mencari kebenaran dalil atau hal yang dikemukakan itu. Karena itu “pengakuan yang tidak disangkal oleh pihak lawan tetap relevan dicari kebenarannya dalam kontes Hukum Acara MK. Ditinjau dari kedudukan, kewenangan MK sebagai peradilan konstitusional dan sifat perkara-perkara yang dimohonkan menyangkut kepentingan umum (*public interest*) dan terkait dengan persoalan kenegaraan, maka proses perkara konstitusional itu tentu berbeda dengan pembuktian dalam Hukum Acara Perdata dan Hukum Acara Pidana. Dalam peradilan perdata dikenal bertujuan mencari kebenaran formal, sedangkan pada proses peradilan pidana yang dicari kebenaran material. Namun ada pula prinsip-prinsip pembuktian yang berlaku umum, seperti mengenai teori peniliran alat bukti, dan teori beban pembuktian.

2. Teori Penilaian Alat Bukti

Secara teoritis menganalisis metode penilaian terhadap alat-alat bukti yang berkembang, ada empat teori, yaitu:¹⁰⁷

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

¹⁰⁷ Jimly Asshiddiqie. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*. Jakarta, Kon Press, 2006. hal. 122



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



- 1) memang sudah selayaknya harus ada keyakinan hakim tentang kesalahan terdakwa untuk dapat menjatuhkan suatu pidana, jangan hakim terpaksa memberi pidana kepada seorang terdakwa sedangkan hakim tidak yakin akan kesalahan terdakwa;
- 2) berfaedah, jika ada aturan yang mengikat hakim dalam menyusun keyakinannya agar ada patokan-patokan tertentu yang harus diturut oleh hakim dalam melakukan peradilan.¹⁰⁸

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

- a. Tingkat keterbuktian paling lemah, yaitu tingkat lebih besar kemungkinan keterbuktian (*more propobility*) atau *propderence evidence*, biasanya diterapkan dalam hukum perdata.
- b. Tingkat keterbuktian yang kuat, yang disebut dengan keterbuktian yang “jelas dan meyakinkan” (*clear and convicing evidence*), diterapkan baik dalam kasus perdata maupun dalam kasus pidana.
- c. Tingkat keterbuktian yang sangat kuat yakni sama sekali tanpa keraguan atau “bebas ragu” (*beyond reasonable doubt*), biasanya diterapkan dalam kasus pidana, karena yang dicari kebenaran materiil.¹⁰⁹

Tingkat penilaian pembuktian dalam perkara konstitusionalitas jelas haruslah bebas ragu, misalnya dalam permohonan pengujian undang-undang, meskipun pembuktiannya bersifat pendapat para Hakim Konstitusi dan bukan pembuktian fakta, sebagaimana pendapat Harjono (mantan Hakim Konstitusi). Akan tetapi karena pengujian undang-undang berkaitan erat dengan kepentingan umum, yang diuji karya

¹⁰⁸ Martiman Prodjohamidjojo. *Penerapan Pembuktian Terbalik dalam Delik Korupsi (UU No. 31 Tahun 1999)*. Bandung, CV. Mandar Maju, 2001. hal. 114

¹⁰⁹ Munir Fuady. *Teori Hukum Pembuktian (Pidana dan Perdata)*. Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 2006. hal. 47



legislatif cerminan dari keputusan wakil-wakil rakyat yang dipilih, dan putusan MK merupakan putusan yang terakhir dan bersifat final serta berlaku *erga omnes*, Hakim Konstitusi karena jabatannya seyogyanya mencari kebenaran materiil, penilaian pembuktiannya *beyond reasonable doubt*.

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

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

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

- a. Keterangan saksi;
- b. Keterangan ahli;
- c. Surat;
- d. Petunjuk;
- e. Keterangan terdakwa.

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

- a. Surat atau tulisan;
- b. Keterangan saksi;
- c. Keterangan ahli;



- d. Keterangan para pihak;
- e. Petunjuk;
- f. Alat bukti berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu.

Mengenai alat-alat bukti pada perkara konstusionalitas yang diatur dalam UU MK; menarik analisis Maruarar Siahaan (mantan Hakim Konstitusi), yakni berkenaan dengan dua hal perbedaan penilaian pembuktian hukum acara pidana termasuk acara perdata. Kedua hal itu meliputi: *pertama*, alat bukti yang dipandang tidak relevan dalam hukum acara MK, yaitu pengakuan pihak yang berperkara dipandang tidak relevan dinilai di MK, karena adanya pengakuan tersebut tidak menghilangkan kewajiban Hakim Konstitusi mencari kebenaran yang sifatnya materiil; hal itu merupakan kepentingan umum dan penilaian atas alat bukti yang menjadi dasar keputusan MK akan mengikat menyeluruh terhadap warga negara (*erga omnes*). Terutama menunjukkan sifat kepentingan hukum yang dipertahankan (pihak berperkara) sangat personal subyektif baik dalam Hukum Acara Perdata maupun Hukum Acara Pidana, merupakan alat bukti yang tidak relevan dalam Hukum Acara di MK. Suatu alat bukti yang sangat dikenal dalam Hukum Acara Perdata yaitu pengetahuan hakim, sama sekali tidak disebut dalam UU MK. Dalam pengalaman musyawarah hakim MK, hal ini menjadi sangat menarik untuk memahami sejarah lahirnya beberapa pasal tertentu (UUD 1945) yang tidak terekam dalam risalah siding Panitia Ad Hoc I (PAH I) MPR, karena pasal itu hasil consensus yang dicapai melalui *lobby*. Beberapa Hakim Konstitusi yang sebelumnya menjadi anggota PAH I tersebut mempunyai pengetahuan tertentu tentang proses Perubahan UUD 1945. Tapi sebagai pengetahuan hakim, hal itu tidak dapat dipergunakan; karena hanya merupakan pengetahuan hakim yang terbatas hanya pada beberapa orang hakim yang kebetulan menjadi



anggota MPR PAH I. *Kedua*, perkembangan teknologi, terutama teknologi informasi, mendorong pembentuk undang-undang menyebutkan sebagai alat bukti di dalam UU MK. Tetapi pengakomodasian alat teknologi informasi menjadi alat bukti dalam hukum acara di MK dan juga UU No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas UU No 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tidak ditemukan pengertiannya dalam Penjelasan UU MK, sehingga pengertian dan rumusan alat bukti tersebut, harus kita lihat dalam undang-undang hukum acara yang digunakan pada peradilan umum, TUN serta praktik sepanjang tidak bertentangan dengan sifat dan tujuan pembuktian dalam proses berperkara di Mahkamah Konstitusi.¹¹⁰

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

3. Teori Beban Pembuktian

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

¹¹⁰ Maruarar Siahaan. *Op Cit*, 2006. hal. 132



- a. Teori Affirmatif, pembuktian dibebankan kepada pihak yang mendalilkan sesuatu, diatur dalam Pasal 163 HIR dan Pasal 1865 KUH Perd., menentukan:

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

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

- b. Teori Normatif, beban pembuktian diwajibkan diberikan kepada pihak berdasarkan kaidah hukum yang bersangkutan, disebut juga "*Process Rechtelijketheorie*". Ini berarti pihak yang diwajibkan untuk membuktikan oleh hakim sudah ditentukan sesuai dengan kaidah yang diatur dalam hukum acara yang bersangkutan. Contoh antara lain:¹¹¹

- 1) adanya keadaan memaksa (*force majeure*) dibuktikan oleh pihak debitur (Pasal 1224 KUHPerd.);
- 2) siapa yang menuntut penggantian kerugian yang disebabkan perbuatan melawan hukum harus membuktikan adanya kesalahan (Pasal 1365 KUHPerd.);

¹¹¹ R. Subekti, Harjono Tjitrosoebono. *Kitab Undang-Undang Perdata*. Jakarta, Praja Paramita. hal. 155



- 3) siapa yang mengajukan tiga kwitansi terakhir dianggap telah membayar semua cicilan (Pasal 1394 KUHPerd.); dan
 - 4) barangsiapa yang menguasai barang bergerak dianggap sebagai pemilik (*beziiter is eigenaar*) (Pasal 1977 KUHP).
- c. Teori Kepatutan (*Blijkheidtheorie*); menjelaskan bahwa pihak yang berkewajiban membuktikan dalil-dalilnya bukanlah pihak yang mendalilkan atau pihak yang dituduh melakukan perbuatan hukum, tetapi menurut kepatutan siapa yang lebih kuat kedudukannya dia lah yang wajib membuktikannya. Atau menurut Supomo beban pembuktian seyogyanya diwajibkan kepada pihak yang paling sedikit diberatkan. Maruarar Siahaan berpendapat, “teori kepatutan” tidak selalu dapat digunakan dalam praktik, karena dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Di balik itu Jimly Asshiddiqie, menunjuk bahwa “teori kepatutan” diaplikasikan dalam perkara pencemaran lingkungan, dianut pandangan bahwa pencemar yang membuktikan. Karena industri yang mencemari lingkungan berada pada posisi lebih kuat daripada masyarakat di sekitar indusri yang lingkungan hidupnya dicemari limbah industri yang bersangkutan. Ini terjadi apabila masyarakat sekitar pabrik yang bersangkutan mengajukan gugatan “*class action*” ke muka pengadilan, maka industri yang digugat/dituduh mencemari itulah yang dibebani kewajiban membuktikan. Ini juga dikenal sebagai “beban pembuktian terbalik” berada pada pihak tertuduh melakukan pencemaran, sesuai dengan doktrin “*sriect liability*” atau tanggung gugat mutlak pencemar.
- d. Teori Hak Subyektif dan Obyektif (*Subjectieve en Objectieve Rechtelijke Theorie*) menjelaskan bahwa siapa yang mendalilkan adanya hak subyektif ataupun hak obyektif tertentu yang dibantah oleh pihak yang mendalilkan itu harus membuktikan hak subyektif atau hak obyektifnya. Hak subyektif berkenan dengan hak yang dianggap dimiliki oleh subyek hukum yang bersangkutan. Di balik itu,



hak obyektif dipahami sebagai hak yang timbul oleh peraturan perundangan tertentu (misalnya hak milik atas tanah lahir dari UUPA). Jadi, dari segi beban pembuktian, pihak yang mendalilkan itulah yang diwajibkan membuktikan haknya itu, baik secara subyektif maupun dasar normatif menurut peraturan perundang-undangan materiil.

- e. Teori Praduga Kebebasan (*Presumption of Liberty Theory*), khusus diimplementasikan dalam beban pembuktian pada permohonan “pengujian undang-undang” (*judicial review*). Teori ini menjelaskan bahwa beban pembuktian didasarkan pada pra anggapan bahwa rakyat memiliki kebebasan sepanjang tidak ada pembahasan oleh undang-undang (*presumption of liberty*). Penerapannya berpegang pada prinsip bahwa siapa yang mendalilkan inkonstitusionalitas undang-undang dia lah yang wajib membuktikannya, maka yang dibebani pembuktian (*burden proof*) pemohon, prinsip ini disebut “*presumption of constitutionality*”. Karena menurut prinsip *presumption of constitutionality* adalah asas yang mengandung nilai bahwa setiap karya yuridis legislator berupa undang-undang semestinya dianggap sudah baik dan konstitusional, karena itu pembuktian dibebankan kepada pihak pemohon *judicial review*. Dengan demikian jelas menurut “Teori Praduga Kebebasan” dan yang dianut prinsip “*presumption of liberty*” yakni rakyat dianggap sebagai manusia bebas sampai ada undang-undang yang membatasi kebebasannya itu, maka beban pembuktian untuk membuktikan konstitusionalitas undang-undang dibebankan pada negara (*legislature*) yang menetapkan undang-undang itu berlaku dan mengikat umum.¹¹²

¹¹² Jimly Asshiddiqie, *Op Cit*, 2006. hal. 263



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

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

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





BAB 12

TEORI SIFAT HAKEKAT NEGARA

Guna memahami apa sebenarnya suatu negara akan diungkapkan Oleh Teori Sifat Hakekat Negara.

Dari sisi sosiologis maksud suatu negara adalah memahaminya sebagai anggota masyarakat atau *zoon politicon*. Negara sebagai wadah bangsa. menggambarkan cita-cita kehidupan bangsanya.

Pandangan sifat hakekat negara berkaitan dengan pandangan hidup yang dianutnya. Oleh sebab itu banyak paham sarjana yang mengungkapkannya:

1. Socrates.

Semua manusia menginginkan kehidupan aman, tenteram, dan lepas dari gangguan yang memusnahkan harkat manusia. Kala itu orang-orang yang mendambakan ketenteraman menuju bukit dan membangun benteng, serta mereka berkumpul disana menjadi kelompok. Kelompok inilah yang oleh Socrates dinamakan Polis (Satu kota saja). Organisasi yang mengatur hubungan antara orang orang yang ada di dalam Polis itu tidak hanya mempersoulkun organisasinya saja, tapi juga tentang kepribudian orang orang disekitarnya. Socrates menganggap polis identik dengan masyarakat dan masyarakat identik dengan negara.

Sistem pemerintahan negara bersifat dcmokratis yang langsung. Rakyat ikut secara langsung menentukan kebijaksanaan pcmerintahan negara. Hal ini dapat dilakukan karcna negara saat itu hanya merupakan suatu kota kecil, rakyat hanya sedikit, kepentingan rakyat belum banyak.¹¹³

¹¹³ Soehino. *Ilmu Negara*. Yogyakarta, Liberty, 1980. hal. 15



2. Plato

Plato adalah murid dari Socrates. Ia banyak menulis buku, diantaranya yang terpenting: Politeia atau Negara, Politikos atau Ahli Negara, Nomoi atau Undang-Undang. Paham Plato mengenai negara adalah keinginan kerja sama antara manusia untuk memenuhi kepentingan mereka.

Kesatuan mereka inilah kemudian disebut masyarakat dan masyarakat itu adalah negara, antara sifat-sifat manusia ada persamaannya dengan sifat-sifat negara.

Sifat-Sifat manusia	Sifat-Sifat Negara
a. Pikiran	→ Golongan Penguasa
b. Keberanian	→ Golongan Tentara
c. Aneka kebutuhan	→ Golongan Pekerja

Plato dalam bukunya Politikos menguraikan hal-hal pemerintahan. Dalam bukunya Nomoi menguraikan tentang Negara dan hukum dengan menggapai dunia kenyataan.

3. Aristoteles

Aristoteles adalah murid Plato, diantara buku yang ditulisnya Ethica, berisi ajaran tentang keadilan, dan mengenai negara ditulisnya dalam buku Politica. Plato peletak dasar ajaran idealisme, sedangkan Aristoteles mengembangkan ajaran Realisme (kenyataan),

Menurut Aristoteles negara itu adalah gabungan keluarga sehingga menjadi kelompok yang besar. Kebahagiaan dalam negara akan tercapai bila terciptanya kebahagiaan individu (perseorangan) Sebaliknya bila manusia ingin bahagia ia harus bernegara, karena manusia saling membutuhkan satu dengan lainnya dalam kepentingan hidupnya.

Manusia tidak dapat lepas dari kesatuannya. Kesatuan manusia itu adalah negara. Negara menyelenggarakan kemakmuran warganya oleh karena itu negara sebagai alat agar kelompok manusia bertingkah laku mengikuti tata



tertib yang baik dalam masyarakat. Dengan Demikian negara sekaligus merupakan organisasi kekuasaan.¹¹⁴

4. Oppenheimer

Bukunya *Die Sache* yang menguraikan tentang negara merupakan suatu alat dari golongan yang kuat untuk melaksanakan suatu tertib masyarakat, golongan yang kuat tadi dilaksanakan kepada golongan yang lemah. Maksudnya untuk menyusun dan membela kekuasaan dari penguasa¹¹⁵.

5. Leon Duguit

Bukunya *Traite de Droit Constitutionel*. Berisikan ajaran huk dan negara yang bersifat realistik. Negara adalah kekuasaan orang-orang kuat memerintah orang-orang yang lemah. Bahkan dalam negara modern kekuasaan orang-orang yang kuat diperoleh dari faktor-faktor politik.

6. R. Kranenburg

Mengenai pendapatnya tentang negara, Kranenburg mengatakan bahwa negara itu pada hakekatnya adalah suatu organisasi kekuasaan, diciptakan oleh sekelompok manusia yang disebut bangsa. Jadi menurut Kranenburg terlebih dahulu harus ada sekelompok manusia yang mempunyai kesadaran untuk mendirikan suatu organisasi, dengan tujuan untuk memelihara kepentingan dari kelompok tersebut. Maka disini yang primer, artinya yang terpenting dan terlebih dahulu harus ada, yaitu kelompok manusianya. Sedangkan negara itu adalah sekunder, artinya adanya itu menyusul kemudian. Dan adanya itu hanya dapat kalau berdasarkan atas suatu kelompok manusia yang disebut bangsa.

Pendapat Kranenburg tersebut diatas kiranya didasarkan atau dikuatkan dengan alasan-alasan bahwa pada jaman modem ini terdapat formasi-formasi kerjasama internasional, atau antara bangsa-bangsa. Misalnya Perserikatan Bangsa-bangsa. Disini yang menjadi anggota itu acialah negara-negara. Tetapi

¹¹⁴ Padmo Wahjono. *Ilmu Negara Suatu Sistemik dan Penjelasan 14 Teori Ilmu Negara dari Jellinek*. Jakarta, Penerbitan Khusus Melati Study Group, 1977. hal. 6

¹¹⁵ *Ibid.* hal. 133



mengapa tidak disebut dengan istilah Perserikatan Negara-negara. Melainkan Perserikatan Bangsa-bangsa? Bukan United States, melainkan United Nations. Hal yang demikian ini menurut Kranenburg menunjukkan bahwa menurut pandangan modern, bangsa itu menjadi dasar daripada negara. Jadi bangsa-bangsa yang primer, yang harus ada terlebih dahulu, baru kemudian menyusul adanya negara, jadi negara sifatnya sekunder.

Bagaimanakah keadaan yang sebenarnya, apakah alasan Kranenburg tersebut dapat diterima atau tidak?. Terhadap hal ini kiranya dapat dikemukakan:

- a. Istilah tersebut diatas, yaitu Perserikatan Negara-negara dan Perserikatan Bangsa-bangsa itu sudah mempunyai pengertian-pengertian yang pasti. Oleh karena itu istilah-istilah tersebut tidak boleh dipakai untuk menyebut formasi-formasi baru. Karena jika demikian, ini hanya akan menimbulkan kesulitan di dalam peristilahan dan pengertian.
- b. Apa yang dikemukakan oleh Kranenburg tersebut diatas, yaitu bahwa bangsa-bangsa yang menciptakan negara, adalah bertentangan dengan kenyataan, karena misalnya saja sesudah Perang Dunia pertama, di benua Eropa timbul beberapa negara yang tidak hanya meliputi satu jenis bangsa, melainkan meliputi beberapa jenis bangsa. Adapun penggabungan beberapa jenis bangsa itu menjadi satu kemudian mendirikan negara, terutama didasarkan atas persamaan kepentingan, nasib, sejarah, kebudayaan serta demi keselamatan mereka bersama. Ini misalnya negara-negara Austria, Honggaria dan Polandia. Ini semua terdiri dari beberapa bangsa yang ditempatkan dibawah satu organisasi yang disebut negara.

Sedangkan sebaliknya adalah keadaan Korea. Korea hanya terdiri dari satu bangsa, tetapi mendirikan dua negara, yaitu Korea Selatan dan Korea Utara. Ini semua menunjukkan bahwa nama itu belum menunjukkan atau menggambarkan keadaan yang sebenarnya, maka kita tidak dapat menganggap bahwa negara itu berdasarkan atas bangsa.



Jadi sebetulnya bukanlah bangsa yang mendirikan negara, melainkan negaralah yang menciptakan pengertian bangsa. Kranenburg beranggapan pengelompokan manusia itu didasarkan atas 4 macam ukuran yaitu:

- a. Pengelompokan beradapada suatu tempattertentu dan teratur.
- b. Pengelompokan pada suatu tempat tertentu dan tidak teratur.
- c. Pengelompokan tidak berada pada suatu tempat tetapi teratur.
- d. Pengelompokan tidak berada pada suatu tempat dan tidak teratur.¹¹⁶

7. Logemann

Berbeda dengan pendapat Kranenburg, Logemann mengatakan bahwa negara-itu pada hakekatnya adalah suatu organisasi kekuasaan yang meliputi atau menyatukan kelompok manusia yang kemudian disebut bangsa. Jadi pertama-tama negara itu adalah suatu Organisasi kekuasaan, maka organisasi ini memiliki suatu kewibawaan, atau gezag, dalam mana terkandung pengertian dapat memaksakan kehendaknya kepada semua orang yang diliputi oleh organisasi itu. Disini kita harus ingat bahwa tidak tiap-tiap organisasi itu merupakan negara, misalnya organisasi mahasiswa, organisasi buruh, organisasi politik, sebab organisasi-organisasi ini tidak memiliki kekuasaan seperti halnya negara.

Jadi Logemann berpendapat bahwa yang primer itu adalah organisasi kekuasaannya yaitu negara. Sedangkan Kelompok manusianya adalah sekunder. Maka perbedaannya dengan pendapat Kranenburg adalah: menurut sistem Kranenburg bangsa itu menciptakan organisasi, jadi adanya atau terbentuknya organisasi itu tergantung pada bangsa, sedangkan menurut sistem Logemann Organisasi itu menciptakan bangsa, maka bangsa inilah yang tergantung pada organisasi.

Perbedaan pendapat antara kedua orang sarjana ini disebabkan karena perbedaan pengertian mengenai apa yang dimaksud dengan istilah bangsa itu.

¹¹⁶ *Ibid.* hal. 142



Jadi masing-masing sarjana itu mempunyai pendapat yang berbeda tentang pengertian bangsa.

Istilah bangsa yang dipergunakan oleh Kranenburg itu adalah bangsa dalam arti ethnologis, misalnya bangsa Jawa, Sunda, Dayak dan sebagainya. Sedangkan pengertian bangsa yang dipergunakan untuk menggambarkan idea dari Logemann itu adalah bangsa dalam arti rakyat dari " " suatu negara.

Apakah bangsa itu? Dalam tahun 1882 Ernest Renan telah membuka pendapatnya tentang pengertian bangsa. Menurut beliau bangsa adalah suatu nyawa, suatu asas akal, yang terjadi karena dua hal: pertama, rakyat itu dulunya harus bersama-sama menjadi satu Riwayat; kedua, rakyat itu sekarang harus mempunyai kemauan, keinginan hidup menjadi satu. Jadi dengan demikian yang menjadikan negara Itu bukanlah jenis atau ras, agama, persamaan kebutuhan atau daerah. Sementara itu sarjana lainnya seperti Karl Radek, juga Karl Kautshy, terutama Otto Bauer yang juga mempelajari bangsa itu. Menurut Oyig Bauer bangsa itu adalah suatu persatuan perangai yang terjadi dan persatuan hal ihwal yang telah dijalani oleh rakyat itu.

Sekarang apakah bedanya antara bangsa dengan rakyat? Bangsa itu dipakai untuk melukiskan suatu pengertian yang dilawankan dengan bangsa-bangsa lain, misalnya dalam teks proklamasi kemerdekaan RI tanggal 17 Agustus 1945, hal itu. dinyatakan: Kami bangsa Indonesia dengan ini dan seterusnya.

Istilah bangsa disini mempunyai suatu pengertian yang dilawankan dengan bangsa-bangsa lain. Jadi ditujukan kepada dunia luar, kepada mereka yang tidak sebangsa.

Sedangkan istilah rakyat ini melukiskan suatu pengertian yang dilawankan dengan pengertian pemerintah. Misalnya kalau dikatakan: bahwa pemerintah RI harus menyelenggarakan kemakmuran dan kesejahteraan rakyatnya.



Jadi menurut pendapat Logemann organisasi itulah yang menciptakan dan meliputi kelompok manusia, dengan tujuan untuk mengatur kelompok tersebut dan menyelenggarakan kepentingan kelompok itu.

Bagaimanakah sifat kepentingan masyarakat yang hendak diselenggarakan itu, atau masyarakat yang bagaimanakah yang hendak diciptakan oleh organisasi itu merupakan tujuan daripada organisasi tersebut. Dan sudah barang tentu bahwa sifat daripada organisasi itu, penyusunannya serta pengaturannya disesuaikan dengan tujuan yang hendak dicapai oleh organisasi tersebut, jadi tujuan itu mempengaruhi sifat dan susunan serta pengaturan daripada organisasinya.

Sekarang persoalannya adalah kelompok manusia yang manakah yang akan diliputi oleh organisasi tersebut? Mengenai hal ini organisasi itu sendirilah yang akan menentukan. Organisasi tadi dalam menentukan siapa-siapa orang yang akan dimasukkan dalam kelompoknya harus mengingat adanya persamaan-persamaan yang memudahkan mereka itu dipersatukan. Misalnya persamaan-persamaan: Kebudayaan, nasib, sejarah dan sebagainya, dan disamping itu harus ada kesadaran akan persamaan tersebut. Jadi persamaan-persamaan tadi semangkin lama semangkin menebal, sehingga menjadi suatu kesadaran, dalam arti bahwa kelompok tersebut mereka kehendaki dengan sadar.

Jika suatu kelompok itu hanya berdasarkan persamaan-persamaan yang bersifat lahiriah saja, misalnya persamaan-persamaan: kebudayaan, nasib, sejarah dan sebagainya, itu disebut kelompok yang obyektif, karena persamaan-persamaan bersifat obyektif, lahiriah. Tetapi kita harus me-ngusahakan bahwa kelompok itu harus menjadi kelompok yang subyektif. Yaitu suatu kelompok yang menyadari akan adanya persamaan-persamaan tersebut, dan menyadari pula akan kekelompokannya itu, hal yang demikian ini lalu menimbulkan sikap, bahwa mereka itu tidak menyukai jika mereka itu dijadikan satu dengan kelompok yang lain.



Diatas telah dikatakan bahwa organisasi itulah yang terutama bersifat menentukan kelompoknya, dan menentukan apa yang menjadi tujuannya, serta dengan jalan bagaimana mencapai tujuan tersebut. Jadi organisasi itu menguasai kelompok, oleh karena itu lalu disebut organisasi kekuasaan. Sedangkan kelompok yang menjadi satu keutuhan itu, karena penentuan organisasi tadi, maka lalu disebut kelompok kekuasaan.

Jadi bukanlah kelompok-kelompok yang sifatnya sukarela, seperti perhimpunan mahasiswa. Sedangkan apa yang menjadi dasar kekuasaan itu tidak bersifat menentukan adanya organisasi tersebut.

Apabila soal asal mula itu diterima sebagai suatu kenyataan saja, yaitu negara sebagai suatu organisasi kekuasaan yang meliputi kelompok manusia, maka akan timbul soal dari mana organisasi tadi mempunyai kekuasaan atau wewenang untuk menyatukan manusia menjadi satu kelompok, atau apakah dasarnya. Persoalan ini disebabkan persoalan tentang legitimasi kekuasaan, yaitu persoalan tentang Syah atau tidaknya kekuasaan.

Tetapi oleh karena seperti tadi dikatakan, bahwa organisasi itu mempunyai kekuasaan syah, untuk menyatukan dan menguasai kelompok manusia tersebut, selama organisasi itu menyelenggarakan kepentingan-kepentingan kelompoknya, itu berarti bahwa organisasi itu menyelenggarakan tujuan daripada kelompok manusia tersebut yang telah ditentukan oleh organisasinya, jadi juga berarti organisasi itu menyelenggarakan tujuan negara.¹¹⁷

Dari sisi yuridis bermaksud meninjau negara itu secara keseluruhan, yaitu melihat peraturan-peraturan yang membentuk negara itu. Ada 3 pendapat yang menguraikan hal ini:

- a. Negara sebagai *Recht obyekt*, maksudnya negara itu sebagai obyek daripada orang-orang untuk dapat bertindak. dengan kata lain negara itu adalah alat manusia untuk mencapai tujuannya.

¹¹⁷ Soehino, *Op Cit*, 1980. hal. 143



- b. Negara sebagai *Rechts subyekt*, maksudnya negara sebagai pembentuk hukum. Menurut Logemamn disebut “ambten Orga-nisatie atau organisasi daripada jabatan-jabatan.
- c. Negara sebagai *Rechtsverhaltnis* (penghalusan hukum) yaitu negara itu merupakan hasil perjanjian dengan orang-orang tertentu.

Hans Kelsen tokoh dari aliran positivisme menulis buku 1922 *Der Soziologische und der Juristische Staats begriff* dan 1925 *Allgemeine Staatslehre* menyatakan bahwa ilmu negara itu harus menitik beratkan pemikirannya secara yuridis murni. Kelahiran negara merupakan suatu kenyataan. Negara merupakan suatu tertib hukum yang memaksa. Tertib hukum terdiri dari suatu rangkaian peraturan-peraturan hukum yang beraneka ragam jenisnya, bentuknya serta banyak sekali jumlahnya, tetapi semuanya itu berakar pada suatu sumber yang disebut norma dasar, maka meskipun peraturan-peraturan hukum tersebut satu sama lain itu berbeda, tetapi merupakan satu kesatuan. Dengan demikian dapatlah dikatakan ada tertib hukum apabila peraturan-peraturan hukum yang beraneka warna itu, serta jumlahnya yang banyak sekali itu dapat didasarkan pada satu sumber yang dinamakan norma dasar.

Karena peraturan-peraturan hukum tadi sumbernya sama, maka masing-masing peraturan hukum tadi satu sama lain ada hubungan yang erat. Juga suatu peraturan hukum menjadi dasar daripada peraturan hukum yang lebih rendah tingkatannya, dan yang terakhir ini menjadi dasar pula dari pada peraturan hukum yang lebih rendah lagi tingkatannya.

Demikian seterusnya sehingga ada urutan dalam tingkatannya, hirarki, dari yang paling rendah tingkatannya sampai pada yang paling tinggi, dan yang tertinggi tingkatannya itu adalah yang disebut norma dasar tadi. Dan kalau peraturan-peraturan hukum yang banyak sekali itu, serta yang beraneka warna jenisnya itu berlakunya berdasarkan pada satu norma dasar, maka dapat dikatakan ada tertib hukum, maka ada pula negara.



Dengan demikian, kata Hans Kelsen, kita tidak usah payah-payah lagi mempersoalkan tentang negara, dan hukum mana yang tinggi, atau manakah yang berdaulat. Karena keduanya adalah sama. Lagi pula kita tidak usah mempersoalkan asal mula negara, hakekat negara serta kekuasaan negara.

Demikianlah gambaran secara garis besar daripada ajaran aliran positivisme yang hanya mau menerima, menerangkan serta menghadapi negara dalam kenyataannya saja. Jadi menurut Hans Kelsen negara itu identik dengan hukum.¹¹⁸

¹¹⁸ *Ibid.* hal. 140



BAB 13

TEORI PEMBENARAN HUKUM NEGARA

Teori pembenaran hukum daripada Negara atau teori penghalalan tindakan penguasa atau *Rechtsvaardiging theorieen* membahas tentang dasar-dasar yang dijadikan alasan-alasan sehingga tindakan pen. negara dapat dibenarkan. Secara nyata negara itu memiliki kekuasaan Bagaimana legitimasinya kekuasaan itu. Untuk mengetahui hal legimasi kekuasaan itu dapat dikemukakan 4 macam teori.

Pembenaran Negara Dari Sudut Ke Tuhanan (*TheoCrati Theorieen*).

Teori ini beranggapan tindakan penguasa/negara itu selalu benar sebab didasarkan negara itu diciptakan oleh Tuhan. Tuhan menciptakan negara ada secara langsung dan ada tidak secara langsung. Ciri Tuhan menciptakan negara secara langsung yaitu penguas berkuasa karena menerima wahyu dari Tuhan, sedangkan ciri menciptakan negara tidak secara langsung yaitu penguasa itu berkuasa karena kodrat Tuhan.¹¹⁹

Paham yang menganggap kekuasaan negara itu berasal dari dapat dilihat dari ungkapan. Agustinus dalam bukunya "*De Civitate Dei*" menerangkan tentang dua macam negara, yaitu negara Tuhan yang dipimpin langsung oleh Tuhan dan negara duniawi yang menurut pendapatnya adalah buatan setan.

Manusia itu sifatnya jasmaniah dan rohaniah. Karena itu maka kehidupan manusia pun rangkap dua pula. Kehidupan jasmaniah yang fana yang berkiblat pada diri manusia, dan kehidupan rohaniah yang baka, berkiblat pada Tuhan Yang Maha Esa.

¹¹⁹ Azhary. *Ilmu Negara Pembahasan Buku Kranenburg*. Jakarta, Ghalia Indonesia, 1983. hal. 15



Kehidupan Jasmaniah yang fana mencari kepuasan duniawi untuk diri sendiri. Kehidupan rohaniah yang baka mencari kepuasan hakiki yang kekal abadi.

Dengan adanya dua macam kehidupan ini maka dari manusia telah terjadi dua macam masyarakat, dua negara yang berasal dari dua orang anak Adam, Kain dan Abel.

Dari Kain yang durhaka terjadi masyarakat duniawi, negara duniawi (*civitas terrana*) yang menampung soal-soal duniawi yang tidak kekal. Dari Abel yang saleh telah terjadi masyarakat Tuhan, Negara Tuhan, (*civitas Dei*) yang dipimpin oleh Tuhan sendiri dan menampung hal-hal kerokhanian yang kekal abadi.

Negara dunia disebut juga *civitas diaboli* (negara setan) karena menurut Augustinus negara ini adalah buatan setan.

Didunia sekarang ini kedua negara itu, negara duniawi dan negara Tuhan, masih campur dan baru pada hari penghabisan akan dipisahkan. Karena hanya mengejar keduniaan maka negara dunia itu, betapapun besar dan megahnya, akan membawa keserakahan, perkosaan, peperangan, kebencian, kekacauan, penderitaan dan akhirnya keruntuhan, hanya negara Tuhan akan berlangsung kekal dan abadi, hanya disini manusia dapat beroleh perdamaian dan kebahagiaan sejati. Negara Tuhan di dunia ini diwakili oleh gereja dan atau oleh kerajaan-kerajaan lain yang tunduk pada pimpinan gereja yang berarti mengikuti pimpinan Tuhan, begitu menurut Augustinus.

Thomas Aquinas teori itu telah mendapat bentuk lain. Menurut Pendapatnya negara itu bukan keburukan buatan setan, melaink diakui juga sebagai perujudan dari kekuasaan dan kehendak Tuhan Negara timbul dari pergaulan antara manusia yang ditentukan oleh hukum dan tata alam. Tetapi hukum tata alam inipun terjadi dan kehendak Tuhan dan menurut hukum Tuhan.

Tuhan telah menjadikan manusia scbagai mahluk pergaulan, maka ia pun memberikan pimpinan bagi pergaulan manusia ini, ialah raja, Untuk menjalankan kewajibannya yang luhur itu raja juga memperoleh pimpinan dari Tuhan. Dengan demikian maka kekuasaan negara itu pada hakekatnya adalah juga kekuasaan



Tuhan. Menurut Ludwig von Haller sifatnya negara ialah ketertiban yang meliputi tuan dan hamba, kuat dan lemah, tinggi dan rendah, kaya dan miskin. Yang kuat berkuasa memerintah yang lemah, itulah kodrat alam, itulah yang dikehendaki dan diatur oleh Tuhan. Manusia dengan segala kecerdasannya tidak mungkin dapat mengubah keadaan yang telah ditentukan oleh kodrat Illahi ini. Dari kuasa dan kehendak Tuhanlah asal segala kekuasaan dan asal berdirinya negara.

Tokoh lain yang penting dalam teori ke Tuhanan ialah Friedrich Julius Stahl yang dalam bukunya "*Die Philosophie des Rechts*" membentangkan pendapatnya bahwa negara itu timbul dari takdir Illahi. Keluar terjadinyakekuasaan itu dapat tampak sebagai penyusunan kekuasaan oleh manusia, baik dalam keluarga, kelompok, suku atau bangsa, ataupun dalam gereja.

Akan tetapi bagaimanapun juga, semua kekuasaan nitu pada hakekatnya adalah terjadi karena kehendak dan kekuasaan Tuhan. Adanya peperangan, penyerbuan dan penaklukan disatu pihak dan adanya penyerahan dan ketaatan dilain pihak, semua itu ditentukan oleh kenyataan bahwa itu harus terjadi karena kehendak Illahi. Juga Friedrich Hegel pernah mengatakan bahwa negara itu adalah "*The march of God in the world*" atau laku Tuhan di dunia.¹²⁰

Pembenaran Negara Dari Sudut Kekuatan.

Siapa yang berkemampuan memiliki kekuatan maka mereka akan mendapat kekuasaan dan memegang tampuk pemerintahan. Kekuatan itu meliputi kekuatan jasmani (*physic*), kekuatan rohani (*psychis*), atau kekuatan materi (kebendaan), maupun kekuatan politik.

Menurut teori evolusi Charles Darwin bahwa kehidupan semesta alam ini diliputi oleh serba perjuangan untuk mempertahankan hidup masing-masing. Yang kuat akan menindas yang lemah, maka semuanya berusaha untuk menjadi kuat dan unggul dalam perjuangan. Setiap perjuangan harus senantiasa berusahamenambah kekuatan dan kemampuannya agar tetap berkuasa.

¹²⁰ Diponolo G.S. *Ilmu Negara*, Jilid 1 dan 2. Jakarta, PN. Balai Pustaka, 1975. hal. 66



Dalam keadaan itulah terjadi evolusi, terjadi proses perubahan dan pertumbuhan yang terus menerus yang dibawakan oleh penyesuaian diri pada kondisi perjuangan hidup.

Semua imperium ditegakkan dengan dasar kekuasaan ini. Pemerintahan diktator Napoleon (1769-1821), Hitler (1889-1945): Mussolini (1883-1945), Lenin (1870-1924): Stalin (1879-1953) dipancarkan dengan kekuasaan ini.

Menurut Duguit, yang dapat memaksakan kehendaknya kepada pihak lain ialah mereka yang paling kuat. (*lesplus forts*), kekuatan mana didalamnya karena beberapa faktor, misalnya keistimewaan fisik, intelegensia, ekonomi dan agama.

Senada dengan Duguit dalam "Traite de Droit Constitutionnel" tersebut, ialah Von Jhering dalam "Der Zweck im Recht", Laband dalam "Das Staatsrecht des Deutschen Reich" serta Jellinek pada karyanya "Allgemeine Staatslehre". Mereka mengemukakan, harus diterima kenyataan yang wajar, bahwa kekuasaan dan kedaulatan adalah sepenuhnya ditangan negara dan pemerintahan, tetapi tidak dijelaskan bagaimana lahirnya dan apa sebab demikian.

Tokoh lain yang menyatakan bahwa negara itu timbul dari penyerbuan dan penaklukan adalah Franz Oppenheimer seperti dikemukakannya dalam buku "Der Staat". Menurutnya negara, adalah suatu susunan masyarakat yang oleh golongan yang menang di, paksakan kepada golongan yang ditaklukkan, dengan maksud untuk mengatur kekuasaan golongan yang satu atas golongan yang lain dan melindungi terhadap ancaman pihak lain. Tujuan dari semuanya ini adalah pemerasan ekonomi dari golongan yang menang terhadap golongan yang kalah.¹²¹

Pembenaran Negara Dari Sudut Hukum.

¹²¹ Naning Ramdlon. *Gatra Ilmu Negara*. Yogyakarta, Liberty, 1983. hal. 9



Dalam teori ini bahwa tindakan pemerintah itu dibenarkan karena didasarkan kepada hukum. Teori ini merinci lagi tentang hukum itu yaitu hukum keluarga (*Patriarchal*), hukum kebendaan (*Patrimonial*) dan hukum peradilan.

1. Teori Patriarchal

Teori Patriarchal ini berdasarkan hukum keluarga, zaman dahulu ketika masyarakat masih sangat sederhana dan pada waktu negara itu belum ada, masyarakat itu hidup dalam kesatuan-kesatuan keluarga besar yang dipimpin oleh seorang kepala keluarga. Tentunya yang diangkat sebagai kepala keluarga adalah orang yang kuat, yang berjasa, dan bijaksana dalam sikap bagi keluarganya. Dalam bahasa asingnya seorang kepala keluarga itu merupakan primus interparis artinya seorang yang pertama diantara yang sama, karena sifat-sifatnya yang lebih itu, maka ia menjadi orang yang dipuja-puja.

Kejadian-kejadian dalam masyarakat selanjutnya yang menjadikan masyarakat menjadi lebih besar daripada kesatuan-kesatuan keluarga tersebut, disebabkan karena penaklukan yang dilakukan oleh kepala keluarga terhadap keluarga yang lainnya. Keadaan semacam ini tidak hanya menyebabkan keluarga itu menjadi lebih besar daripada semula akan tetapi kedudukan kepala keluarga itu sendiri menjadi kuat dan disebut sebagai raja yang berkuasa. Jika kemudian raja meninggal dunia, maka raja yang menggantikannya akan mewariskan semua kekuasaan yang ada pada raja yang pertama. Selanjutnya kekuatan itu akan diturunkan/diwariskan kepada raja-raja kemudian yang menggantikannya dan teori patriarchal inilah yang hendak membenarkan hukum keluarga yang berpangkal pada raja yang pertama untuk menjadi kepala keluarga. Maka sesudah itu menyusul teori yang kedua Patrimonial.

2. Teori Patrimonial.

Patrimonial berasal dari istilah patrimonium yang artinya adalah hak milik. Oleh karena raja mempunyai hak milik terhadap daerahnya, maka semua penduduk didaerahnya itu harus tunduk kepadanya. Sebagai contoh dari negara pada abad pertengahan dimana hak untuk memerintah dan menguasai



timbul daripada pemberian tanah. Dalam keadaan perang sudah menjadi kebiasaan bahwa raja-raja menerima bantuan dari kaum bangsawan untuk mempertahankan negaranya dari serangan-serangan musuh dari luar. Jika perang telah berakhir dengan kemenangan si raja, maka sebagai tanda jasa para bangsawan yang ikut membela dan membantunya mendapat sebidang tanah sebagai hadiah.

Dari pemberiannya itu kepada para bangsawan, maka berpindah semua hak atas tanah itu kepada para bangsawan, sehingga para bangsawan mendapatkan hak untuk memerintah (*overheidsrechten*) terhadap semua yang ada di atas tanah itu. Di Indonesia keadaan-keadaan semacam ini dapat kita lihat pada tanah-tanah partikelir. Tanah-tanah partikelir ini terjadinya dulu waktu Raffles. Daendles menjual tanah kepada orang-orang partikelir dengan maksud mendapatkan uang untuk membiayai angkatan perangnya. Jadi sama persoalannya dengan keadaan pada zaman abad pertengahan di Eropa, maka di Indonesia pemerintah VOC menjual belikan tanah Indonesia kepada orang-orang partikelir, sehingga hak atas tanah dari pemerintah VOC kepada orang-orang partikelir yang menimbulkan adanya tuan-tuan tanah. Tuan-tuan tanah itu juga mempunyai hak untuk memerintah *overheidsrechten* terhadap pendudukannya yang di atas tanahnya, yang berupa hak-hak biasa. Hak-hak biasa tersebut terdiri dari:

- a. Hak untuk mengangkat kepala desa
- b. Hak untuk memungut pajak
- c. Hak untuk mengerahkan tenaga rakyat, misalnya membuat jembatan, jalan-jalan dan sebagainya.

3. Teori Perjanjian

Teori-teori perjanjian dikemukakan oleh tiga tokoh yang terkemuka, tentang dasar hukum bagi kekuasaan negara yaitu: Thomas Hobbes, Jhon Locke, Jean Jacques Rousseau.

Ketiga-tiganya hendak mengembalikan kekuasaan raja pada waktu pemindahan manusia-manusia yang hidup dalam status naturalis kepada



status civilis melalui suatu perjanjian masyarakatnya yang memindahkan manusia dalam status naturalis kearah status civilis. Perbedaannya hanya terletak pada isi dan akibatnya.

4. **Thomas Hobbes**

Menurut Thomas Hobbes manusia selalu hidup dalam kekuatan karena takut akan diserang oleh manusia lainnya yang lebih kuat keadaan jasmaninya. Karena itu lalu diadakan perjanjian masyarakat dan dalam perjanjian raja tidak diikuti sertakan. Jadi perjanjian itu diadakan antara rakyat dengan rakyat sendiri. Perlu diperhatikan bahwa perjanjian masyarakat di dalam sejarah tidak pernah ada, tetapi Hobbes membuat ajaran ini hanya sebagai konstruksi dalam pikiran saja untuk menghalalkan kekuasaan raja. Setelah diadakan perjanjian masyarakat dimana individu-individu menyerahkan haknya atau hak-hak azazinya kepada suatu kolektivitas yaitu suatu kesatuan dari individu-individu yang diperolehnya melalui Pactum unjiones, maka disini kolektivitas menyerahkan hak-haknya atau kekuasaannya kepada raja dalam pactum subjektionones tanpa Syarat apapun juga. Raja sama sekali ada diluar perjanjian, dan oleh karenanya raja mempunyai kekuasaan yang mutlak setelah hak-hak rakyat diserahkan kepadanya (*Monarchie Absoluut*).

5. **Jhon Locke**

Berbeda dengan Hobbes, menurut Jhon Locke antara raja dengan rakyat diadakan perjanjian dan karena perjanjian itu raja berkuasa untuk melindungi hak-hak rakyat. Kalau raja bertindak sewenangwenang, rakyat dapat minta pertanggung jawabnya, karena yang primer adalah hak-hak azazi yang dapat dilindungi oleh raja. Akibat dari perjanjian antara rakyat dengan raja maka timbul monarchie constitutionil atau monarchie terbatas, karena kekuasaan raja sekarang menjadi terbatas oleh konstitusi. Perlu dijelaskan bahwa di dalam perjanjian masyarakat itu terdapat dua macam pactum yang disebut sebagai:

- a. *pactum uniones* - perjanjian untuk membentuk suatu kesatuan (kolektivitas) antara individu-individu.



- b. *pactum subjktiones* - perjanjian menyerahkan kekuasaan antara rakyat dengan raja.

Menurut perjanjian masyarakat oleh Hobbes, *pactum uniones* sama sekali ditelan oleh *pactum subjktiones* sehingga akibatnya raja berkuasa mutlak. Berbeda dengan faham Hobbes, Jhon Locke berpendapat bahwa *pactum uniones* dan *pactum subjktiones* sama kuat pengaruhnya, oleh karena itu dalam penyerahan kekuasaan raja harus berjanji akan melindungi hak-hak azazi rakyat. Ajaran Jhon Locke hampir sama dengan ajaran Monarchemachen yaitu suatu aliran dalam abad pertengahan yang memberi reaksi kekuasaan raja yang mutlak. Aliran ini hendak mengadakan pembatasan kepada kekuasaan raja dengan mengadakan perjanjian. Hasil perjanjian itu diletakan dalam *Leges Fundamentalis* yang menetapkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi kedua pihak. Oleh karena itu ajaran Jhon Locke sering disebut sebagai warisan dari Monachemachen yang memberi jaminan-jaminan kepada hak-hak azazi rakyat.

6. Jean Jecgues Rousseau

Paham Rousseau adalah kebalikan daripada Hobbes. Menurut Hobbes *pactum uniones* ditelan oleh *pactum subjktiones* sedang Rousseau *pactum subjktiones* yang ditelan oleh *pactum uniones*. Oleh karena itu akibat daripada ajaran Rousseau adalah kedaulata rakyat dan kekuasaan rakyat tidak pernah diserahkan pada raja, bahkan kalau ada raja yang memerintah maka raja itu hanya sebagai mandataris daripada rakyat.¹²²

Rousseau menganggap manusia yang asalnya baik itu telah dirusak oleh peradaban, karenanya ia lalu menganjurkan hal-hal yang dianggapnya baik.

Satu pertanyaan pokok yang selalu ditanyakan kepada dirinya sendiri adalah: Bagaimanakah mungkin dapat terjadi, bahwa manusia yang pada awalnya, yaitu pada waktu manusia itu masih hidup dalam keadaan alamiahnya, bebas dan merdeka, sekarang menjadi manusia yang hidup di bawah suatu

¹²² Bintang Saragih. *Sistem Pemerintahan dan Lembaga Perwakilan di Indonesia*. Jakarta, Perintis Press, 1985. hal. 58



kekuasaan negara?. Yang penting dalam pertanyaan ini bukanlah kejadiannya, melainkan bagaimana orang dapat menetapkan sahnya keadaan ini. Pertanyaan ini sama dengan pertanyaan: Bagaimana terjadinya negara itu?.

Dalam menjawab pertanyaan ini, ajaran Rousseau dalam beberapa hal adalah berbeda dengan ajaran-ajaran sarjana hukum alam lainnya, kalau dilihat dari segi perjanjian masyarakat. Ini berarti mengenai hal-hal yang lain ada persamaan yaitu bahwa dalam keadaan alam bebas ada kekacauan maka orang memerlukan jaminan atas keselamatan jiwa miliknya. Maka mereka lalu menyelenggarakan perjanjian masyarakat. Ini kejadiannya. Bagaimanakah materi atau isi daripada perjanjian masyarakat itu? Hal ini berbeda dengan pendapat-pendapat lainnya. Untuk ini Rousseau memberi keterangan sebagai berikut: Yang merupakan hal pokok daripada perjanjian masyarakat ini adalah, menemukan suatu bentuk kesatuan, membela dan melindungi kekuasaan bersama disamping kekuasaan pribadi dan milik dari setiap orang, sehingga semuanya dapat bersatu, akan tetapi masing-masing orang tetap mematuhi dirinya sendiri, sehingga orang tetap merdeka dan bebas seperti sedia kala. Pikiran inilah yang menjadi dasar dari semua pendapat-pendapat atau ajaran-ajaran selanjutnya. Dan perlu juga diingat bahwa Rousseau tidak mengenal adanya hak-hak alamiah, atau hak-hak dasar atau hak-hak asasi, hal ini berbeda dengan Jhon Locke.

Dengan perjanjian masyarakat itu, berarti tiap-tiap orang melepaskan dan menyerahkan semua haknya kepada kesatuannya yaitu masyarakat. Jadi sebagai akibat diselenggarakannya perjanjian masyarakat ini ialah:

- a. Terciptanya kemauan umum atau *Volonte Generale*, yaitu kesatuan daripada kemauan orang-orang yang telah menyelenggarakan perjanjian masyarakat tadi, inilah yang merupakan kekuasaan tertinggi, atau kedaulatan.
- b. Terbentuknya masyarakat atau *Gemeinschaft*, yaitu kesatuan daripada orang-orang yang menyelenggarakan perjanjian masyarakat tadi.



Masyarakat inilah yang memiliki kemauan umum, yaitu suatu kekuasaan tertinggi atau kedaulatan yang tidak dapat dilepaskan. Oleh karena itu kekuasaan yang tertinggi tadi, atau kedaulatan disebut kedaulatan rakyat.

Jadi dengan perjanjian masyarakat telah diciptakan negara, ini berarti telah terjadi suatu peralihan dari keadaan alam bebas ke-keadaan bernegara. Karena peralihan ini naluri manusia telah diganti dengan keadilan dan tindakan-tindakan yang mengandung kesusilaan, dan sebagai gantinya kemerdekaan alamiah serta kebebasan tanpa batas atau kebebasan alamiah, mereka kini telah mendapatkan kemerdekaan yang dibatasi oleh kemauan umum yang dimiliki oleh masyarakat sebagai kekuasaan tertinggi.

Kekuasaan ini tidak boleh dipindahkan ke tangan lain, atau tidak dapat diserahkan baik secara mutlak (seluruhnya), maupun sebagian, jadi kemauan umum atau kedaulatan itu tetap ada pada masyarakat atau keseluruhan daripada rakyat. Tetapi bukan rakyat secara perseorangan, melainkan rakyat yang sudah berganti menjadi suatu kesatuan, yang disebut masyarakat. Dalam hal ini Rousseau sebetulnya tidak mempersoalkan bagaimanakah sifat daripada kekuasaan itu pada umumnya. Hanya saja ia menganggap bahwa kekuasaan yang ada pada penguasa atau raja itu sebagai suatu kekuasaan yang diwakilkan saja, bukan kekuasaan asli, jadi raja bukanlah pemilik kekuasaan. Rousseau menganggap bahwa raja itu berkuasa (Pemerintah) wakil dari pada rakyat, dan menjalankan kekuasaan itu atas nama rakyat, maka setiap waktu raja dapat diganti atau digeser apabila raja tidak melaksanakan kemauan rakyat atau kemauan umum.

Pemerintah adalah suatu badan didalam negara. Akan tetapi ia tidak berdiri sendiri seperti negara, melainkan bersandar kepada sang daulat, yaitu rakyat. Pemerintah ini juga mempunyai kemauan sendiri, mempunyai jiwa sendiri, yang disebut *volonte de corps*. Maka pemerintah atau penguasa tidak boleh hanya terdiri dari satu orang saja, yaitu raja, melainkan disamping raja ini harus ada sebuah badan yang tugasnya menyalurkan kehendak rakyat. Dengan demikian maka *volonte de corps* akan lebih mendekati, kalau mungkin sama



dengan *volonte generale*. Apabila pemerintahan itu hanya dipegang oleh satu orang tunggal saja, yaitu raja, maka *volonte de corps* akan jatuh bersamaan dengan *volonte particuliere*, atau dengan kata lain, *volonte de corps* akan jatuh jauh sekali atau bertentangan dengan *volonte generale*. Disamping itu kita harus membedakan dengan pengertian *volonte detous*, yaitu kepentingan dari semua orang secara individual.

Apakah bedanya? Perbedaan terletak pada sifat daripada kepentingan yang dituju.

Volonte generale itu ditujukan kepada kepentingan umum. *Volonte de corps* itu ditujukan kepada kepentingan golongan. *Volonte particuliere* itu ditujukan kepada kepentingan perseorangan. *Volonte de tous* itu ditujukan kepada kepentingan semua orang tetapi orang-orang itu tidaklah merupakan suatu kesatuan. Jadi lain dengan kepentingan umum. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa *volonte de tous* ditujukan kepada kepentingan khusus.

Bagaimanakah caranya untuk mengctahui, bahwa sesuatu kemauan itu adalah kemauan umum atau *volonte gencrale*? Menurut Rousseau caranya ialah dengan mengadakan pemungutan suara, dari orang-orang yang merupakan masyarakat itu. Tetapi dengan demikian timbul pertanyaan, yang sekaligus pertanyaan ini merupakan keberatan terhadap pendapat Rousseau tersebut. Yaitu, bahwa didalam masyarakat tidaklah mungkin setiap orang itu mempunyai kemauan yang sama, melainkan entah berapa orang tentu ada yang mempunyai kemauan yang berbeda. Dengan demikian apakah tidak dapat dikatakan bahwa apa yang disebut kemauan umum atau *volonte generale* oleh Rousseau itu adalah kemauan mayoritas daripada masyarakat itu, atau dengan kata lain, kemauan dari semua anggota masyarakat dikurangi dengan kemauan yang berbeda.

Memang demikianlah keadaannya. Tetapi sesungguhnya persoalannya adalah lain, sebab menurut Rousseau yang penting itu adalah cara mengemukakan persoalannya yang akan dimintakan persetujuannya dengan cara pemungutan



suara tadi kepada masyarakat itu. Jadi yang penting itu sekali lagi bukanlah persoalannya itu sendiri, melainkan adalah cara atau sistem yang bagaimanakah pemecahan suatu persoalan itu menurut cara yang tertentu yang memenuhi kehendak umum. Jadi kehendak umum itu sebetulnya hanya merupakan khayalan saja, jadi sifatnya abstrak, dan kedaulatan itu adalah kehendak umum.

Dengan demikian dari ajaran Rousseau tersebut timbul konsekuensi baru, yaitu dengan adanya revolusi-revolusi yang menentang terhadap kekuasaan raja-raja yang bersifat absolut. Dan dengan runtuhnya kekuasaan raja-raja yang bersifat absolut ini, dan yang disertai dengan timbulnya kekuasaan-kekuasaan baru disamping kekuasaan raja, maka walaupun bentuk negaranya itu masih tetap kerajaan, tetapi kekuasaan raja itu sudah tidak lagi sama dengan kekuasaannya yang semula. Karena sekarang disamping kekuasaan raja tadi ada kekuasaan baru, yaitu kekuasaan badan perwakilan atau parlemen. Menurut Rousseau bila kekuasaan ada pada rakyat maka itu adalah Demokrasi.¹²³

Pembenaran Negara Dari Sudut Lain-Lain

1. Teori Ethis/Teori Etika:

Menurut teori ini maka negara itu ada karena Suatu keharusan susila, untuk ini ada 3 pendapat yaitu:

a. Pendapat PLATO dan ARISTOTELES:

Mereka mengatakan bahwa manusia tidak akan ada arti bila manusia itu belum bernegara. Negara merupakan hal yang mutlak, tanpanegara maka tidak ada manusia, dengan demikian segala tindakan Negara dibenarkan.

b. Pendapat EMANUEL KANT:

Beliau berpendapat tanpa adanya negara, manusia itu tidak dapat tunduk pada hukum-hukum yang dikeluarkan. Menurut Kant, negara itu adalah

¹²³ Soehino, *Op Cit*, 1980. hal. 119



ikatan-ikatan manusia yang tunduk pada Hukum akibatnya tindakan negara tadi dibenarkan.

c. Pendapat WOLFF:

Beliau menyatakan keharusan untuk membentuk negara merupakan keharusan moral yang tertinggi. Pendapat ini sukar diterangkan secara ilmiah karena teorinya berpangkal pada filsafat.

2. **Teori Absolut Dari Hegel:**

Menurut Hegel maka manusia itu tujuannya untuk kembali pada cita-cita yang absolut dan penjelmaan daripada cita-cita yang absolut dari manusia itu adalah negara.

Tindakan dari Negara itu dibenarkan karena negara yang dicita-citakan oleh manusia-manusia itu tadi.

3. **Teori Psychologis:**

Teori ini mengatakan bahwa alasan pembenaran negara itu adalah berdasarkan pada unsur psychologis manusia, misalnya dikarenakan rasa takut, rasa kasih sayang dan lain-lainnya, dengan demikian tindakan negara tadi dibenarkan.¹²⁴

¹²⁴ Wahjono, *Op Cit*, 1977. hal. 18





BAB 14

TEORI TERJADINYA NEGARA

Dalam teori ini dikandung pengertian bahwa urutan pentahapan yang berkembang dari hal yang sangat sederhana dari terjadinya negara sampai kepada lahirnya negara yang modern. Memang untuk memahami terjadinya negara banyak dasar-dasar ataupun teori-teori yang dikemukakan para ahli negara dan hukum. Uraian disini akan mengambil sikap guna memahami pentahapan yang berkembang sehingga muncul apa yang disebut negara itu. Mengenai teori terjadinya negara ada 2 macam sisi pembahasan.

Terjadinya Negara Secara Primer (*Primaire Staats Wording*)

Yang dimaksud dengan terjadinya Negara secara primer adalah teori yang membahas tentang terjadinya negara yang tidak dihubungkan dengan negara yang telah ada sebelumnya. Menurut teori ini perkembangan Negara secara primer melalui 4 phase:

1. Phase Genootshap (Genossenschaft)

Pada phase ini merupakan perkelompokan dari orang-orang yang menggabungkan dirinya untuk kepentingan bersama, dan disandarkan pada persamaan. Mereka menyadari bahwa mereka mempunyai kepentingan yang sama dan kepemimpinan disini dipilih secara *Primus Inter Pares* atau yang terkemuka diantara yang sama. Jadi yang penting pada masa ini adalah unsur bangsa.

2. Phase Reich (Rijk)

Pada pase ini kelompok orang-orang yang menggabungkan diri tadi telah sadar akan hak milik atas tanah hingga muncullah Tuan yang berkuasa atas



tanah dan orang-orang yang menyewa tanah. Sehingga timbul sistem feodalisme. Jadi yang penting pada masa ini adalah unsur wilayah.

3. Phase Staat

Pada phase ini masyarakat telah sadar dari tidak bernegara menjadi bernegara dan mereka telah sadar bahwa mereka berada pada satu kelompok. Jadi yang penting pada masa ini adalah bahwa ketiga unsur dari pada negara yaitu Bangsa, Wilayah dan Pemerintahan yang berdaulat sudah terpenuhi.

a. Phase Democratische Natie:

Phase ini merupakan perkembangan lebih lanjut daripada phase Staat, dimana Democratische Natie ini terbentuk atas dasar kesadaran Demokrasi Nasional, kesadaran akan adanya kedaulatan ditangan rakyat.

b. Phase Dictatuur (Dictatum)

Mengenai phase dictatuur ini timbul 2 pendapat yaitu:

1) Menurut Sarjana Jerman

Mereka berpendapat bahwa bentuk dictator ini merupakan perkembangan lebih lanjut daripada *Democratische Natie*.

2) Menurut Sarjana lainnya

Mereka berpendapat bahwa Dictatuur ini bukan merupakan perkembangan lebih lanjut dari *Democratische Natie* tetapi merupakan variasi atau Penyelewengan daripada *Democratische Natie*.

Terjadinya Negara Secara Sekunder (Scundaire Staats Wording)

Yang dimaksud dengan terjadinya negara secara sekunder adalah teori yang membahas tentang terjadinya negara yang dihubungkan dengan negara-negara yang telah ada sebelumnya. Jadi yang penting dalam pembahasan terjadinya negara sekunder ini adalah masalah Pengakuan atau *Erkening*. Mengenai masalah Pengakuan atau *Erkening* ini ada 3 macam sbb:

1. Pengakuan De Facto (Sementara).

Yang dimaksudkan dengan pengakuan *de Facto* adalah pengakuan yang bersifat sementara terhadap munculnya atau terbentuknya suatu negara baru,



karena kenyataanya negara baru itu memang ada namun apakah prosedurnya melalui hukum, hal ini masih dalam penelitian hingga akibatnya pengakuan yang diberikan adalah bersifat sementara. Pengakuan *De Facto* ini dapat meningkat kepada pengakuan *De Jure* apabila prosedur munculnya negara baru itu melalui prosedur hukum yang sebenarnya.

2. Pengakuan De Jure (Pengakuan Yuridis)

Yang dimaksudkan dengan pengakuan *de jure* adalah pengakuan yang seluas-luasnya dan bersifat tetap terhadap munculnya atau timbulnya atau terbentuknya suatu negara, dikarenakan terbentuknya negara baru adalah berdasarkan yuridis atau berdasarkan hukum.

3. Pengakuan Atas Pemerintahan De Facto

Pengakuan atas pemerintahan *de Facto* ini diciptakan oleh seorang sarjana Belanda yang bernama Van Haller pada saat proklamasi kemerdekaan Republik Indonesia.

Yang dimaksudkan dengan pengakuan terhadap pemerintahan de fakto adalah suatu pengakuan hanya terhadap pemerintahan daripada suatu negara. Jadi yang diakui hanya terhadap pemerintahan, sedangkan terhadap wilayahnya tidak diakui, apalah artinya. Unsur-unsur adanya negara adalah harus ada Pemerintahan, wilayah dan rakyat, Jadi kalau hanya pemerintahan saja yang ada maka itu bukanlah merupakan negara karena tidak cukup unsur-unsurnya.

Negara yang telah ada didalam lingkup kenegaraan dapat terjadi keruntuhan / lenyap. Hal yang menyebabkannya adalah:

a. Hilangnya Negara Karena Faktor Alam:

Yang dimaksudkan dengan hilangnya negara karena faktor alam adalah suatu negara yang tadinya sudah tercipta atau sudah ada, tetapi dikarenakan faktor alam lenyaplah atau hilanglah negara itu tadi. Karena disebabkan oleh alam maka wilayah dari Negara tadi akan hilang dan hilangnya wilayah tadi berarti: hilanglah negara itu dari dunia kehegaraan. Hilangnya negara karena faktor alam ini dapat disebabkan



antara lain: 1. Gunung meletus, maka hilanglah suatu wilayah. 2. Pulau ditelan air laut, maka hilanglah wilayah.

b. Hilangnya Negara Karena Faktor Sosial

Yang dimaksudkan dengan hilangnya negara karena faktor sosial adalah suatu negara yang tadinya sudah ada dan berdiri serta diakui oleh negara-negara lain, tetapi dikarenakan oleh faktor-faktor sosial maka negara hilang atau runtuh. Hilangnya negara karena faktor sosial ini dapat disebabkan antara lain:

- 1) Karena adanya Penaklukan
- 2) Karena adanya suatu revolusi (Kudeta yang berhasil)
- 3) Karena adanya perjanjian
- 4) Karena adanya penggabungan

Sebagai kesimpulan bahwa baik faktor alam maupun faktor sosial semuanya mempengaruhi terhadap hilang atau runtuhnya suatu negara yang sebelumnya telah ada dalam dunia kenegaraan.¹²⁵

¹²⁵ *Ibid.* hal. 14



BAB 15

TEORI TUJUAN NEGARA

Kemana arah organisasi negara itu akan dibawa oleh penguasanya menjadi materi yang diterangkan oleh teori tujuan negara.

Tidak ada suatu negara yang tidak mempunyai tujuan. Beraneka ragam tujuan negara itu. Tiap penguasa dapat saja mengemukakannya. Paham sarjana-sarjana ada yang mengemukakan tujuan negara itu dihubungkan dengan tujuan akhir dari manusia dan ada pula yang menghubungkannya dengan kekuasaan.

Tujuan negara ialah negara itu sendiri. Kata Hegel negara itu adalah person yang mempunyai kemampuan sendiri dalam mengejar pelaksanaan IDEE umum. Ia memelihara dan menyempurnakan diri sendiri. Maka kewajiban tertinggi manusia adalah menjadi warga negara sesuai dengan undang-undang. Kaum diktator menganut paham, negara itu sendiri sebagai tujuan. Warganya mesti mengorbankan apa saja yang diperintahkan pemegang kuasa. Jadi penjelmaannya ialah negara kekuasaan. Perlu kiranya ditambahkan, bahwa Hegel menciptakan juga teori dialektika: melalui tese, antitese dan sintese lahir dan timbullah kemajuan.¹²⁶

Augustinius menyatakan tujuan negara adalah dihubungkan dengan Cita-cita manusia hidup di alam kekal yaitu sesuai yang diinginkan Tuhan.

Shang Yang menghubungkan tujuan negara dengan mencari kekuasaan semata, sehingga negara itu identik dengan penguasa.

¹²⁶ Hutauruk. *Azas-Azas Ilmu Negara*. Jakarta, Erlangga, 1983. hal. 55



Menurut John Locke dengan pembentukan *political or civil society*, manusia itu tidak melepaskan hak asasinya.

Tujuan negara memelihara dan menjamin hak-hak asasi yaitu:

1. hak hidup/nyawa (*leven*)
2. hak atas badan (*lijf*)
3. hak atas harta benda (*vermogen*)
4. hak atas kehormatan (*eer*)
5. hak kemerdekaan (*vrij heid*)

Kemudian *vrij heid* oleh Rousevelt dibagi:

- a. Freedom from want
- b. Freedom from fear
- c. Freedom of speech
- d. Freedom of religion
- e. Freedom of doing mistake (tambahan oleh Gandhi) Dan juga tambahan oleh Soekarno Freedom to be free.

Pada zaman modern ini lazimnya tujuan negara itu menyelenggarakan kesejahteraan dan kebahagiaan rakyatnya demi tercapainya masyarakat adil dan makmur.



BAB 16

TEORI TIPE-TIPE NEGARA

Teori tipe-tipe negara bermaksud membahas tentang penggolongan negara dengan didasarkan kepada ciri-ciri yang khas.

Tipe-tipe Negara Menurut Sejarah

Tipe-tipe negara menurut sejarah atau de historische hoofd typen van de staats meninjau penggolongan negara berdasarkan sejarah pertumbuhannya.

1. Tipe Negara Timur Purba.

Negara-negara Timur Purba tipenya Tyrani, raja-raja berkuasa mutlak. Kita dapat mengenali negara-negara Timur Purba karena ciri-cirinya:

- a. Bersifat theocracies (keagamaan).
- b. Raja merangkap dianggap dewa oleh warganya.
- c. Pemerintahan bersifat absolut (mutlak).

2. Tipe Negara Yunani Kuno

Negara Yunani Kuno mempunyai type sebagai negara kota atau Polis (*City State*). Besarnya negara kota hanyalah satu kota saja yang dilingkari benteng pertahanan. Penduduknya sedikit dan pemerintahan demokrasi langsung. Dalam pelaksanaan demokrasi langsung rakyat diberikan pelajaran ilmu pengetahuan atau dikenal istilah *encyclopaedie*. Pemerintahan berjalan dengan mengumpulkan rakyat disatu tempat yang disebut *acclisia*. Dalam rapat dikemukakan kebijaksanaan pemerintah untuk dipecahkan bersama, rakyat ikut serta memecahkan masalah. Pemerintahan selalu dipegang oleh ahli-ahli filsafat.



3. Tipe Negara Romawi

Tipe dari negara Romawi adalah Imperium. Yunani sendiri menjadi daerah jajahan dari Romawi.

Pemerintahan di Romawi dipegang oleh Caesar yang mencrima seluruh kekuasaan dari rakyat atau apa yang dinamakan Caesarismus. Pemerintahan Caesar adalah secara mutlak. Suatu undang-undang di Romawi apa yang dinamakan *Lex Regia*.

4. Tipe Negara Abad Pertengahan.

Ciri khas tipe negara abad Pertengahan adalah adanya dualisme (pertentangan).

- a. Dualisme antara penguasa dengan rakyat.
- b. Dualisme antara pemilik dan penyewa tanah sehingga munculnya *Feodalisme*.
- c. Dualisme antara Negarawan dan Gerejawan (*Secularisme*)

Akibat adanya dualisme ini timbul keinginan rakyat untuk saling membatasi hak dan kewajiban antara Raja dan Rakyat. Ini dikemukakan oleh aliran monarchomachen (golongan anti Raja yang mutlak). Perjanjian mereka disepakati dan diletakkan dalam Leges fundamentalis yang berlaku sebagai undang-undang.

5. Tipe Negara Modern

Pada negara-negara modern tipenya adalah:

- a. Berlaku asas Demokrasi
- b. Dianutnya paham negara hukum
- c. Susunan negaranya Kesatuan. Didalam negara hanya ada satu pemerintahan yaitu Pemerintahan pusat yang mempunyai wewenang tertinggi.

Tipe Negara Yang Ditinjau Dari Sisi Hukum

Tipe negara yang ditinjau dari sisi hukum adalah penggolongan negara-negara dengan melihat hubungan antara penguasa dan rakyat. Disini kita akan menemui tiga tipe:



1. Tipe Negara Policie (*Polizei staat*)

Pada tipe ini negara bertugas menjaga tata tertib saja atau dengan kata lain Negara Jaga malam. Pemerintahan bersifat monarchie absolut. Pengertian policie adalah welvaartzorg, yang mencakup dua arti:

- a. penyelenggara negara positif (*bestuur*).
- b. penyelenggara negara negatif (menolak bahaya yang mengancam negara/keamanan).¹²⁷

2. Tipe Negara Hukum (*Rechts staat*)

Disini tindakan penguasa dan rakyat harus berdasarkan hukum. Ada tiga bentuk tipe negara hukum.

a. Tipe Negara Hukum Liberal

Tipe negara Hukum Liberal ini menghendaki agar supaya negara berstatus pasif artinya bahwa warga negara harus tunduk pada peraturan-peraturan negara. Penguasa dalam bertindak sesuai dengan hukum. Disini kaum Liberal menghendaki agar antara penguasa dan yang dikuasai ada suatu persetujuan dalam bentuk Hukum, serta persetujuan yang menguasai penguasa.

b. Tipe Negara Hukum Formil

Negara Hukum Formil yaitu negara Hukum yang men. dapat pengesahan dari rakyat, segala tindakan penguasa memerlukan bentuk hukum tertentu, harus berdasar. kan undang-undang. Negara Hukum Formil ini disebut pula dengan Negara Demokratis yang berlandaskan negara Hukum.

Dalam hal ini menurut STAHL seorang sarjana Denmark maka negara Hukum Formil itu harus memenuhi 4 (empat) unsur:

- a. Bahwa harus adanya jaminan terhadap hak-hak asasi.
- b. Adanya pemisahan kekuasaan
- c. Pemerintahan didasarkan pada undang-undang

¹²⁷ Djokosutono. *Ilmu Negara* dihimpun oleh Harun Al Rasyid. Jakarta, Ghalia Indonesia, 1982. hal. 52



d. Harus ada peradilan administrasi

c. Tipe Negara Hukum Materil:

Negara Hukum Materil sebenarnya merupakan perkembangan lebih lanjut daripada negara Hukum Formil. Jadi apabila pada negara Hukum Formil tindakan dari penguasa harus berdasarkan undang-undang atau harus berlaku asas legalitas, maka dalam negara Hukum Materil tindakan dari penguasa dalam hal mendesak demi kepentingan warganegaranya dibenarkan bertindak menyimpang dari undang-undang atau berlaku asas Opportunitas.

3. **Tipe Negara Kemakmuran (*Wohlfahrt Staats*)**

Pada tipe negara Kemakmuran atau *wohlfahrtstaats* ini, negara mengabdikan sepenuhnya kepada masyarakat. Dalam negara Kemakmuran maka negara adalah alat satu-satunya untuk menyelenggarakan kemakmuran rakyat, disini negara aktif dalam menyelenggarakan kemakmuran warganya, untuk kepentingan seluruh rakyat dan negara. Jadi pada tipe negara Kemakmuran ini tugas daripada negara adalah semata-mata menyelenggarakan kemakmuran rakyat yang semaksimal mungkin.¹²⁸

¹²⁸ Wahjono, *Op Cit*, 1977. hal. 22



BAB 17

TEORI BENTUK NEGARA DAN BENTUK PEMERINTAHAN

Teori bentuk negara dan bentuk pemerintahan seringkali dicampur adukkan pengertiannya. Juga ada para ahli membicarakan susunan negara.

Berdasarkan latar belakang uraian diatas, ingin dikemukakan bahwa:

1. Teori bentuk negara bermaksud membahas sistem penjelmaan politis daripada unsur-unsur negara.
2. Teori bentuk pemerintahan adalah meninjau bentuk negara secara yuridis, yang bermaksud mengungkapkan sistem yang menentukan hubungan antara alat-alat perlengkapan negara tertinggi dan tinggi dalam menentukan kebijaksanaan kenegaraan, hal ini ditemui dalam konstitusi negara. Karena itu bentuk pemerintah (*Regeringsvorm*) ini kadangkala disebut Sistem Pemerintahan. Sistem ialah susunan yang terdiri dari bagian-bagian yang berkaitan satu dengan lainnya dengan teratur dan terencana untuk mencapai tujuan tertentu. Jika satu bagian tidak seimbang dengan lainnya atau terganggu fungsinya akan berpengaruh pada bagian lainnya.
3. Susunan negara adalah juga menyangkut bentuk negara yang ditinjau dari segi susunannya yaitu berupa negara yang bersusun tunggal dan bersusun jamak. Dalam hal ini Negara Kesatuan dan Federasi.¹²⁹

A. BENTUK NEGARA

Niccolo Machiavelli dengan bukunya *Il Principe* artinya Sang Raja menyatakan bentuk negara bila tidak Republik, maka lainnya Monarchie Niccolo Marchiaveli memberikan pendapat awal tentang bentuk Negara Republik dan

¹²⁹ Soehino, *Op Cit*, 1980. hal. 224



Monarchie. Sarjana-sarjana mencari tolok ukur pembeda antara Republik dan Monarchie. Jellinek dalam bukunya yang terkenal *Allgemeine Staatslehre* membedakan bentuk negara Republik dan Monarchie berdasarkan pembentukan kemauan negara.

Bila cara pembentukan kemauan negara itu ditentukan oleh seorang saja maka terjadilah monarchie, sedangkan bila kemauan negara itu ditentukan oleh dewan (lebih dari seorang) maka terjadilah Republik.

Jika kita berpegang teguh kepada prinsip dasar pembagian Jellinek maka negara Inggris, Swedia, Norwegia, Denmark, Nederland dan Belgia haruslah dimasukkan dalam bentuk negara republik, sebab cara terjadinya pembentukan kemauan negaranegara tersebut diatas dilakukan oleh orang banyak/dewan.

Sedangkan kenyataannya menurut hukum tata negara, negara-negara tersebut bentuk negaranya adalah monarchie. Yang paling aneh ialah dimasukkannya Jerman (zaman Bismark) ke dalam bentuk negara republik. Bukankah hal tersebut sudah nyata-nyata monarchie.

Jellinek terang tidak konsekuen ketika ia memasukkan negar, Inggris ke dalam monarchie. Alasannya ialah bahwa kekuasaan untuk menggerakkan parlemen, dan pimpinan tertinggi negara masih ada ditangan raja secara yuridis formal. Walaupun demikia diakuinya juga bahwa didalam praktek, parlemen lebih berkuasa Hal ini sudah sejak zaman Ratu Victoria yang tidak mampu lagi menentang kehendak daripada parlemen. Meskipun kabinet (dewan menteri) diangkat oleh raja secara formal, tetapi sebenarnya menteri-menterinya sudah ditentukan lebih dulu oleh parlemen, karena pemimpin partai yang mendapat suara terbanyak dalam *House of Commond* (parlemen Inggris) diangkat menjadi Perdana Menten, kemudian Perdana Menteri inilah yang memilih menteri-menterinya yang kemudian diajukan kepada raja untuk diangkat. Dalam prakteknya usul personalia dari Perdana Menteri atau parlemen ini tidak pernah ditolak oleh raja. Jadi Jelaslah kiranya kalau kita tetap hendak



menggunakan ukuran Jellinek maka negara Inggris seharusnya dimasukkan ke dalam bentuk negara republik.

Dengan demikian alasan-alasan Jellinek kurang bisa diterima. Memang benar bahwa parlemen tidak dapat mengadakan sidang sendiri karena tidak memiliki *Selbstversammlungs Recht* (hak untuk mengadakansidang sendiri). Jadi hanya mungkin sidang atas perintah raja. Juga benar bahwa parlemen tidak bisa memberlakukan undang-undang tanpa “*royal assent*” (restu/sabda) raja. Tetapi bukanlah semua keputusan diambil secara yuridis melalui orang banyak/dewan? Sebaliknya royal assent saja tanpa bantuan parlemen tak akan merupakan peraturan/ undang-undang yang mengikat umum.

1. Leon Duguit

Dalam bukunya “*Traitede Droit Constitutionel*” jilid II halaman 607 diutarakannya bahwa untuk menentukan apakah negara berbentuk monarchie ataukah republik ialah dengan menggunakan “cara penunjukan/pengangkatan kepala negaranya”. Monarchie bila kepala negaranya yang turun temurun, diangkat berdasarkan keturunan. Apabila diangkat atas dasar keturunan yaitu dengan pemilihan maka bentuknya ialah: republik.

Sebenarnya Duguit mengatakan kedua bentuk ini (monarchie/ republik sebagai bentuk pemerintah, sedangkan menurut Hukum Tata Negara seharusnya bentuk negara. Pada lazimnya “bentuk pemerintahan” digunakan untuk menentukan lebih lanjut perbedaan dari bentuk negara, yaitu mengenai perbedaan sistem Hukum Tata Negaranya. Karena Hukum Tata Negara menunjukkan cara bagaimanakah hubungan antara alat-alat perlengkapan negara tertinggi saling berhubungan. Misalnya: Republik, dengan sistem pengawasan langsung oleh rakyat (referendum dan inisiatif rakyat) misalnya Swiss, dengan sistem parlementer misalnya Perancis dengan sistem pemisahan kekuasaan misalnya Amerika Serikat.

2. Otto Koellreutter



Ia sependapat dengan faham Duguit tentang pembagian bentuk negara dalam bentuk monarchie dan republik, akan tetapi karena ia sebagai orang fasis Jerman dikemukakannya bentuk yang ketiga yang dinamakan "*Autoritarenfuhrerstaat*" Monarchie (dewasa ini) adalah suatu negara yang diperintah oleh suatu dinasti, di mana kepala negaranya diangkat atas dasar keturunan. Oleh karena itu ia beranggapan bahwa dasarnya ialah ketidaksamaan, karena tidak setiap orang dapat menjadi kepala negara. Sedangkan bentuk republik berdasarkan asas kesamaan, karena kepala negaranya diangkat berdasarkan kemauan orang banyak dan setiap orang dianggap sama haknya untuk menjadi kepala negara. Kepala negara republik tidak diangkat berdasarkan keturunannya ataupun kepribadiannya melainkan karena kemauan rakyat secara politis dan kenegaraan. Jadi Otto Koellreutter menggunakan ukuran Kesamaan dan Ketidaksamaan.

3. Untuk bentuk negara yang ketiga yang dinamakannya *Autoritaren Fuhrerstaat*, perbedaan atas dasar republik dan monarchie, tidak menjadi hal yang penting lagi. Kepala Negara ini (yang ketiga tidak lagi diangkat atas dasar dinasti melainkan atas dasar pikiran yang dapat berkuasa yang disebutnya sebagai "*der Gedanken des Staatsautoritat*"). Jadi atas dasar ketidaksamaan. Tetapi asas ketidaksamaan ini berlainan dengan asas ketidaksamaan dalam monarchie yang berpangkal pada keturunan/dinasti, sedangkan pada bentuk ketiga ini berpangkal pada pikiran yang dapat menguasai negara. Otto Koellreutter tidak menjelaskan lebih lanjut mengapa seorang yang mempunyai "pikiran yang dapat berkuasa" atau "*der Gedanken der Staatsautoritat*" dapat berkuasa menjadi kepala negara.¹³⁰

Aristoteles meninjau mengenai bentuk negara itu berdasarkan ukuran kuantitas untuk bentuk ideal dan ukuran kualitas untuk bentuk pemerosotan. jadi disini aristoteles memperhatikan banyaknya yang

¹³⁰ Azhary, *Op Cit*, 1983. hal. 50



memerintah, hingga menghasilkan bentuk ideal dan bentuk pemerosotan. Menurut beliau adalah sebagai berikut:

1) Monarchie:

Apabila yang memerintah satu orang untuk orang banyak maka bentuk negara adalah monarchie dan kalau merosot dimana ia memerintah didasarkan pada kepentingan sendiri maka bentuknya menjadi diktatur atau tirani.

2) Aristoktasi:

Bila yang memerintah beberapa orang dan demi kepentingan orang banyak maka bentuk negara ini dinamakan *aristokrasi*. pemerosotan daripada aristokrasi ini yaitu apabila beberapa orang memerintah untuk kepentingan golongan sendiri maka bentuk negara menjadi *oligarchie*, sedangkan apabila hanya kepentingan orang kaya maka dinamakan *plutokrasi*.

3) Politiea:

Bila yang memerintah seluruh orang dan demi kepentingan seluruh orang pula maka bentuk negara demikian dinamakan *politiea*, sedangkan kalau ia merosot menjadi perwakilan dinamakan demokrasi. jadi demokrasi merupakan pemerosotan daripada bentuk *politiea*.

Jadi apabila kita buat skema bentuk negara menurut Aristoteles itu adalah sebagai berikut:

Bentuk Idealnya	Bentuk Pemerosotannya
Monarchie	→ Diktator/Tirani
Aristokrasi	→ Oligarchie/Plutokrasi
Politiea Demokrasi	→ Demokrasi

Polybios adalah bentuk pengikut Aristoteles yang memperbaiki sejarah bentuk negara dari Aristoteles. Pendapat Aristoteles berbeda dengan pendapat *Polybios* mengenai Demokrasi, dimana menurut *Polybios*



Demokrasi merupakan bentuk yang ideal dimana bentuk pemerossotannya adalah *Ochlocratie* atau *Mobocratie*.

Jadi apabila kita buatkan skema dari pada bentuk negara menurut Polybios ini adalah sebagai berikut:

Bentuk Idealnya	Bentuk Pemerossotannya
Monarchie	→ Dikatator/Tirani
Aristokrasi	→ Oligarchie/Plutokrasi
Demokrasi	→ Ochlocratie/ Mobocratie.

C.F. Strong mengemukakan adanya 5 (lima) kriteria untuk melihat bentuk negara, masing-masing:

1. Melihat negara itu bagaimana bangunannya apakah ia Negara Kesatuan atautakah Negara Serikat.
2. Melihat bagaimana Konstitusinya.
3. Mengenai Badan Eksekutif, apakah ia bertanggung jawab kepada Parlemen atau tidak, atau disebutkan Badan Eksekutif yang sudah tentu jangka waktunya.
4. Mengenai Badan Perwakilannya, bagaimana disusunnya, siapa yang berhak duduk disitu.
5. Bagaimana Hukum yang berlaku atau *Ius Contitutum* nya atau bagaimana Hukum Nasionalnya.¹³¹

B. BENTUK PEMERINTAHAN

Bentuk pemerintahan atau sistem pemerintahan ini ada 3 macam

1. Bentuk pemerintahandimanaadanyahubungan yangerat antara Eksekutif dengan Parlemen. Eksekutif dan Parlemen saling tergantung satu dengan yang lainnya. Eksekutif yang dipimpin oleh seorang Perdana Menteri dibentuk oleh Parlemen dari Partai/Organisasi yang mayoritas di Parlemen. Dalam hal ini rakyat tidak langsung memilih Perdana Menteri dan Kabinetnya tetapi hanya memilih anggota Parlemen. Dengan

¹³¹ Wahjono, *Op Cit*, 1977. hal. 25



terpilihnya Parlemen maka akan terbentuk Eksekutif (Kabinet). Karena itu pula Kabinet bertanggung jawab dan tunduk pada Parlemen dan Kabinet akan jatuh apabila dukungan tidak mencapai mayoritas di Parlemen. Sebaliknya Kepala Negara dapat membubarkan Parlemen atas permintaan Perdana Menteri yang disusul dengan penyelenggaraan pemilihan umum. Bentuk pemerintahan seperti ini disebut Sistem Pemerintahan Parlementer.¹³²

Sistem Parlementer yang berasal dari Inggris ini dapat menimbulkan 3 variasi:

- a. Eksekutif lebih tinggi kekuasaannya dari Parlemen.
 - b. Eksekutif seimbang kekuasaannya dengan Parlemen.
 - c. Eksekutif lebih rendah kekuasaannya dari Parlemen.
2. Bentuk pemerintahan dimana ada pemisahan yang tegas antara badan legislatif (Parlemen) dengan Eksekutif dan juga dengan badan yudikatif. Menurut bentuk pemerintahan seperti ini Presiden sebagai kepala Negara sekaligus menjadi Kepala Eksekutif. Presiden bukan dipilih oleh Parlemen tetapi Presiden beserta Parlemen sama-sama dipilih secara langsung oleh rakyat melalui suatu pemilihan umum. Karena itu Presiden tidak bertanggung jawab kepada Parlemen sehingga Presiden dan Kabinetnya tidak dapat dijatuhkan oleh Parlemen. Sebaliknya Presiden pun tidak dapat membubarkan Parlemen. Kedua lembaga ini melaksanakan tugasnya sesuai dengan ketentuan konstitusi dan berakhir pada masa jabatannya. Kecuali mereka diberhentikan karena perbuatan tercela atau tidak senonoh misalnya dengan impeachment untuk Presiden di Amerika Serikat. Bentuk pemerintahan seperti ini disebut sebagai sistem pemerintahan presidensiil (*Fixed executive*).¹³³

Sistem Presidensiil berasal dari Amerika Serikat. Disana diterapkan asas Trias Politica dari Montesquieu dengan sistem Check and balance.

¹³² Bintan Saragih, *Op Cit*, 1985. hal. 77

¹³³ *Ibid.* hal. 78



3. Bentuk pemerintahan dengan pengawasan langsung oleh rakyat terhadap badan legislatif atau sistem Swiss.

Dalam sistem ini Parlemen tunduk kepada kontrol langsung dari rakyat. Kontrol ini dilakukan dengan dua cara yaitu:

a. Referendum

Referendum adalah suatu kegiatan politik yang dilakukan oleh rakyat untuk memberikan keputusan setuju atau menolak terhadap kebijaksanaan yang ditempuh oleh Parlemen atau setuju atau tidak terhadap kebijaksanaan yang dimintakan persetujuannya kepada rakyat.

Ada 3 macam referendum ini, yaitu.

- 1) referendum obligator (yang wajib), dimana berlakunya suatu undang-undang yang dibuat Parlemen ialah setelah disetujui oleh rakyat melalui suara terbanyak, Referendum semacam ini dilakukan terhadap undang-undang yang menyangkut hak-hak rakyat.
- 2) referendum fakultatif, suatu undang-undang yang dibuat oleh Parlemen setelah diumumkan, beberapa kelompok masyarakat yang berhak meminta disahkan melalui referendum. Ini biasanya dilakukan terhadap undang-undang biasa.
- 3) referendum consultatif, yaitu referendum untuk soal-soal tertentu yang teknisnya rakyat tidak tahu.

b. Usul Inisiatif rakyat.

Yaitu hak rakyat untuk mengajukan suatu rancangan undang-undang kepada Parlemen dan Pemerintah.¹³⁴

C. SUSUNAN NEGARA

Negara itu kalau ditinjau dari segi susunannya akan menimbulkan dua kemungkinan bentuk yaitu:

¹³⁴ *Ibid.* hal. 79



1. Negara Kesatuan. Ini adalah negara yang bersusunan tunggal.
2. Negara Federasi. Ini adalah negara yang bersusunan jamak.

1. Negara Kesatuan

Negara ini juga disebut negara Unitaris. Ditinjau dari segi susunannya, negara kesatuan adalah negara yang tidak tersusun daripada beberapa negara, seperti halnya dalam negara federasi, melainkan negara itu sifatnya tunggal, artinya hanya ada satu negara, tidak ada negara didalam negara. Jadi dengan demikian di dalam negara kesatuan itu juga hanya ada satu Pemerintahan, yaitu pemerintahan pusat yang mempunyai kekuasaan atau wewenang tertinggi dalam segala lapangan pemerintahan. Pemerintahan pusat inilah yang pada tingkat terakhir dan tertinggi dapat memutuskan segala sesuatu dalam negara tersebut.

2. Negara Federasi

Negara federasi adalah negara yang tersusun daripada beberapa negara yang semula berdiri sendiri-sendiri dan kemudian negara-negara mengadakan ikatan kerjasama yang efektif, tetapi disamping itu, negara-negara tersebut masih ingin mempunyai wewenang-wewenang yang dapat diurus sendiri. Jadi disini tidaklah semua urusan diserahkan kepada pemerintah gabungannya, atau pemerintah federal, tetapi masih ada beberapa urusan tertentu yang tetap diurus sendiri. Biasanya urusan-urusan yang diserahkan oleh pemerintah negara-negara bagian kepada pemerintah federal, adalah urusan-urusan yang menyangkut kepentingan bersama daripada semua negara-negara bagian tersebut misalnya urusan keuangan, urusan angkatan bersenjata, urusan pertahanan dan sebagainya semacam itu. Hal ini dimaksudkan untuk menjaga jangan sampai terjadi kesimpangsiuran, serta supaya ada kesatuan, karena ini adalah menentukan hidup-matinya negara tersebut.

Maka tepatlah kiranya Dicey menggambarkan negara federasi itu sebagai suatu perakalan untuk mengadakan suatu perpaduan antara kesatuan



dan kekuatan nasional dengan pengertian bahwa negara-negara bagian itu masih tetap memiliki hak-haknya.

Seperti telah dikatakan diatas, bahwa negara federasi adalah negara yang terdiri atas penggabungan daripada beberapa negara yang semula berdiri sendiri. Oleh karena itu didalam negara federasi tersebut kita dapatkan adanya dua macam pemerintahan, yaitu:

a. Pemerintah federal

Ini adalah yang merupakan pemerintahan gabungannya, atau pemerintahan ikatannya, atau pemerintahan pusatnya.

b. Pemerintahan negara bagian

Jadi negara-negara itu yang semula berdiri sendiri, didalam negara federasi tersebut bergabung menjadi satu ikatan, dengan maksud untuk mengadakan kerjasama antara negara-negara tersebut demi kepentingan mereka bersama, dan di samping itu masih ada kebebasan hak-hak kenegaraan daripada negaranegara bagian itu sendiri.

Berdasarkan sifat hubungan antara pemerintah negara federal dengan negara-negara bagian, maka negara federasi dapat dibedakan menjadi dua jenis, yaitu:

a. Negara Serikat.

b. Perserikatan Negara.

Dengan demikian masalahnya sekarang adalah, apakah perbedaannya antara negara serikat dengan perserikatan negara tersebut. Tentang perbedaan ini telah ada beberapa pendapat, yang masing-masing mengadakan pembedaan dengan kriteria yang berbeda-beda, sehingga mereka mencapai hasil atau kesimpulan yang berbeda-beda pula.

Georg Jellinek mengemukakan perbedaan antara negara serikat dengan perserikatan negara-negara tersebut. Sudah lama Jellinek meninjau dari berbagai sudut untuk mencari perbedaan tersebut. Dan kiranya beliau sampai pada kesimpulan yang sesuai dengan pendapatnya bahwa negara



itu pada hakekatnya adalah merupakan suatu Organisme, yang mempunyai kehendak atau kemauan, yang kemudian menjelma dalam bentuknya yang konkrit berupa peraturan-peraturan negara, atau undang-undang, atau hukum. Jadi hukum merupakan penjelmaan daripada kehendak negara, dengan demikian negaralah yang berdaulat.

Sekarang persoalannya di dalam negara federal ada pada siapakah kedaulatan itu, ada pada negara federalnya, ataukah ada pada negara-negara bagian? Inilah kriteria Jellinck didalam membedakan antara negara serikat dengan perserikatan negara-negara tersebut.

Apabila kedaulatan ada pada negara federal, jadi yang memegang kedaulatan adalah pemerintah federal, atau pemerintah gabungannya, maka negara federal disebut negara serikat.

Sedangkan kalau kedaulatan masih tetap ada pada negara-negara bagian, maka negara federal yang demikian ini disebut perserikatan negara.

Jadi seakan-akan sudah tegas, tinggal melihat saja, ada pada siapakah kedaulatan itu, ada pada negara federalnya, ataukah ada pada negara-negara bagian. Tetapi meskipun demikian kiranya Kranenburg berkeberatan.

Menurut pendapat Kranenburg perbedaan antara negara serikat dengan perserikatan negara-negara terletak pada persoalan: dapat atau tidaknya pemerintah Federal atau pemerintah gabungan membuat atau mengeluarkan peraturan-peraturan hukum yang langsung mengikat atau berlaku terhadap para warga negara daripada negara-negara bagian. Jadi inilah yang harus dipergunakan sebagai kriteria didalam pembedaan antara negara serikat dengan perserikatan negara-negara tersebut, dan bukannya letak kedaulatannya.

Apabila peraturan-peraturan hukum yang dikeluarkan oleh pemerintah negara federal, atau pemerintah gabungannya dapat secara langsung berlaku atau mengikat terhadap para warga dari negaranegara bagian,



maka negara federasi adalah berjenis negara serikat. Jadi tanpa ada tindakan-tindakan tertentu dari pemerintah negara bagian, peraturan-peraturan hukum yang berasal dari pemerintah federal, atau pemerintah gabungan telah dapat berlaku atau mengikat secara langsung para warga negara dari negaranegara bagian.

Sedangkan kalau peraturan-peraturan hukum yang dibuat dan dikeluarkan oleh pemerintah federal atau pemerintah gabungannya tidak dapat secara langsung berlaku atau mengikat terhadap para warga negara dari negara-negara bagian, maka negara yang demikian ini disebut perserikatan negara.¹³⁵

¹³⁵ Soehino, *Op Cit*, 1980. hal. 224



BAB 18

TEORI KEDAULATAN

Jean Bodin orang yang pertama memberi bentuk ilmiah pada teori kedaulatan (*Souvereiniteit*). Kedaulatan adalah kekuasaan tertinggi untuk menentukan hukum dalam negara. Sifat-sifat kedaulatan itu, tunggal, asli, abadi dan tidak terbagi. Untuk mengetahui yang memiliki kekuasaan tertinggi dalam negara ada beberapa teori:

1. Teori Kedaulatan Tuhan
2. Teori Kedaulatan Raja
3. Teori Kedaulatan Negara
4. Teori Kedaulatan Hukum
5. Teori Kedaulatan Rakyat.

Pengertian kekuasaan adalah kemampuan daripada seseorang ataupun golongan untuk dapat merubah sikap dari kebiasaan orang lain.

1. Teori Kedaulatan Tuhan.

Menurut sejarah teori ini paling tua. Teori kedaulatan Tuhan mengatakan bahwa kekuasaan tertinggi dalam suatu negara adalah dimiliki Tuhan.

Teori ini berkembang pada zaman abad pertengahan, Yaity antara abad ke V sampai abad ke XV. Di dalam perkem, bangannya teori ini sangat erat hubungannya dengan per, kembangan agama baru yang timbul pada saat itu, yaity agama Kristen, yang kemudian diorganisir dalam suaty organisasi keagamaan, yaitu gereja, yang dikepalai oleh seorang Paus. Jadi pada waktu itu ada dua organisasi kekuasaan yaitu organisasi kekuasaan negara yang diperintah oleh seorang Raja dan organisasi kekuasaan gereja yang dikepalai oleh seorang Paus, karena pada waktu itu Organisasi gereja tersebut



mempunyai alat-alat perlengkapan yang hampir sama dengan alat-alat perlengkapan organisasi negara.

Pada permulaan perkembangan agama baru ini mendapatkan pertentangan yang sangat hebat. Oleh karena agama baru ini dianggap bertentangan dengan paham atau kepercayaan yang dianut pada waktu itu, yaitu penyembahan kepada dewa-dewa, atau pantheisme. Banyak para pemimpinnya yang dikejar-kejar, ditangkap, dibuang, atau dibunuh, karena mereka dianggap mengancam kedudukan dan kewibawaan raja. Tetapi oleh karena keuletan dan ketabahan dari para penganut-penganutnya, agama baru ini tidak musnah, tetapi malahan akhirnya dapat berkembang dengan baik dan diakui sebagai satu-satunya agama resmi, agama negara.

Mulai saat itulah organisasi gereja mempunyai kekuasaan yang nyata dan dapat mengatur kehidupan negara, tidak saja yang bersifat keagamaan, tetapi sering juga bersifat keduniawian, maka tidaklah jarang kalau kemudian timbul dua peraturan untuk satu hal, yaitu peraturan dari negara dan peraturan dari gereja. Selama antara kedua peraturan satu sama lain tidak bertentangan, maka selama itu pula tidak ada kesulitan-kesulitan dari para warga negara untuk mentaatinya. Tetapi bila peraturan-peraturan saling bertentangan satu sama lain, maka timbullah persoalan, peraturan yang berasal darimanakah yang berlaku, artinya antara kedua peraturan itu mana yang lebih tinggi tingkatannya, peraturan itulah yang akan ditaati.

Tentang hal ini ada beberapa ajaran atau teori, yang kesemuanya berasal dari penganut-penganut teori teokrasi. Antara lain adalah: Augustinus, Thomas Aquinas dan Marsilius. Disamping itu masih banyak lagi, yang masing-masing memberikan ajarannya. Persoalan mereka sebetulnya bukanlah mempersoalkan siapakah yang memiliki kekuasaan tertinggi atau kedaulatan, karena dalam hal ini telah ada persamaan pendapat, bahwa yang memiliki kekuasaan tertinggi atau kedaulatan adalah Tuhan.¹³⁶

¹³⁶ Soehino, *Op Cit*, 1980. hal. 152



2. Teori Kedaulatan Raja

Kekuasaan Raja itu dalam lapangan duniawi. Menurut Marsilius kekuasaan tertinggi dalam negara ada pada Raja, karena Raja wakil daripada Tuhan untuk melaksanakan kedaulatan didunia. Oleh sebab itu Raja Berkuasa mutlak karena Raja merasa dalam tindak tanduknya menurut kehendak Tuhan. Masa keemasan paham ini pada zaman renaissance.

3. Teori Kedaulatan Negara

Menurut Georg Jellinek yang menciptakan hukum bukan Tuhan dan bukan pula Raja, tetapi negara. Adanya hukum karena adanya negara. Jellinek mengatakan bahwa hukum merupakan penjelmaan daripada kemauan negara.¹³⁷ Negara adalah satu-satunya sumber hukum. Oleh sebab itu kekuasaan tertinggi harus dimiliki oleh negara.

4. Teori Kedaulatan Hukum.

Hukum merupakan penjelmaan daripada kemauan negara Akan tetapi dalam keanggotaannya Negara sendiri tunduk kepada hukum yang dibuatnya. Hal ini dikemukakan oleh Leon Duguit dalam bukunya *Traite de Droit Constitutionne* dan Krabbe pada bukunya: *Kritische Darstellung der Staatslehre* juga pada bukunya *Die Lehre der Rechissou*. vercinitet. Menurut Krabbe bahwa yang memiliki ke. kuasaan tertinggi dalam negara adalah hukum. Memang atas kritik Krabbe tersebut Jellinek mempertahankan pemahannya dengan mengemukakan ajaran atau teori *Selbstbindung* (yaitu ajaran yang mengatakan bahwa negara tunduk kepada hukum itu dengan sukarela). Tetapi menurut Krabbe masih ada faktor diatas negara yaitu kesadaran hukum dan rasa keadilan, maka dengan demikian tetap hukum yang berdaulat, bukanlah negara. Aliran yang mempengaruhi paham Krabbe tersebut adalah aliran historis yang dipelopori Von Savigny yang mengatakan hukum timbul bersama-sama kesadaran hukum masyarakat. Hukum tidak tumbuh dari kehendak/ kemauan negara. Maka berlakunya hukum terlepas dari kemauan negara.

¹³⁷ *Ibid.* hal. 155



5. Teori Kedaulatan Rakyat.

Ajaran dari kaum monarchomachen tersebut diatas khususnya ajaran dari Johannes Althusius, diteruskan oleh para sarjana dari aliran hukum alam, tetapi yang terakhir ini mencapai kesimpulan baru yaitu bahwa semula individu-individu itu dengan melalui perjanjian masyarakat membentuk masyarakat, dan kepada masyarakat inilah para individu menyerahkan kekuasaannya, yang selanjutnya masyarakat inilah yang menyerahkan kekuasaan tersebut kepada raja. Jadi sesungguhnya raja mendapatkan kekuasaannya dari individu-individu tersebut.

Sekarang persoalannya timbul lagi, yaitu dari manakah individu-individu mendapatkan kekuasaannya? Sebab mereka ini harus mempunyai terlebih dahulu sebelum dapat memberikan kekuasaan itu kepada raja. Jawaban mereka ialah bahwa individu-individu tersebut mendapatkan kekuasaan dari hukum alam. Ingat disini yang dimaksud adalah hukum alam dari abad ke XVII dan abad ke XVIII, bukan hukum alam dari kaum monarchomachen tadi.

Jadi hukum alam inilah yang menjadi dasar daripada kekuasaan raja, maka dengan demikian kekuasaan raja lalu dibatasi oleh hukum alam, dan oleh karena raja tadi mendapatkan kekuasaannya dari rakyat, dengan demikian yang mempunyai kekuasaan tertinggi adalah rakyat, jadi yang berdaulat adalah rakyat, raja hanya merupakan pelaksana dari apa yang telah diputuskan atau dikehendaki oleh rakyat. Maka lalu timbul ide baru tentang kedaulatan, yaitu kedaulatan rakyat, yang antara lain dipelopori, atau malahan orang mengatakan diciptakan oleh J.J. Rousseau.

Tetapi kiranya perlu diingat kembali bahwa yang dimaksud dengan rakyat oleh Rousseau bukanlah penjumlahan daripada individu-individu di dalam negara, melainkan adalah kesatuan yang dibentuk oleh individu-individu itu, dan yang mempunyai kehendak. Kehendak mana diperolehnya dari individu-individu tersebut melalui perjanjian masyarakat, yang oleh Rousseau kehendak tadi disebut kehendak umum atau *volonte generale*, yang dianggap mencerminkan kemauan kehendak umum. Sebab kalau yang dimaksud



dengan rakyat itu adalah penjumlahan daripada individu-individu di dalam negara, jadi bukannya kesatuan yang dibentuk oleh individu-individu, maka kehendak yang ada padanya bukanlah kehendak umum atau *volonte generale*, melainkan *volonte de tous*.

Apabila dalam suatu negara pemerintahan dipegang oleh beberapa atau golongan orang, yang sebetulnya merupakan kesatuan tersendiri di dalam negara itu, dan yang mem. punyai kehendak tersendiri yang disebut *volonte de corps*, akibatnya *volonte generale* akan jatuh bersamaan dengan *volonte de corps*. Dan apabila pemerintahan itu hanya dipegang oleh satu orang tunggal saja, yang juga mempunyai kehendak tersendiri yang disebut *volonte particuliere*, maka akibatnya *volonte generale* akan jatuh bersamaan dengan *volonte particuliere* itu. Jadi kalau begitu pemerintahan harus dipegang oleh rakyat, setidaknya rakyat mempunyai perwakilan di dalam pemerintahan agar *volonte generale* dapat terwujud.

Yang dimaksud oleh Rousseau dengan kedaulatan rakyat pada prinsipnya adalah cara atau sistem yang bagaimanakah pemecahan sesuatu soal menurut cara atau sistem tertentu yang memenuhi kehendak umum. Jadi kehendak umum hanyalah khayalan saja yang bersifat abstrak, dan kedaulatan adalah kehendak umum.

Teori kedaulatan rakyat ini antara lain juga diikuti oleh Immanuel Kant, yaitu yang mengatakan bahwa tujuan negara adalah untuk menegakkan hukum dan menjamin kebebasan para warga negaranya. Dalam pengertian bahwa kebebasan disini adalah kebebasan dalam batasbatas perundang-undangan, sedangkan undang-undang disini yang berhak membuat adalah rakyat itu sendiri. Kalau begitu undang-undang adalah merupakan penjelmaan daripada kemauan atau kehendak rakyat. Jadi rakyatlah yang mewakili kekuasaan tertinggi atau berdaulat dalam negara.¹³⁸

¹³⁸ *Ibid.* hal. 160





BAB 19

TEORI UNSUR-UNSUR NEGARA

Yang dimaksud dengan unsur-unsur negara adalah hal-hal yang menjadikan negara itu ada atau hal-hal yang diperlukan untuk terbentuknya negara (elemen daripada negara).

Untuk mengetahui unsur-unsur negara ada tiga sudut pandangan.

1. Meninjau unsur-unsur negara secara klasik atau tradisional.
2. Meninjau unsur-unsur negara secara yuridis
3. Meninjau unsur-unsur negara secara sosiologis.

1. Unsur-unsur Negara Secara Klasik yaitu:

- a. Wilayah tertentu
- b. Rakyat
- c. Pemerintahan yang berdaulat.

a. Wilayah tertentu.

Yang dimaksud dengan wilayah tertentu ialah batas wilayah dimana kekuasaan Negara itu berlaku. Dengan kata lain kekuasaan negara tidak berlaku diluar batas wilayahnya karena bisa menimbulkan sengketa internasional walaupun sebagai pengecualian dikenal apa yang disebut daerah-daerah eksteritorial yang artinya kekuasaan negara bisa berlaku diluar daerah kekuasaannya. Sebagai pengecualian misalnya di tempat kediaman kedutaan asing berlaku kekuasaan negara asing. Oleh karena itu tidak jarang orang meminta politik asil kepada kedutaan asing yang tidak dapat diganggu-gugat. Juga suatu kapal perang bisa merupakan daerah eksteritorial. Dan tidak heran pula jika seorang warga negara hendak melahirkan anaknya supaya anak itu tidak kehilangan kewarganegaraan.



negaraanya berhubung dengan asas tempat kelahiran anak ia pergi ke kapal perang yang berlabuh dengan berbendera negaranya. Kelahiran anak itu tidak menyebabkan anak itu kehilangan kewarganegaraanya sebab ia lahir di daerah eksteritorial.

Mengenai batas wilayah negara orang tidak dapat melihat dalam Undang-undang Dasar Negara, tapi merupakan ketentuan dalam perjanjian (traktat) antara dua negara atau lebih yang berkepentingan dan biasanya merupakan negara tetangga.

Antara dua negara saja maka perjanjian itu bersifat bilateral, jika lebih dari dua negara sifat perjanjian itu multilateral. Jika kata-kata wilayah disebutkan juga dalam Undang-Undang Dasar, maka ketentuan itu tidak mempunyai arti yuridis sama sekali, oleh karena penentuan wilayah tidak bisa ditentukan secara sepihak.

Penentuan dalam Undang-Undang Dasar hanya suatu peringatan saja bahwa negara mempunyai wilayah yang berbatas.

Wilayah mempunyai arti luas yang meliputi:

- 1) Udara
- 2) Darat
- 3) Laut

Ketiganya ditentukan oleh perjanjian internasional.¹³⁹

Jellinek berpendapat unsur wilayah dapat pula dipandang dari segi negatif dan positif Wilayah dari segi negatif pengertiannya tidak ada organisasi kekuasaan lain yang berpengaruh diatas wilayah tertentu itu.

Kecuali dalam hal ini:

- 1) Adanya perjanjian tertentu (*Kondominium*)
- 2) Susunan negara Serikat

¹³⁹ Bintang Saragih, *Op Cit*, 1985. hal. 91



3) Negara protektorat dimana negara yang lemah menyerahkan kekuasaan tertentu (urusan luar "negeri dan pertahanan) kepada negara yang kuat.

4) Negara yang kalah berperang (*ocupation*).

Negara dari segi positif adalah setiap orang yang berada diatas wilayah tertentu itu tunduk kepada penguasanya.

b. Rakyat

Rakyat adalah sekumpulan orang yang hidup disuatu tempat. Ada istilah Rumpun (*Ras*), bangsa (*natie*), suku yang erat pengertiannya dengan rakyat. Rumpun (*ras*) adalah kumpulan orang yang mempunyai ciri-ciri jasmaniah yang sama (warna kulit, rambut, bentuk muka, bentuk badan). Misalnya: Rumpun Melayu.

Bangsa (*natie*) adalah rakyat yang sudah berkesadaran membentuk negara. Suku yaitu orang yang berkesamaan dalam kebudayaan. Rousseau membagi pengertian bangsa:

- 1) Citoyen yaitu golongan atau bangsa yang berstatus aktif.
- 2) Suyet yaitu bangsa yang tunduk pada kekuasaan diatasnya atau bangsa yang berstatus pasif.

Jellinek mengemukakan empat macam status bangsa.

1) Status positif

Status positif seorang warga negara diberi hak kepada nya untuk menuntut tindakan positif daripada negara mengenai perlindungan atas jiwa, raga, milik, kemer. dekaan dan sebagainya. Untuk itu maka negara membentuk badan-badan pengadilan, kepolisian dan kejaksaan dan sebagainya yang akan melaksanakan kepentingan warga negaranya, dalam pelanggaran-pelanggaran yang berhubungan dengan hal-hal tersebut diatas dan pula berhak mendapat kemakmuran.



2) Status negatif

Status negatif seorang warga negara akan dijamin kepadanya bahwa negara tidak boleh campur tangan terhadap hak-hak asasi warga-negaranya, itu terbatas untuk mencegah timbulnya tindakan yang sewenang-wenang daripada negara. Walaupun demikian dalam keadaan tertentu negara dapat melanggar hak-hak asasi rakyat jika tindakannya itu ditunjukkan untuk kepentingan umum. Umpamanya dalam hal negara hendak membuat jalan yang harus melalui tanah milik perseorangan. Demi kepentingan umum milik perseorangan ini dapat dilanggar akan tetapi sebagai imbangannya diberikan ganti rugi.

3) Status aktif

Status aktif memberi hak kepada setiap warga-negaranya untuk ikut serta dalam pemerintahan. Dalam mewujudkan hak setiap warga negaranya diberi hak untuk memilih dan dipilih sebagai anggota dalam Dewan Perwakilan Rakyat.

4) Status pasif

Status pasif merupakan kewajiban bagi setiap warga negaranya untuk mentaati dan tunduk kepada segala perintah negaranya. Misalnya apabila negara dalam keadaan perang maka semua warga negara menurut syarat-syarat tertentu wajib memanggul senjata untuk membela negaranya.¹⁴⁰

Mengenai hal kewarganegaraan ada asas:

- 1) Ius sanguinis adalah suatu asas dimana seorang menjadi warga negara berdasarkan keturunan. Jadi seorang itu menjadi warga negara Indonesia karena ia dilahirkan dari orang tua yang berwarganegara Indonesia.

¹⁴⁰*Ibid.* hal. 94



2) *Ius soli* adalah suatu asas dimana seorang menjadi warga negara berdasarkan tempat kelahiran. Jadi seorang itu menjadi warga negara Indonesia bila ia dilahirkan di wilayah Indonesia. Asas campuran bilamana dua asas tersebut sekaligus diberlakukan. Dari pengertian tersebut diatas maka kini dapat diambil kesimpulan sebagai berikut: "Setiap orang dapat menjadi warga negara atau bukan warga negara, dapat menjadi penghuni atau penduduk." Umpamanya seorang mahasiswa Indonesia belajar di Amerika Serikat, ia adalah bukan penghuni Indonesia, dan juga merupakan penduduk di Amerika Serikat yang terikat pada syarat-syarat peraturan (izin) penetapan disana. Karena masing-masing menganut asas yang menguntungkan bagi kepentingan politiknya, maka perbedaan asas ini tidak jarang membawa kesulitan-kesulitan dalam hubungan internasional. Kesulitan-kesulitan itu dapat membawa akibat seorang memperoleh kewarganegaraan lebih dari satu atau dwi kewarganegaraan dan seorang menjadi tidak berkewarganegaraan sama sekali atau apatride. Contoh dibawah ini akan memberi gambaran lebih jelas tentang persoalan dwi kewarganegaraan atau tanpa kewarganegaraan.

Dwi kewarganegaraan

Menurut Syarat kewarganegaraan Inggris seorang yang dilahirkan didalam wilayah Inggris dianggap sebaga British Citizen walaupun orang tuanya berwarga negara Belanda dan menurut kewarganegaraan Belanda seorang yang diturunkan oleh seorang Belanda adalah orang Belanda walaupun ia dilahirkan di luar wilayah negeri Belanda. Dengan demikian maka timbul keadaan bahwa orang mempunyai 2 macam kewarganegaraan.

Tanpa kewarganegaraan

Menurut syarat kewarganegaraan Inggris seorang yang dilahirkan diluar wilayah United Kingdom dari keluarga British Citizen dan setelah



berumur 20 tahun tidak melaporkan diri tentang kewarganegaraannya pada perwakilan Inggris setempat dan batas waktu untuk melaporkan itu sudah lewat 12 bulan, maka orang itu akan kehilangan kewarganegaraannya sebagai British Citizen dan juga tidak memiliki kewarganegaraan lain sehingga ia menjadi tanpa kewarganegaraan atau Apatride (*stateless*).¹⁴¹ Menurut Dr. Herts ada 4 unsur untuk menjadi *natie*:

- 1) Ada hasrat kesatuan
- 2) Ada hasrat untuk merdeka
- 3) Ada hasrat keaslian
- 4) Ada hasrat memiliki kehormatan.¹⁴²

c. Pemerintahan yang berdaulat

Organisasi negara mempunyai badan pimpinan dan badan pengurus yang memimpin dan yang mengurus negara. Badan demikian disebut pemerintah, dan fungsinya disebut pemerintahan. Memerintah berarti menjalankan tugas pemerintahan. Kita harus tegas-tegas membedakan arti kata pemerintah dan pemerintahan.

Kata pemerintah dan pemerintahan dapat diartikan luas atau sempit. Dalam arti yang luas pemerintah adalah keseluruhan dari badan pengurus negara dengan segala organisasi, segala bagian-bagiannya dan segala pejabat-pejabatnya yang menjalankan tugas negara dari pusat sampai pelosok-pelosok daerah. Dalam arti yang sempit pemerintah berarti suatu badan pimpinan terdiri dari seorang atau beberapa orang yang mempunyai peranan pimpinan dan menentukan dalam pelaksanaan tugas negara. Jelasnya pemerintah dalam arti ini ialah kepala negara dengan para menteri yang kini lazim disebut kabinet.

¹⁴¹*Ibid.* hal. 96

¹⁴² Wahjono, *Op Cit*, 1977. hal. 34



Pemerintahan adalah fungsi (tugas) dari pada pemerintah baik dalam arti sempit maupun dalam arti luas. Fungsi pemerintahan dalam arti luas meliputi tiga bidang, yaitu:

- 1) legislatif, atau pembuatan undang-undang
- 2) eksekutif, atau pelaksanaan pemerintahan menurut undang-undang
- 3) yudikatif, atau peradilan menurut undang-undang. Dalam arti terbatas fungsi pemerintahan itu hanya berarti tugas eksekutif saja.¹⁴³

Pemerintahan yang berdaulat diartikan berdaulat kedalam dan keluar, namun secara kedalam dibatasi oleh hukum positif (artinya tidak boleh sewenang-wenang) dan berdaulat keluar dibatasi oleh hukum internasional.

2. Unsur-unsur Negara Secara Yuridis dikemukakan oleh Logemann yang terdiri dari:

- a. Gebiedsleer (wilayah hukum) yang meliputi darat, Jay, udara serta orang dan batas wewenangnya.
- b. Persoonsleer (subjek hukum), Unsur subjek hukum daripada negara adalah Pemerintah yang berdaulat.
- c. De leer van de rechtsbetrekking (hubungan hukum), Maksudnya adalah hubungan hukum antara penguasa dan dikuasai termasuk hubungan hukum ke luar dengan negara lainnya secara internasional.

3. Unsur-unsur Negara Secara Sosiologis.

Paham ini dikemukakan oleh Rudolf Kjellin yang melanjutkan ajaran Ratzel dalam bukunya *Der Staat als Lebensform*. Menurut beliau unsur-unsur negara itu adalah

- a. Faktor Sosial yang meliputi:
 - 1) Unsur Masyarakat
 - 2) Unsur Ekonomis

¹⁴³ Diponolo, *Op Cit*, 1975. hal. 54



- 3) Unsur Kulturil
- b. Faktor Alam yang meliputi:
 - 1) Unsur Wilayah
 - 2) Unsur Bangsa



BAB 20

TEORI FUNGSI NEGARA

Untuk apa organisasi negara itu dibentuk atau dengan kata lain apa yang menjadi tugas daripada negara akan diuraikan oleh Teori Fungsi Negara. Dalam teori fungsi negara ada lima paham.

1. Fungsi Negara pada abad ke XVI di Prancis
2. Fungsi Negara menurut John Locke
3. Fungsi Negara menurut Montesquieu
4. Fungsi Negara menurut van Vollen Hoven
5. Fungsi Negara menurut Goodnow

1. Fungsi Negara Abad ke XVI di Prancis

Fungsi Negara pertama kali dikenal pada abad ke XVI di Prancis yaitu:

a. **Diplomacie**

Di Indonesia sama dengan Departemen luar negeri. Tugasnya adalah penghubung antar negara, dulu penghubung antar Raja.

b. **Difencie**

Di Indonesia sama dengan Departemen Pertahanan dan Keamanan. Tugas yang dijalankannya adalah masalah keamanan dan pertahanan negara.

c. **Financie**

Di Indonesia sama dengan Departemen Keuangan, yang bertugas menyediakan keuangan negara.

d. **Justicie**

Di Indonesia sama dengan Departemen Kehakiman dan Departemen Dalam Negeri, tugasnya menjaga ketertiban perselisihan antar warganegara dan urusan dalam negara.



e. Policie

Bertugas mengurus kepentingan negara yang belum menjadi wewenang dari Departemen lainnya (keempat departemen diatas)

2. Fungsi Negara Menurut John Locke

John Locke, seorang sarjana Inggris membagi fungsi negara atas tiga fungsi, yaitu

- a. Fungsi Legislatif, untuk membuat peraturan
- b. Fungsi Eksekutif, untuk melaksanakan peraturan
- c. Fungsi Federatif, untuk mengurus urusan luar negeri dan urusan perang dan damai.

Menurut John Locke fungsi mengadili adalah termasuk tugas dari eksekutif. Teori John Locke diatas kemudian disempumakan oleh Montesguieu. Dia membagi negara menjadi 3 fungsi tetapi masing-masing fungsi itu terpisah dan dilaksanakan oleh lembaga yang terpisah pula.

3. Fungsi Negara Menurut Montesguieu

Tiga fungsi negara menurut Montesguieu ialah:

- a. Fungsi Legislatif, membuat undang-undang.
- b. Fungsi Eksekutif, melaksanakan undang-undang dan
- c. Fungsi Yudikatif, untuk megawasi agar semua peraturan ditaati (fungsi mengadili), yang populer dengan teori Trias Politika.

Oleh Montesguieu fungsi federatif disatukan dengan fungsi eksekutif, dan fungsi mengadili dijadikan fungsi yang berdiri sendiri. Hal tersebut dapat dimengerti bahwa tujuan dari Montesguieu untuk memperkenalkan trias politica adalah untuk kebebasan berpolitik (melindungi hak-hak asasi manusia) yang hanya dapat dicapai dengan kekuasaan mengadili (lembaga yudikatif) yang berdiri sendiri.

4. Fungsi Negara Menurut Van Vollen Hoven

Selain sarjana-sarjana diatas masih dikenal seorang sarjana lain yaitu Van Vollen Hoven dari negara Belanda, yang membahas fungsi negara seperti sarjana-sarjana diatas. Menurut Van Vollen Hoven fungsi negara itu ialah:



- a. Regeling (membuat peraturan)
- b. Bestuur (menyelenggarakan pemerintahan)
- c. Rechtspraak (fungsi mengadili)
- d. Politie (fungsi ketertiban dan keamanan).

Ajaran dari Van Vollen Hoven ini terkenal sebagai Catur Praja. Sejarah berkembang terus dan fungsi negara juga mengalami perubahan khususnya penambahan tugas untuk lembaga eksekutif, terutama sekali sangat terasa pada negara-negara sedang berkembang.

5. Fungsi Negara Menurut Goodnow

Goodnow melihat fungsi negara itu secara prinsipil sehingga ia mengutarakan 2 fungsi negara. Menurut Goodnow terhadap *policy makers* boleh dilaksanakan system Andrew Jackson. Sedang untuk *policy eksekutors* tidak perlu dipakai, tapi yang dijalankan adalah berdasarkan keahlian. Ajaran Goodnow ini disebut juga merit sistem, karena mengutamakan kegunaannya.

Menurut Goodnow fungsi negara ada 2 yaitu:

- a. Policy making
- b. Policy eksekuting.

Karena mengemukakan fungsi negara itu atas dua bagian, ajarannya itu terkenal pula sebagai Dwipraja (dichotomy). Policy making, adalah kebijaksanaan negara untuk waktu tertentu, untuk seluruh masyarakat.

Policy eksekuting, adalah kebijaksanaan yang harus dilaksanakan untuk tercapainya *policy making*.

Orang yang menetapkan *policy making* disebut *policy makers* dan yang menetapkan *policy eksekuting* adalah eksekutor. Dengan demikian dapat disebutkan bahwa *policy makers*, adalah orang yang menentukan kebijaksanaan negara, tujuan-tujuan kenegaraan pada waktu tertentu untuk masyarakat seluruhnya. Atau menentukan tujuan mana yang baik untuk negara pada waktu tertentu.



Policy eksekutors, adalah orang-orang yang berusaha mencapai apa-apa yang telah diputuskan oleh policy makers atau menentukan daya upaya, alat-alat apa dan sebagainya untuk mencapai tujuan tadi.

Timbulnya ajaran Goodnow ini, adalah sebagai reaksi terhadap suatu ajaran yang menghendaki cara penggantian orang-orang dalam pemerintahan. Ajaran ini terkenal sebagai spoil system yang diperkenalkan oleh Andrew Jackson di Amerika Serikat. Ia berpendapat bahwa apabila suatu pemerintahan berganti, maka harus semua pegawai diganti oleh penguasa yang baru maksudnya untuk kelancaran jalannya pemerintahan, tanpa adanya kemungkinan dari mereka-mereka yang tidak sepaham.

Kalau sistem ini benar-benar dilaksanakan maka dapatlah dibayangkan apa yang akan terjadi dalam pemerintahan. Mencari dan mendidik pegawai-pegawai baru tidaklah mudah apalagi untuk mengisi jabatan-jabatan tertentu.

Perkembangan dalam praktek ketatanegaraan menunjukkan bahwa fungsi negara seperti disebutkan diatas selalu berubah. Dan sekarang fungsi tersebut dapat diuraikan sebagai berikut. Setiap negara sesuai dengan ideologinya menyelenggarakan fungsinya.

Untuk mencapai tujuan bersama dan mencegah bentrokan-bentrokan dalam masyarakat, maka negara harus melaksanakan penertiban. Dapat dikatakan bahwa negara bertindak sebagai stabilisator.

Mengenai pengertian tentang ketertiban, bahwa baik negara maupun hukum muncul dari kehidupan manusia karena keinginan batinnya untuk memperoleh tata tertib berdasarkan keadilan.

Sedangkan suatu masyarakat yang menetapkan tata hukumnya bagi masyarakat sendiri dan oleh sebab itu turut serta sendiri dalam berlakunya tata hukum itu disebut masyarakat hukum. Masyarakat hukum itu bermacam-macam: yang kecil misalnya desa, yang besar dalam bentuk modern ialah negara.



Dengan demikian ketertiban adalah kualitas atau kondisi yang dapat diwujudkan melalui tata hukum dalam suatu masyarakat hukum. Tetapi ketertiban adalah hanya satu aspek kaidah hukum saja, karena hukum bertujuan untuk menciptakan kehidupan yang damai melalui tugas-tugas mencapai kepastian hukum dan keadilan.

Di Indonesia ketertiban sangat dibutuhkan untuk menciptakan stabilitas nasional yang mantap. Pemerintah berpandangan bahwa pembangunan tidak mungkin dilaksanakan tanpa memusatkan pikiran dan kemampuannya pada ketertiban. Pembangunan bisa terganggu oleh keadaan yang goncang dan tidak menentu.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Bintang Saragih, *Op Cit*, 1985. hal. 163





BAB 21

TEORI KONSTITUSI

Istilah konstitusi telah dikenal semenjak zaman Yunani Purba, akan tetapi masih diartikan materiil, sebab belum diletakkan dalam suatu naskah yang tertulis. Hal ini dapat dibuktikan pada paham Aristoteles yang membedakan istilah Politiea dan Nomoi. Politiea diartikan sebagai konstitusi sedangkan Nomoi diartikan Undang-Undang. Politiea mengandung kekuasaan tertinggi dari pada Nomoi. Padazaman Rumawi dikenal adanya Lex Regia yang berisikan perjanjian perpindahan kekuasaan rakyat ke Caesar yang berkuasa mutlak. Dalam abad menengah dikenal pula sejenis konstitusi yang disebut Leges Fundamentalis yang berisikan hak dan kewajiban rakyat atau Rex dan Raja atau Regnum.

Konstitusi atau Constitution atau Verfassung berbeda dengan Undang-Undang Dasar atau Grundgesetz. Bila kita memperhatikan adanya Lex Regia ataupun Leges fundamentalis nampak bahwa dalam perkembangan sejarah, perjanjian-perjanjian antara pemerintah dan yang diperintah mulai dinaskahkan. Tujuan menaskahkan adalah untuk memudahkan pihak-pihak mematuhi hak dan kewajibannya.

Analisis teori konstitusi dapat ditinjau dari sisi hukum (yuridis) dan tertulis atau grundgesetz atau grondswet.

Konstitusi yang ditinjau dari sisi hukum disebut *Constitutional Recht*, yang diperhatikan ditekankan kepada faktor-faktor kekuasaan nyata dalam masyarakat sedangkan Grondswet yang diperhatikan sematamata konstitusi dalam arti sempit yaitu yang tertulis atau Undang-Undang Dasar saja. Berarti ikhwal konstitusi Icbih luas dari pada grondswet. Perhatikan paham Herman Heller mengenai konstitusi.



1. Konstitusi mencerminkan kehidupan politik didalam masyarakat sebagai suatu kenyataan dan belum konstitusi dalam arti hukum.
2. Kemudian kehidupan politik dalam masyarakat itu (Die Politische verfassung als gesellschaft licke wirklich keit) di cari unsur-unsur hukumnya melalui abstraksi barulah menjadi kesatuan kaidah hukum (ein Rechtsver-fassung).
3. Setelah itu ditulis kaidah hukum itu dalam suatu naskah yang disebut Undang-Undang Dasar.¹⁴⁵

Kita mengenal beberapa istilah konstitusi

1. **Konstitusi dalam arti materil** adalah perhatian terhadap isinya yang terdiri atas pokok yang sangat penting dari struktur dan organisasi negara.
2. **Konstitusi dalam arti formil** adalah perhatian terhadap posedur, pembentukannya harus istimewa dibandingkan dengan pembentukan perundang-undangan lain.
3. **Konstitusi dalam arti tertulis** maksudnya konstitusi itu dinaskahkan tertentu guna memudahkan pihak-pihak mengetahuinya.
4. **Konstitusi dalam arti merupakan undang-undang tertinggi** adalah baik pembentukan dan perubahannya melalui prosedur istimewa dan juga ia merupakan dasar tertinggi dari perundang-undangan lainnya yang berlaku dalam negara itu.

Yang dimaksud dengan “teori” adalah dasar memberikan per, langgungjawaban secara ilmiah (*wetenschappelijke verantwoording*), Karena yang dibicarakan dalam teori konstitusi bukanlah suatu yang serta merta dapat dipraktekkan, bukanlah mengenai nilai-nilai praktis (*practische waarde*) melainkan mengenai nilai-nilai teoritis (*theoretische waarde*).

Teori umumnya penting bagi jurist als tocschouwer, yang perlu mengetahui upaya teoritis (*theoretische oordcel*), jadi bukan mengenai ruang lingkup dan isi.

¹⁴⁵ Moh. Kusnardi dan Harmaili Ibrahim. *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. Jakarta, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan CV. Sinar Bakti, 1981. hal. 64



Jurist als tocschouwer dalam melihat hukum, seperti halnya ahli ilmu alam melihat gejala-gejala alam dalam laboratorium. Bagi *Jurist als tocschouwer*, diluar undang-undang masih ada sumber hukum lainnya.

Hora Siccama dalam bukunya "*Natuurlijke Waarheid en historische bepaaldheid*" mengatakan bahwa *de jurist als toeschouwer* lebih mengetahui kekurangan-kekurangan atau kesalahan-kesalahan yang dilakukan oleh *de jurist als medespeler*, dan karenanya *jurist als toeschouwer* mencoba mencari sebab musababnya dengan mengadakan analisa-analisa tentang suatu peristiwa untuk menentukan caranya yang lebih baik dan sempurna, bagaimana melaksanakan hukum itu.

Berbeda halnya dengan *Jurist als medespeler*, yang mementingkan nilai-nilai praktis (*practische waarde*). Misalnya hukum perdata, hukum pidana, dan lain-lain (semua mengenai *rechtsdogmatick*), memberikan pegangan bagi *jurist als medespeler* dalam menjalankan tugasnya. Jadi mengenai penerapan hukum (*rechtstoepassing*), yang berarti segera dapat digunakan dalam praktek. Bagi *jurist als medespeler*, hukum adalah undang-undang (*recht is wet*).

Dalam mempelajari teori konstitusi, akan ditinjau tidak hanya dari sudut yuridisnya saja, tetapi meliputi pula faktor-faktor kekuatan yang nyata (*de reele machtsfactoren*) atau menurut istilah Hermann Heller natur und kultur bedingungen. Itulah sebabnya mata kuliah ini disebut "*theorie der constitutie*" dan bukan "*theorie der constitutioneel recht*".

Jika dipertanyakan lebih lanjut, mengapa tidak disebut "*theorie der grondwet*"? Karena hal tersebut akan mempersempit lapangan penyelidikan kita, sebab *grondwet* hanyalah merupakan sebagian saja dari konstitusi. Nanti hal tersebut akan dijelaskan lebih lanjut.

Sering pula orang beranggapan bahwa *grondwet=formeel constitutie*. itupun tidak benar. Karena *formeel constitutie* mengandung arti titik berat/tekanan pada prosedur pembuatan konstitusi, yang sering dipertengangkan dengan *materiele constitutie*, yang meletakkan titik berat/tekanan pada segi isi konstitusi. Disamping



itu tidak selalu konstitusi dalam arti formal sama dengan konstitusi dalam arti tertulis atau *grondwet*, seperti halnya yang disebut *constitution coutumiere*.

Teori konstitusi adalah cabang ilmu pengetahuan yang masih muda. Oleh sebab itu tidak heran dalam kalangan sarjana belum terdapat persesuaian paham mengenai tempatnya. Ada yang mengatakan termasuk dalam lapangan ilmu negara, tetapi ada pula yang mengatakan masuk dalam bidang ilmu politik.

Beberapa sarjana memandangnya sebagai suatu ilmu pengetahuan yang berdiri sendiri. Diantaranya Leon Duguit dan Hauriou di Prancis, kemudian disusul oleh Carl Schmitt dan Rudolf Smend di Jerman yang metodenya bersifat analisa kritis (*critish analytisch*). Di Inggris adalah Strong dan Hawgood dengan metode yang bersifat perbandingan sejarah (*historisch vergelijkend*). Tetapi Strong melihat negara dalam segi strukturnya, jadi mengenai bangunan-bangunan negara (*staats instellingen*). Sedangkan Hawgood melihat negara dari segi keseluruhannya, jadi mengenai negara sebagai *ganzheit* (keseluruhan).

Sebagai cabang ilmu pengetahuan yang masih muda, maka sudah sewajarnya kita mengetahui lebih dulu di mana mula-mula orang menyelidiki teori konstitusi.

Teori tentang konstitusi, sebagai suatu mata pelajaran yang berdiri sendiri, untuk pertama kali diselidiki di dalam lingkungan universitas di Prancis.

Hal tersebut tidak mengherankan karena negara itu paling sering menghadapi persoalan konstitusi. Sampai masa republik ke-4 (1946) Prancis telah mengenal dua belas macam konstitusi.

Dalam literatur, malahan Prancis sering disebut sebagai "laboratory of Constitution making". Scgala macam konstitusi diselidiki. Oleh karena itu sudah selayaknya mata ilmu pengetahuan terbuka dari teori konstitusi dipelajari secara tersendiri.

Konstitusi Prancis yang pertama adalah bersandarkan pada paham John Locke dan Montesquieu. Kemudian pada tahun 1792, bentuk *constitutioncle monarchie* berubah menjadi republik demokrasi. Yang dijadikan pedoman pun berubah, tidak lagi paham John Locke dan Montesquieu tetapi paham Rousseau. Yang *souverein*



pada waktu itu adalah Maximilien Francois Marie Isidore de Robespierre. Ia adalah seorang revolusionis dan lawyer, memperoleh pendidikan pada the college of Louis-le-Grand dan the college of Law di Prancis: pengagum yang fanatik terhadap teori sosial dari philosopher Jean Jacques Rousseau. Pada waktu kejatuhan monarki pada bulan Agustus 1792, Robespierre yang dari golongan Jacobijn itu terpilih sebagai the first deputy for Paris to the National Convention, yang mendesak untuk mengeksekusi Louis XVI. Tragisnya bahwa pada tanggal 28 Juli 1794 ia sendiri bersama 21 pengikut terdekatnya juga mati dibawah guillotine.

Golongan Girondijn dan Royalisten kemudian berkuasa kembali: Walaupun tidak sampai mengembalikan monarki tetapi konstitusi yang telah disusun secara demokratis oleh golongan Jacobijn tersebut tidak diperlakukan. Konstitusi Prancis lalu memperoleh bentuk yang lain pula, demikian selanjutnya.

Sehingga pengalamannya dalam pembuatan konstitusi, maka Prancis menganggap dirinya expert, ahli dalam pembuatan konstitusi. Menurut mereka bahwa konstitusi Prancis tahun 1791 adalah suatu kodifikasi yang lengkap, merupakan hasil filsafat, kesenian dan ilmu pengetahuan. Mereka katakan hasil filsafat, karena batang tubuh konstitusi tersebut merupakan pengkhususan dari beberapa sendi itu telah dapat merumuskan peraturan yang lengkap, karena menurut pendapat mereka bahwa semua peraturan pada dasarnya dapat dikembalikan kepada beberapa sendi saja.

Merupakan hasil kesenian, karena kata-kata yang dipergunakan adalah sederhana sekali, sehingga dapat menggambarkan dengan jelas apa yang dimaksudkan. Sebagai hasil ilmu pengetahuan, karena di dalamnya tidak terdapat pertentangan.

Paul Scholten dalam bukunya *Algemeen Deel*, membentangkan tentang metode konstruksi dalam penyusunan hukum positif. (Ingat akan paham Radbruch mengenai "*rechtsdogmatiek*"), yang merupakan tugas *de jurist als medespeler* ada tiga, yakni interpretation, construction dan systematic. Yang penting bagi kita adalah tentang konstruksi yang terdiri dari:



1. yang menggunakan abstraksi yakni *rechtsnalogie*.
2. yang menggunakan determinasi yakni *rechtsverfijning*.

Menurut Paul Scholten, suatu konstruksi yang baik harus mengandung empat hal:

1. harus menutupi/meliputi sendi-sendi/bahan-bahan hukum, yang akan mencakup seluruh lapangan hukum positif. (pertentangan dengan hasil filsafat dari konstitusi Prancis).
2. harus memenuhi *aesthetische eisen* (eisen = syarat). (pertentangan dengan hasil kesenian dari konstitusi Prancis).
3. harus harmonis, dalam arti tidak ada pertentangan. (pertentangan dengan hasil ilmu pengetahuan dari konstitusi Prancis).
4. harus hemat, rasionil yang berarti jangan panjang-panjang tetapi gunakan kata-kata sesingkat mungkin.

Apabila pendapat sarjana Prancis dibandingkan dengan keempat syarat yang diperlukan dalam konstruksi hukum positif tersebut diatas, maka konstitusi Prancis yang dikatakannya hasil filsafat, kesenian dan ilmu pengetahuan itu ternyata adalah hal yang biasa saja. Karena konstruksi yang mereka lakukan adalah sama seperti yang dilakukan oleh sarjana pada umumnya.

Selanjutnya, berikut ini akan kita tinjau paham beberapa sarjana tentang konstitusi.

1. Konstitusi menurut paham Leon Duguit

Bukunya: *Traite de Droit Constitutionnel*. Ajarannya disebut ajaran fungsi sosial (*de leer van de sociale functie*).

Metodenya: tinjauan secara sosiologi hukum (*rechtssociologisch beschouwing*). Titik tolak pemahannya adalah "*de droit social*" atau hukum yang hidup dalam masyarakat (*sociale recht*).

Sebagai sosiolog, Duguit bersikap realistis, ia memandang hukum bukanlah sebagai norma tetapi hukum sebagai peristiwa (*recht als feit*), jadi hukum yang sungguh-sungguh timbul dan tumbuh dalam masyarakat.



Hukum dihubungkannya dengan kesetiakawanan (*solidariteit*) de facto, yakni ikatan sosial. Karena menurut Duguit, hukum adalah penjelmaan dari *sociale solidariteit*.

Arti dari perkataan "*solidariteit*" itu sendiri adalah:

- a. Onderling hulpbetoon = solidarismus = gotong royong, yakni bekerja untuk kepentingan umum tanpa mengharapkan imbalan jasa.
- b. Wederkerige hulpbetoon = mutualismus = tolong menolong, yakni pertolongan yang diberikan pada seseorang dengan harapan bahwa kelak akan mendapatkan balasan.

Tetapi yang dimaksud Duguit dengan *sociale solidariteit* adalah hubungan fungsi antara anggota-anggota masyarakat. Hukum merupakan ciptaan psikologis dari masyarakat, yang di-tentukan oleh kebutuhan material, intelektual dan moral.

Karena kepercayaannya pada pancaindera, maka dengan demikian pandangan Duguit menjadi dogmatis yang sensualistis. Oleh sebab itu, konsepnya bersifat sensualist realisme, yang realisme kepancainderaan.

Sociale solidariteit, yang kita jumpai dalam masyarakat yang sederhana disebut "*Mechanische Solidariteit*", yang bersendikan kebersamaan (*gelijksoortigheid*), dalam arti kebersamaan yakni segala sesuatu dikerjakan bersama.

Pada *mechanische solidariteit*, anggota masyarakat terikat dalam tradisi sehingga tidak bisa bergerak menurut kemauannya masing-masing. Semuanya didorong oleh tertib alamiah. Misalnya, dalam hubungan dengan hukum adat (yang masih berdasarkan pada *mechanische solidariteit*), bahwa masyarakat hukum adat menerima saja bangunan-bangunan hukum adat yang diwansi dari nenek moyang mereka tanpa kemauan untuk mengubahnya. Walaupun demikian mereka tidak merasa dipaksa. Mereka menjalankan tugas/pekerjaannya masing-masing seperti orang bernapas, seperti berputarnya roda. Berbeda halnya dengan *sociale solidariteit* yang dijumpai



pada masyarakat yang sudah maju, yang disebut *organische solidariteit*, yang bersendikan pembagian kerja (*arbeidsverdeling*). Dalam *organische solidariteit* sudah ada diferensiasi, spesialisasi maupun diterminasi. Sudah ada persetujuan kehendak secara sukarela (*vnijwillige wilsovereenstemming*), sudah ada hubungan timbal balik (*wederkerige betrekkingen*) yang menimbulkan tugas-tugas kemasyarakatan yang timbal balik (*wederkerige sociale diensten*).

Menurut Duguit, *socialle solidariteit* itu muncul dalam perasaan hukum perorangan. Sehingga pengertian-pengertian seperti *eigendom*, tidak lagi dianggap sebagai hak asasi alamiah, tetapi merupakan fungsi sosial. Demikian pula tentang pengertian badan hukum (*rechtspersoon*), kehendak negara (*staatswil*), dan lain-lain, semua itu hanyalah pengertian-pengertian metafisis (*metaphysische begrippen*), jadi tidak nyata karenanya harus dikesampingkan.

Berkenaan dengan “negara”, Duguit menganggapnya hanya merupakan *fictie belaka*. Karena yang nyata-nyata ada bukanlah *rechts persoon* negara, melainkan *overheersing* (penjajahan) dari sekelom, pok manusia yang kuat terhadap sekelompok manusia lainnya yang lemah. Tetapi mereka memerintah bersandarkan pada hukum yang timbul dalam masyarakat itu sendiri. Karena menurut Duguit, hukum bukanlah yang hanya tercantum dalam undang-undang, melainkan yang menjelma dari *socialle solidariteit*. Sehingga yang sesungguhnya berdaulat adalah *droit social* atau *socialle recht*.

Selanjutnya menurut Duguit, peraturan hukum objektif itu tidak tergantung pada kehendak manusia. Dan pekerjaan pembuat undang-undang (*wetgever*) sesungguhnya bukanlah membentuk (*construeren*) norma-norma tetapi menemukan, menetapkan (*constateren*) norma-norma yang sudah ada didalam masyarakat.

Dan menurut kenyataan bahwa yang menentukan struktur negara adalah kaum kapitalis, kaum feodal, kaum proletar maupun kaum militer dan lain-lain



yang merupakan faktor-faktor kekuasaan yang nyata (*de riele machtsfactoren*) di dalam masyarakat.

Dengan demikian menurut Duguit, konstitusi bukanlah sekedar undang-undang dasar yang memuat sejumlah/kumpulannorma-norma semata-mata, akan tetapi struktur negara yang nyata-nyata terdapat dalam kenyataan masyarakat. Dengan perkataan lain, konstitusi adalah faktor-faktor kekuatan yang nyata (*de riele machtsfactoren*) yang terdapat dalam masyarakat yang bersangkutan.

2. Konstitusi menurut paham Maurice Hauriou

Buku-bukunya: *Precis de droit constitutionel. La Theorie de L'institution et de la Fondation.*

Ajarannya disebut: ajaran tentang kelembagaan (*de leer van het institutionalisme*).

Metodenya: tinjauan secara sosiologi hukum (*rechtssociologische beshouwing*).

Sebagai titik tolak, Hauriou yang sosiolog itu melihat masyarakat yang sesungguhnya sebagai suatu peristiwa moral (*een morele feit*), yakni suatu bangunan moral.

Hauriou adalah ahli hukum katolik, yang ajarannya dipengaruhi Thomas van Aquino dan ideen leer Plato.

Sebagaimana ajaran Plato, maka menurut Hauriou bahwa manusia senantiasa dipengaruhi oleh ide-ide dari dunia cita, dan ide-ide itu menjelma menjadi kenyataan dalam masyarakat sebagai kenyataan masyarakat (*sociale werkelijkheid*) terjadi penjelmaan kembali (*incarnatie*) dari ide-ide.

Berkenaan dengan "negara", Hauriou menganggapnyasebagai penjelmaan dari cita-cita moral. Dengan kata lain bahwa negara adalah suatu hal (*feit*) yang didalamnya terdapat cita-cita (*ideen*). Jadi baik masyarakat maupun negara adalah bangunan moral (*morele feiten*), yang mengandung unsur-unsur



normatif karena dalam kejadiannya (*feitelijkheid*) telah terjadi penjelmaan kembali (*incamatie*) dari ide-ide.

Pandangan Hauriou mengenai “hukum” adalah realistik, sebab ia melihat *recht als feit*, seperti Duguit. tetapi yang mendasari pendapatnya adalah ide. Oleh karena itu, konsepnya bersifat idealist realisme.

Menurut Hauriou, yang penting dalam kenyataan masyarakat (*sociale werkelijkheid*) bukanlah norma-norma hukumnya, melainkan lembaga-lembaganya (*instellingen-nya*), baik lembaga-lembaga hukum (*rechtsinstellingen*) maupun lembaga-lembaga negara (*staatsinstellingen*). Seperti halnya “negara” yang merupakan suatu lembaga (*institution*), demikian pula “konstitusi”.

Itulah sebabnya ajaran Hauriou disebut *institutionalisme*. Karena menurut Hauriou, institution ialah suatu kelompok manusia yang berkelompok mengelilingi ide. Ide dari dunia cita itu dalam kenyataan menjelma ditengah-tengah kelompok manusia. Didalam diri manusia, hukum (*recht*) dan norma (*norm*) menjadi satu. Sedangkan kelompok manusia yang terorganisir, dimana ide-ide merupakan busatnya (*centrum-nya*), tidak lain daripada institution/institut/lembaga/ bangunan.

Didalam institution terjadi perubahan kejadian (*feit*) menjadi hukum (*recht*). Hal tersebut tidak terjadi secara langsung, tetapi harus melalui elite, atau then ruling class, yang mendapatkan ide tersebut kemudian merumuskannya untuk selanjutnya menyebarkannya pada massa, Dengan demikian menurut Hauriou, institution itu mengandung tiga unsur pokok, yaitu:

- a. Idee, yakni suatu cita-cita yang baik yang menjelma dalam masyarakat.
- b. Elite, yakni lingkungan *intellectueel/the ruling class* yang lebih dulu menyerap/menerima ide tadi untuk selanjutnya merumuskan dan menyebarkan ide tersebut kepada masyarakat.
- c. Milieu, yakni masyarakat yang harus sudah matang untuk menerima ide tersebut.



Contohnya adalah perjuangan kemerdekaan Indonesia. Bahwa kemerdekaan sebagai ide sudah ada semenjak jauh sebelum perang. Kaum elite yakni golongan intelektual-lah yang terlebih dulu me-nyerap/menyadari apa artinya suatu kemerdekaan. Mereka merumus-kannya untuk kemudian menyebarkannya pada masyarakat. Tetapi dahulu tidak ada sambutan yang nyata dari rakyat, karena *sociale milieu* belum matang. Barulah pada tahun 1945, masyarakat mulai matang. Ide kemerdekaan diterima, sehingga semua orang sampai kepada yang buta huruf pun memakai lencana dan mengangkat senjata, malahan sedia meng-orbankan jiwanya untuk kemerdekaan. dan terbentuklah negara Republik Indonesia sebagai suatu institution.

Demikian pula “konstitusi”, sebagai suatu institution tidak lain dari pada hukum yang hidup dalam masyarakat (*social recht*) yang merupakan penjelmaan kembali ide-ide yang baik yang menjelma dalam kenyataan masyarakat (*sociale werkelijkheid*), yang sebagian unsur-unsur normatif-nya di-constateer dan di-abstraheer pembuat undang-undang menjadi suatu lembaga hukum (*rechtsinstellingen*).

Sedangkan tujuan dari konstitusi adalah untuk menjaga keseimbangan antara:

- a. Ketertiban (*de orde*), (ketertiban masyarakat).
- b. Kekuasaan (*het gezag*), (yang mempertahankan orde tadi),
- c. Kebebasan (*de vrijheid*), (yakni kebebasan pribadi dan kebebasan manusia).

3. Konstitusi menurut paham Ferdinand Lassalle

Bukunya: *Uber Verfassungswesen*. Lassalle membagi konstitusi dalam dua pengertian yaitu:

- a. Pengertian sosiologis atau politis (*sociologische atau politische begrip*): “Konstitusi adalah *synthese* faktor-faktor kekuatan yang nyata (*dereelee machtsfactoren*) dalam masyarakat”. Jadi Konstitusi menggambarkan hubungan antara kekuasaan-kekuasaan yang terdapat dengan nyata dalam suatu negara. Kekuasaan-kekuasaan tersebut di antaranya: raja,



parlemen, kabinet, pressure groups, partai politik dan lain-lain, itulah yang sesungguhnya konstitusi.

- b. Pengertian yuridis (*Yuridische begrip*), “Konstitusi adalah suatu naskah yang memuat semua bangunan negara dan sendi-sendi pemerintahan”. Nyatalah bahwa Lassalle dipengaruhi pula oleh paham kodifikasi yang menyamakan konstitusi dengan undang-undang dasar.

Dari pengertian sosiologis atau politis, ternyata Lassalle juga menganut paham bahwa konstitusi sesungguhnya mengandung pengertian yang lebih luas dari sekedar undang-undang dasar.

Berkenaan dengan pengertian yuridis, maka paham Lassalle sudah sesuai dengan paham modern tentang bentuk konstitusi, yaitu harus merupakan naskah tertulis. Tetapi tentang isi konstitusi masih tidak sesuai, karena menurut paham modern bahwa tidak semua lembaga/bangunan (*alle institutionen*) akan tetapi hanya memuat garis besarnya saja. Disamping itu, Lassalle pun tidak memberikan ketegasan tentang konstitusi sebagai undang-undang yang tertinggi (*de hoogste wet*),

4. Konstitusi menurut paham A.A.H. Struycken

Bukunya: *Het Staatsrecht van het koninkrijk de Nederlander*.

Menurut Struycken, konstitusi adalah undang-undang yang memuat garis-garis besar dan asas-asas tentang organisasi daripada negara, jadi, Struycken adalah termasuk penganut paham bahwa konstitusi sama dengan undang-undang dasar. Tetapi Struycken pun tidak menyebutkan dengan tegas tentang sifat undang-undang yang tertinggi (*de hoogstewet*) dari konstitusi.

Walaupun demikian, dengan menyebutnya suatu undang-undang (*een wet*) berarti Struycken juga menghendaki konstitusi sebagai naskah yang tertulis, hal mana sesuai dengan paham modern. Mengenai isi konstitusi dikatakannya sendi-sendi dan asas (*grondbeginselen en grondbeginselen*), jadi hanya memuat sendi-sendi dan asas-asasnya saja sehingga tidak usah mencerminkan seluruh masalah yang penting secara lengkap, hal mana sesuai pula dengan paham modern.



5. Konstitusi menurut paham Dr. Gruys

Bukunya: *Drieerlei Wetsbegrip*.

Menurut Gruys: undang-undang dasar adalah suatu jenis istimewa undang-undang (*Grondwet is een bijzondere soort van wet*). Jadi, undang-undang dasar merupakan species dari pengertian genus undang-undang. Dalam literatur biasanya undang-undang itu dibedakan antara undang-undang dalam arti materiel (*wet in materiele zin*) dan undang-undang dalam arti formal (*wet in formele zin*). Tetapi Gruys mengemukakan tiga pengertian undang-undang yakni:

- a. Undang-undang - hukum objektif (*objectief rech*). Arti kuno ini masih dapat kita lihat dalam istilah sah (*wettig*) atau menurut undang-undang (*Wwettelijk*) yang berarti sesuai dengan hukum/ berlaku (*rechmatig/rechtgeldig*) atau sah menurut peraturan hukum objektif. Umpamanya jika kita hubungkan dengan BW pasal 1320, bahwa suatu persetujuan (*overeenkomst*) adalah menurut undang-undang (*wettelijk*) apabila memenuhi empat syarat:
 - 1) persetujuan kehendak (*wilsovereenstemming*),
 - 2) sebab yang halal (*geoorloofde oorzak*),
 - 3) kemampuan menurut hukum dari masing-masing pihak (*bekwamheid der partijen*)
 - 4) perihal tertentu (*bepaalj onderwerp*).
- b. Undang-undang - dalam arti formal berarti suatu keputusan yang berasal kekuasaan tertinggi negara. Kekuasaan tertinggi negara (*Hoogste staatsgezag*) ini dalam negara demokrasi ialah Parlemen 4 pemerintah. Jadi, undang-undang dalam arti format (*wet in formele zin*) adalah tidak lain daripada persesuaian kehendak antara parlemen dan pemerintah.
- c. Undang-undang dalam arti materiel berarti setiap keputusan penguasa yang mengandung tujuan yang bersifat umum. Setiap keputusan penguasa (*ieder overheidsbesluit*), berarti tidak perlu yang tertinggi tetapi badan apa saja, asal mempunyai kekuasaan legislatif. Jadi mungkin tingkat



propinsi atau kabupaten, asal mempunyai tujuan yang bersifat umum (*algemene strekking*).

Demikian pula undang-undang dasar yang merupakan species dari pengertian genus undang-undang, menurut Gruys mempunyai tiga arti yaitu:

- a. Undang-undang dasar dalam arti formal, adalah suatu undang-undang yang dibuat secara istimewa dan ditinjau kembali secara istimewa pula. Jadi menurut Gruys, undang-undang dasar bukanlah undang-undang biasa melainkan undang-undang istimewa yakni yang dibentuk dan diubah secara istimewa.
- b. Undang-undang dasar = dalam arti materiel, adalah suatu un. dang-undang yang mengatur pokok-pokok dari alat per. lengkapan negara dan penyelenggaraan negara. Jadi tentang isinya adalah mengenai struktur bangunan negara dan functie administrasi negara, Undang-undang dasar sebagai hukum yang tertulis harus memuat hal-hal yang fundamental, yang mempunyai arti penting. Karena isinya yang penting itulah, maka undang-undang dasar harus dibentuk dengan cara istimewa.
- c. Undang-undang dasar = sebagai naskah yang mempunyai nilai-nilai kenegaraan (*staaskundige waarde*). Naskah politik misalnya naskah uni van utrecht, jadi naskah politik yang penting isinya.

Menurut Gruys undang-undang dasar yang sama dengan grundgesetz harus merupakan undang-undang yang tertinggi, dan yang baik prosedur pembentukannya maupun perubahannya haruslah istimewa. Hal tersebut pulalah yang membedakan undang-undang dasar dari undang-undang biasa.

6. Konstitusi menurut paham Hermann Heller

Bukunya: *Staatslehre*

Metodenya: Cara perolehan pengetahuan (*methode van kennis verkrijging*).

Cara perolehan pengetahuan (*Methode van kennis verkrijging*) yang dipergunakan Hermann Heller adalah melalui empat fase, yaitu:

- a. perumusan masalahnya,
- b. penentuan patokan kerja,



- c. pembentukan paham dasar:
- d. penyusunan pendapat dalam suatu sistematis.

Fase pertama ialah dipikirkan dulu apa persoalannya, apa ma salahnya. Hal ini perlu karena suatu pcrumusan masalah yang baik berarti setengah dari kebenaran.

Setelah tahu persoalannya, maka dibentuklah patokan kerja sebagai pegangan untuk penyelidikan lebih lanjut. Inilah yang dimaksud dengan *verbuilingskracht*, yaitu kemampuan untuk menciptakan sesuatu. Kalau dalam penerapannya ternyata benar, maka patokan kerjaitu menjadi paham dasarnya. Paham dasar ini kemudian dipakai untuk seluruh lapangan penyelidikan. Dan akhirnya hasil yang diperoleh disusun dalam suatu sistematis.

Paham dasar (*Grondsgedachte*) Hermanmn HELLER ialah bahwa terdapat hubungan dialektik, umpamanya antara hukum (*recht*) dan negara (*staat*), sein dan sollen, negara dan masyarakat, dan lain-lain.

Sebelum kita melanjutkan, perlu dipertanyakan lebih dulu apakah yang dimaksud dialektik?. Dialektik ialah proses dari thesis, melalui entithese menuju *synthese*, kemudian mulai lagi dari permulaan, dan begitu seterusnya. Suatu analisis yang dikemukakan Hegel, seorang guru besar filsafat pada Universitas Berlin dan tokoh mazhab idealisme.

Supaya lebih jelas, kita lihat contoh berikut ini.

Suatu konsep A yang dianggap sebagai suatu “kebenaran” pada hakikatnya mengandung unsur-unsur yang “benar” dan unsur-unsur yang “tidak benar”. Agar supaya pikiran manusia dapat menangkap konsep yang lebih dekat kepada kebenaran yang sempurna, maka konsep A harus dihadapkan dengan konsep B. Konsep B merupakan kebalikan dari konsep A, walaupun telah lahir dari konsep A sendiri. Dari hasil konfrontasi antara konsep A dan konsep B, timbullah konsep C yang dinamakan *synthese* dan merupakan hasil dari



pergumulan antara thesis (konsep A) dan antithese (konsep B). Proses thesis, antithesis dan synthesis, dinamakan gerak yang berdasarkan hukum dialektik.

kita kembali pada Hermann Heller, tetapi yang dimaksud Herm Meller bukanlah gerak yang berdasarkan hukum dialektik, tetapi *dialectisch verband* yakni hubungan saling mempengaruhi, misalyn antara negara dan masyarakat, hukum (*recht*) dan negara (*staat*), *sei dan sollen*, norm dan *feit*, dan lain-lain. Mengapa ? Oleh karena menurut Hermann Heller, ilmu ncgara adalah merupakan ilmu peng. tahuan tentang kenyataan hingga kita harus mendekati hal yang sesungguhnya, kita harus mendekati kenyataan.

Berbeda halnya dengan Kelsen (yang memisahkan dengan tegas antara *sein dan sollen*), semua dianggapnya norm, sehingga menjadi terlalu bersifat sepihak dan tidak sesuai dengan kenyataan. Begitu pula Carl Schmitt, semua dianggapnya *feit*, jadi sepihak juga. tetapi Hermamn Heller berhadapan dengan hal yang sesungguhnya, sehingga mendekati kenyataan.

Menurut Hermamn Heller, negara adalah organisasi kekuasaan teritorial (*territoriaal gezags organisatie*). Maka untuk mengetahui apa yang dimaksud dengan negara, haruslah dilihat fungsinya terhadap masyarakat. Apakah masyarakat memang memerlukan negara? Berdasarkan kenyataan bahwa dalam suatu daerah, hidup manusia dengan bermacam kemauan. Oleh sebab itu perlu ada yang mengatur. Jadi, harus ada instansi yang mengatur agar manusia yang mempunyai aneka ragam sifat dan kemauan itu dapat hidup bersama dengan teratur. Dan dengan eksistensi negara berarti bahwa negara telah dapat mempengaruhi masyarakat, begitu pula sebaliknya, tanpa masyarakat maka tidak akan ada negara. Dengan perkataan lain, antara negara dan masyarakat terdapat *dialectisch verband*.

Demikian pula terdapat *dialectisch verband* antara negara dan hukum. Hukum adalah suatu norma empiris (*het recht is een empirische norm*), jadi harus ada yang menjelmakannya, yakni negara, tetapi diakui oleh negara. Jadi berlakunya hukum kebiasaan adalah juga tergantung pada kemauan negara.



Sebaliknya mengapa negara tidak bisa melepaskan diri dari hukum? Karena hukum memperkuat negara, hukum menyebabkan negara stabil. Seperti dikatakan Mac Iver.¹⁴⁶

“Kekuasaan bisa dicapai dengan kekuatan, tetapi untuk mempertahankan kekuasaan, orang bisa melulu menyandarkan pada kekuatan.” Jadi, sifat kekuasaan adalah tidak kckal. Supaya bisa kckal, harus diberi sandaran hukum. Dengan landasan hukum berarti kekuasaan berubah menjadi kewibawaan.

Dengan paham dasar tersebut agaknya di satu pihak Hermamn Heller pro Kelsen yang mengakui adanya norm, dan kontra paham Cari Schmitt yang tidak mengindahkan normativiteit (kekuasaan tanpa norma - (normloos macht). Di pihak lain Hermann Heller pro Cari Schmitt yang mengakui adanya feit, sebab menurut kenyataan memang negara harus mempunyai kekuasaan dan kontra ajaran Kelsen yang mengabaikan masalah kekuasaan. Menurut Hermamn Heller, sesungguhnya antara norm dan feit terdapat dialectisch verband.

Hermann Heller mencap ajaran Kelsen sebagai norma tanpa kekuasaan (machtloos normlogisch) atau norma tanpa negara (staatsloos normlogisch), oleh karena Kelsen lebih mempertahankan kaidah hukum (norm) daripada negara (feit). Padahal hukum merupakan norma empiris, jadi harus diwujudkan oleh negara. Dengan kata lain bahwa hukum tidak bisa berdiri sendiri, karena ada dialectisch verband antara hukum dan negara.

Selanjutnya, menurut Hermann Heller bahwa manusia merupakan “mono-dualisme”. Manusia merupakan makhluk rohaniah yang merangkap makhluk jasmaniah (geestelijk tevens stoffelijk wezen). Antara jasad (stof) dan jiwa (geest) terdapat dialectisch verband. Jasad (stof) mempengaruhi jiwa (geest) dan sebaliknya jiwa (geest) mempengaruhi jasad (stof). Manusia adalah merupakan kesatuan jasad (stof) dan jiwa (geest). Tetapi manusia juga

¹⁴⁶ Mac Iver. *Negara Modern*. Jakarta, ichtiar, 1965. hal. 82



merupakan makhluk yang berangan-angan (*utopicsh wezen*), yang tunduk pada dunia cita. Maka dengan demikian tidak ada manusia yang membuat suatu keputusan tanpa mempengaruhi pandangan hidupnya. Dengan perkataan lain, didalam putusan yang diadakan oleh manusia (*feit*), telah tersimpul norma-norma (*norm*) dari pandangan hidupnya.

Dengan paham dasar ini Hermamn Heller menyerang dezisionismus yang tanpa norma (*normloos*) dari Carl Schmitt. Menurut Hermann Heller, tidak ada keputusan politik (*politieke beslissing*) yang tanpa norma (*normloos*). Karena di dalamnya sudah terkandung unsurunsur *normatief*.

Carl Schmitt benar jika manusia hanyalah merupakan makhluk jasmaniah (*stoffelijke wezen*) semata-mata. Padahal manusia adalah merupakan kesatuan jasad (*stof*) dan jiwa (*geest*). Bahwa dalam ajaran Carl Schmitt, didalam tugas merumuskan maksud tersimpul keputusan untuk mencapai tujuan-tujuan sosial yang harus dituju oleh negara, sampai disana paham tersebut adalah benar. Yang salah adalah pengertian politiknya. Karena menurut Carl Schmitt suatu *beslissing* (putusan) tidak memerlukan sandaran *political philosophy*. Sebab rakyat dalam kenyataan adalah berdaulat dan karenanya semuanya didasarkan pada existensi dari rakyat Jerman. Padahal *gezag - erkende macht*, jadi *macht* yang diakui oleh rakyat. Bagaimana caranya? ialah dengan memberikan sandaran *political philosophy*, yang menjadikannya hal yang sepatutnya (*rechvaardig*). Disinilah letak kesalahan Carl Schmitt, karena ia mengatakan bahwa berlakunya konstitusi (keputusan politik tertinggi) dan undangundang dasarnya berlandaskan pada eksistensi rakyat Jerman yang berdaulat sehingga tidak memerlukan landasan *political philosophy*. Tetapi anehnya Carl Schmitt kemudian menyatakan bahwa dari keputusan politik tertinggi dari bangsa Jerman (*de hoogste politieke berslissing van het Duitsche volk*) itu kemudian dapat dibentuk norma-norma. Bagaimana mungkin menciptakan sesuatu dari yang tidak ada.

Kita tinggalkan kritik Heller terhadap Schmitt, dan kembali meli ajaran Heller berikutnya.



Menurut Hermann Heller ada dua asas bentuk negara (*staatsvorm*), yakni kesamaan (*identiteit*) dan perwakilan (*representatie*). Kesamaan (*identiteit*) berarti antara yang memerintah dan yang diperintah adalah sama (*identiek*), yakni rakyat. Jadi rakyat yang memerintah dirinya sendiri. Perwakilan (*Representatie*) berarti yang memerintah/kepala negara hanyalah merupakan wakil dari rakyat.

Dalam kedua hal tersebut pada dasarnya kekuasaan ada pada rakyat. Jadi, yang berdaulat (*souverein*) adalah rakyat (*volks*), sehingga timbullah asas kedaulatan rakyat (*Volkssouvereiniteit*) yang mendasari negara yang demokratis.

Pengertian demokrasi kemudian dianut oleh hampir semua bangsa di dunia. Bahkan negara diktator pun menyebut diri mereka sebagai negara demokrasi, misalnya: Rusia.

Menurut Hermann Heller, ada dua alasan yang menyebabkan sehingga *volkssouvereiniteit* menjadi pendapat umum.

- a. *Volkssouvereiniteit* adalah suatu pengertian polemik (*polemisch begrip*). Maksudnya ialah Suatu pengertian yang dipertentangkan dengan pengertian lainnya. Sejak timbulnya golongan borjuis liberal, *volkssouvereiniteit* dilawankan dengan kedaulatan raja (*vorstensouvereiniteit*).
- b. *Volkssouvereiniteit* lebih nyata dan lebih dapat dirasakan daripada *vorstensouvereiniteit*. Oleh karena dalam lingkungan *absolute monarchie*, menurut kenyataan raja tidaklah memerintah sendirian, melainkan dibantu oleh menteri-menterinya. Malahan raja ternyata tidak dapat melepaskan diri sama sekali dari pengaruh rakyat. Memang dalam beberapa hal raja dapat menentukan sendiri kemauannya tanpa perlawanan dari rakyat. Akan tetapi, umpamanya dalam hal raja memerlukan uang, kepada rakyatlah dibebankan pajak, meskipun seringkali raja harus pula memberikan hak-hak tertentu kepada rakyat sebagai imbalannya. Demikian pula dalam hal raja ingin memperluas



kekuasaannya ataupun dalam mempertahankan kekuasaannya, rakyat dimintakan bantuan mengangkat senjata dengan imbalan hak tertentu pula. Ini berarti bahwa raja tidak dapat melepaskan diri dari pengaruh rakyat. Jadi, pada absolute monarchie-pun rakyat sudah dilibatkan, walaupun keterlibatannya adalah untuk kepentingan raja. Sctclah absolute monarchie berubah menjadi beperkte monarchic, rakyat bukan saja terlibat tetapi keikut. Sertaan dalam urusan pemerintahan. Sclanjutnya pada parlemen. taire monarchic, rakyat bukan hanya sekedar diikuti sertakan dalam urusan pemerintahan, tetapi justru rakyat sendirilah yang memerintah, sedangkan raja pada umumnya hanya sebagai lambang belaka. Dengan demikian tidak mungkin apabila raja dikatakan telah memerintah sendirian. Jadi volkssouvereiniteit-lah yang reele, sedangkan vorstensouvereiniteit hanyalah fictie.

Berkenaan dengan arti konstitusi, Hermann Heller mengemukakan tiga pengertian, yaitu:

- 1) Die politische verfassung als gesellschaftlich wirklichkeit. Konstitusi adalah mencerminkan kehidupan politik di dalam masyarakat sebagai suatu kenyataan. Jadi mengandung pengertian politis dan sosiologis.
- 2) Die verselbstandigte rechtsverfassung. Konstitusi merupakan suatu kesatuan kaidah hukum yang hidup dalam masyarakat. Jadi mengandung pengertian yuridis.
- 3) Die geschriebene verfassung. Konstitusi yang ditulis dalam suatu naskah sebagai undang-undang yang tertinggi, yang berlaku dalam suatu negara.

Dengan demikian, bahwa konstitusi yang ditulis atau disebut juga dengan undang-undang dasar, hanyalah sebahagian dari konstitusi yang hidup dalam masyarakat, yang bersifat sosiologis dan politis. Ingat akan paham Leon Duguit, Maurice Hauriou maupun Ferdinand Lassalle tentang Konstitusi.

Bahwa dengan abstraksi, unsur-unsur hukum dari konstitusi yang hidup dalam masyarakat tersebut kemudian dihimpun dan dijadikan kesatuan



kaidah hukum sehingga jelas nampak sifat yuridisnya, yang perwujudannya disebut *rechtverfassung*.

7. Konstitusi menurut paham Carl Schmitt

Bukunya: *Verfassungslehre*.

Metodenya: cara penghimpunan yang tersusun (*methode van systematisering*).

Metode Carl Schmitt yang disebut cara penghimpunan yang tersusun (*methode van systemtisering*) tersebut ialah metode dengan cara menyusun bahan-bahan yang sudah ada dalam literatur lalu kemudian menyimpulkannya menjadi pahamnya sendiri. Itulah sebabnya paham Carl Schmitt disebut “*collectisch*”. Umpamanya berkenaan dengan pengertian *verfassung*, ia baca dulu bagaimana cara orang mengupas arti *verfassung*. Kemudian ia menarik kesimpulan dengan cara sistematis, bahwa *verfassung* mempunyai delapan arti. Jadi Carl Schmitt tidak memikirkan dulu perumusan masalahnya (*probleemstelling*), tetapi langsung menyandarkan diri pada arti yang telah diberikan para ahli dalam literatur.

Carl Schmitt membagi konstitusi dalam 4 pengertian karena pengertian pokok pertama terbagi lagi dalam 4 sub pengertian, dan pengertian pokok kedua mempunyai 2 sub pengertian, maka jumlah seluruhnya menjadi 8 pengertian. Pembagiannya ialah sebagai berikut.

Pengertian Pokok Pertama:

Konstitusi dalam arti absolut (*absolute verfassungsbegriff*)

Perkataan “absolut” mengandung arti bahwa konstitusi disamping memuat tentang bentuk negara, faktor integrasi dan norma-norma dasar/struktur pemerintahan, juga mencakup semua hal yang pokok yang ada pada setiap negara pada umumnya. Pengertian pokok yang pertama ini terbagi dalam empat sub pengertian,

- 1) Konstitusi menggambarkan hubungan antara faktor-faktor ke. kuatan yang nyata (*de riele machtsfactoren*) dalam suatu negara, yakni hubungan antara raja, parlemen, kabinet, partai politik, *pressure group* dan lain-lain,



serta mencakup semua bangunan hukum dan semua organisasi yang ada dalam negara. Jadi sama dengan paham yang dikemukakan oleh Lassalle.

- 2) Konstitusi memuat forma formarum, yakni bentuk yang menentukan bentuk-bentuk lainnya. Sesungguhnya sudah sejak ahli-ahli negara Yunani telah menganggap bahwa bentuk negara adalah hal yang sangat penting bagi hal ihwal kenegaraan. Persoalannya, bagaimanakah untuk dapat mengetahui bahwa bentuk negara adalah menentukan pula bentuk-bentuk lainnya. Caranya ialah dengan meninjau staatsprincipe (asas negara).

Ada 3 asas negara (staatsprincipe):

- a. asas daripada bentuk negara (principe van de staatsvorm)
- b. asas daripada dan yang timbul dari bentuk negara (principe van en uit de staatsvorm).
- c. asas (principe) dalam arti asas pemerintahan (regeringsprincipe).

a. **Asas negara yang dibahas dalam asas daripada bentuk negara** (principe van de staatsvorm) adalah semata-mata mengenai bentuk negara. Carl Schmitt mengemukakan dua asas negara yang berkenaan dengan bentuk negara yaitu:

- 1) kesamaan (identiteit), yakni asas negara yang berhubungan dengan bentuk demokrasi, dimana rakyat sendiri yang memerintah sehingga antara yang memerintah dan yang diperintah adalah sama (identik).
- 2) perwakilan (representatie), yakni asas negara yang berhubungan dengan bentuk monarki, dimana raja yang memerintah dipandang sebagai wakil dari rakyat (representang van het volk).

Walaupun tidak dinyatakan dengan tegas, tapi Schmitt telah menggunakan volkssouvereinitcit sebagai sandaran. Jadi, sama dengan paham yang dikemukakan Hermann Heller. Tetapi Hermann Heller membicarakan penjelasan lebih lanjut mengapa demokrasi kemudian menjadi pendapat umum (algemeen begnip).



- b. **Asas negara yang ditinjau dalam asas daripada dan yang timbul dari bentuk negara** (*principe vanen vit de staatsvorm*), tidak hanya mengenai bentuk negara (*van de staatsvorm*) tetapi juga mengenai yang menentukan sendi dan isi dari tertib negara (*uit de staatsvorm*).

Untuk menjelaskannya, Schmitt menghubungkannya dengan paham Aristoteles dan Hans Kelsen. Baik Aristoteles maupun Kelsen, keduanya sependapat bahwa demokrasi bersandarkan pada dua sendi yaitu kebebasan (*vrijheid*) dan persamaan (*gelijkheid*). Akan tetapi mereka tidak sependapat mengenai sendi mana yang lebih penting.

Aristoteles menganggap persamaan yang lebih penting. Karena persamaan merupakan sendi dari semua bentuk negara. Bukan saja demokrasi, tetapi juga aristokrasi dan monarki, semuanya bersandarkan sendi persamaan.

Pada monarki, sama dalam kecakapan. Karena tidak mungkin raja sendirian memerintah, maka harus ada yang membantunya, yang dipilih dari orang-orang yang sama kecakapannya.

Pada aristokrasi, sama dalam kejujuran. Pada mulanya aristokrasi merupakan pemerintahan dari segolongan kecil orang-orang yang susila (*zedelijk*) baik dan rohani (*geestelijk*) baik, pokoknya bukan sembarangan orang. Oleh karena dalam masyarakat tidak banyak orang yang jujur, maka yang memerintahpun sedikit, yakni dipilih dari orang-orang yang sama kejujurannya.

Pada demokrasi, sama dalam kemerdekaan/kebebasan. Jadi ke. bebasan yang harus disandarkan pada persamaan, sehingga bukan saja sama dibidang politik, tetapi juga dibidang ekonomi, sosial, dan kultural. Kebebasan itu sendiri mengandung arti bebas dan kesewenangan dan bebas dari kemauan orang lain.



Berbeda dengan Hans Kelsen, walaupun titik tolaknya sama Seperti Aristoteles, tetapi justru sendi kebebasan baginya lebih utama. Sebagai alasannya diperincinya dalam lima uraian sebagai berikut.

- (a) Pada dasarnya pembawaan manusia adalah tidak mau diperintah oleh orang lain, manusia selalu ingin merdeka. Tetapi menurut kenyataan ada segolongan kecil manusia yang memerintah segolongan besar manusia. Dalam golongan besar manusia yang diperintah tersebut timbul pertanyaan, mengapa mereka harus diperintah oleh penguasa yang hanya merupakan segolongan kecil manusia, bukankah mereka dilahirkan sama sebagai manusia. Disinilah letaknya, ada hasrat untuk menghindarkan diri dari perintah orang lain, hasrat untuk membebaskan diri dari kekuasaan orang lain, dan inilah yang paling penting.
- (b) Pada hakikatnya manusia semuanya mau merdeka, tetapi mengapa dalam kenyataannya selalu terikat dan harus hidup bernegara. Berdasarkan status naturalis dalam paham Hobbes, maka manusia terpaksa hidup bernegara, jika tidak maka terjadi homo homini lupus dan sebagai akibat dari bellum omnium contra omnes, maka yang memiliki fisik yang kuat akan selalu menang dari fisik yang lemah.

Demikian pula menurut zoon politikon-nya Aristoteles, manusia adalah makhluk bermasyarakat. Kalau ada manusia yang hidup tidak dalam masyarakat, maka ia bukan manusia lagi akan tetapi dewa atau hewan. Oleh karena itu manusia harus hidup terikat dalam masyarakat.

Dengan demikian, satu satunya jalan untuk memenuhi hasrat ingin merdeka adalah dengan memilih bentuk negara yang sesuai dengan peralihan dari kebebasan menjadi keterikatan, Satu satunya bentuk negara yang sesuai ialah demokrasi. Rousseau kemudian mencarikan dasar hukum pembarannya (rechivaardixingsgrond nya) dengan kontrak sosial. Dalam demokrasi, meskipun diperintah oleh orang



lain akan tetapi orang yang memerintah itu adalah wakilnya. Jadi, pada demokrasi itu terdapat pemerintahan sendiri (*zelfregering*). Rakyat memerintah merangkap diperintah. Secara moral dengan demikian manusia itu tetap merdeka, karena yang memerintah adalah wakilnya sendiri.

Apakah dengan demokrasi tidak akan terjadi diktator dari sejumlah besar (orang-orang)? Menurut Kelsen tidak, apabila diutamakan sendiri kebebasan. Sebab sejumlah besar (orang-orang) yang bebas berarti mendekati bentuk idealnya. Dengan kata lain, apabila semua orang merdeka berarti sudah dicapai bentuk ideal demokrasi. Sedangkan jika sebagian besar yang merdeka berarti mendekati bentuk ideal diktatur.

Memang tidak mungkin bahwa semua orang merdeka. Karena dengan masing-masing mempunyai pikiran sendiri-sendiri, maka akan terjadi kekacauan.

Jadi, apabila didasarkan pada sendiri kebebasan maka tidak akan terjadi diktator dari sejumlah besar (orang-orang), sebab rakyatlah yang menentukan sendiri. Tetapi kalau didasarkan pada persamaan, bisa ditentukan oleh orang lain yang jumlahnya kecil, maka mungkin saja terjadi diktatur.

- (c) Menurut Rousseau, pada waktu mendirikan negara memang semua harus mufakat, sehingga harus bersandarkan *volonte de tous*. Akan tetapi jika negara sudah ada, dan masih juga disandarkan pada *volonte de tous*, akibatnya bisa kacau. Oleh sebab itu pada tahap yang kedua harus bersandarkan pada *volonte generale* (Busroh, 1983, p. 85).
- (d) Kalau sejumlah besar (orang-orang) yang memerintah, masih terasa diperintah oleh manusia, sehingga psikologis masih tidak meyakini. Kelsen menunjuk paham kedaulatan hukum



(rechtssouvereiniteit) Krabbe. Dahulu orang tidak puas karena terikat dengan kekuasaan perorangan (persoonlijk gezag) dari raja. Tetapi setelah merdeka, kita merasa bebas karena tidak lagi tunduk pada manusia akan tetapi tunduk pada hukum. Sehingga sifat yang bukan kekuasaan perorangan dari hukum dianggap lebih baik dari manusia, meskipun berada ditangan sejumlah besar (orang-orang). Sejumlah besar (orang-orang) adalah sebagian dari kesatuan (collectivitas). Tapi ini hanyalah konstruksi belaka, karena menurut kenyataan bahwa yang memerintah adalah tetap manusia.

- (e) Kalau ada putusan dari sejumlah besar (orang-orang) berarti sejumlah kecil (orang-orang) telah dipaksa. tetapi hal ini berarti pula bahwa sejumlah kecil (orang-orang) dipaksa untuk merdeka.

Dari lima perincian uraian diatas dapat disimpulkan bahwa staatsprincipe yang dikemukakan Kelsen adalah semata-mata mengenai bentuk negara (staats vorm), belum menentukan isinya: jadi hanya mengenai sifat formal dari demokrasi dan belum menyinggung sifat materiel dari demokrasi.

Sikap Kelsen tersebut diperbaikinya setelah ia bermukim di Amerika, dengan mengatakan bahwa kebebasan yang menjadi sendi utama dari demokrasi itu tidak hanya positive gevormuleerd akan tetapi juga negative gerealiseerd.

Yang dimaksud dengan sendi kebebasan yang positive geformuleerd ialah diantaranya semua warga negara mempunyai hak-hak politik (harus ada pemilihan umum, status activus).

Sedangkan yang dimaksud dengan sendi kebebasan yang negative gerealiseerd yakni umpamanya telah disinggung tentang hak-hak asasi, walaupun belum menyinggung seluruh tertib negara.

Berbeda halnya dengan Jan Romcyn, yang menganggap sendi demokrasi yang utama adalah persamaan, jadi sependapat dengan Aristoteles. Kalau bersandarkan pada persamaan maka seluruh tertib negara ditentukan



oleh persamaan. Dengan demikian betul-betul materiel demokrasi. Karena persamaan tidak saja berarti sama dalam sudut pandangan politik akan tetapi juga dalam bidang sosial, ekonomi: dan kultural. Romein sendiri menyandarkan pahamnya atas paham Laski yang mengatakan bahwa persamaan itu tidak hanya dalam lapangan politik saja seperti anggapan demokrasi barat akan tetapi harus dalam segala lapangan. Dan inilah demokrasi materiel.

- c. **Asas negara dalam arti asas pemerintahan (regeringsprincipe).** Asas negara disini sama sekali terlepas dari bentuk negara (staatsvorm). Bentuk negaranya sama, yakni demokrasi sebagai asas daripada dan yang timbul dari bentuk negara (principe vanen uit de staatsvorm). Tetapi dasar (principe) pemerintahan berlanan. Umpamanya di Inggris ada partai progresif dan konservatif. Kedua-duanya sama-sama menghendaki kemajuan, sama bentuk negaranya (staatsvorm-nya), tetapi asas pemerintahannya (regeringsprincipe-nya) berbeda. Misalnya labour party menghendaki segala sesuatu dilaksanakan cepat, sedangkan konservatif lambat dalam melaksanakan sesuatu. Contoh lain, umpamanya program setiap kabinet, ada yang menghendaki pembangunan didahulukan, ada pula yang menghendaki keamanan yang diutamakan.

Kembali pada Carl Schmitt, maka yang dimaksudkannya dengan forma formarum adalah asas daripada dan yang timbul dari bentuk negara (principe van en uit de staatsvorm). Karena dari asas tersebut akan menentukan bentuk-bentuk yang lainnya.

- 1) Konstitusi sebagai faktor Integrasi.

Carl Schmitt menghubungkannya dengan "integration theory" dari Rudolf Smend (dalam bukunya: verfassung und verfassung. recht).

Menurut Smend ada tiga macam integrasi, yaitu:

- a) Personlijke integratie, contohnya: presiden.



-
- b) Zakelijke integratie, contohnya: bendera, lambang negara dan lain-lain.
 - c) functionele integratie, yang terdiri dari:
 - 1) yang bersifat abstrak, contohnya: lagu kebangsaan, bahasa dan lain-lain.
 - 2) yang bersifat konkrit, contohnya: pemilihan umum, referendum, reformasi kabinet dan lain-lain.

Mengapa pemilihan umum, referendum dan lain-lain tersebut merupakan faktor functionele integratie? Karena orang yang selama ini tanpa kesadaran berpolitik, pada waktu pemilihan umum misalnya mereka akan menjadi berpolitik dimana perhatian seluruh rakyat tertuju pada soal politik serta bersatu dalam kelompok yang sepaham. Demikian pula halnya apabila ada referendum atau dalam hal terjadi reformasi kabinet.

- 2) Konstitusi merupakan norm der normen, yakni norma dasar yang menjadi sumber bagi norma-norma lainnya yang berlaku.

Cari Schmitt menghubungkannya dengan stufenbau des rechi dari Hans Kelsen. Berlakunya sesuatu norma senantiasa dapat dikembalikan kepada berlakunya norm yang lebih tinggi, demikian selanjutnya, sehingga akhirnya sampai pada grundnorm. Jadi misalnya KUH Perdata, KUH Pidana dan lain-lain, pada akhirnya dapat dikembalikan berlakunya pada satu norm yaitu grundnorm. Mengapa? Karena tata hukum adalah merupakan Suatu kesatuan, merupakan suatu sistem.

Tetapi berhubung hal tersebut adalah hasil konstruksi, maka grundnorm harus diterima sebagai hypothese. Sebab itulah grundnorm disebut juga hypothctisch norm. Di samping itu grundnorm juga merupakan tempat asal atau ursprung dari norma-norma yang lainnya. Oleh karena itu grundnorm disebut pula sebagai ursprungnorm.



Pengertian Pokok Kedua:**Konstitusi dalam arti relatif (*relative verfassungsbegriff*).**

Perkataan “relatif” mengandung arti bahwa konstitusi dihubungkan dengan kepentingan suatu golongan tertentu didalam masyarakat, sehingga tidak berlaku umum dan sifatnya adalah relatif karena hanya terdapat dan dimuat dalam konstitusi negara tertentu saja. Disamping itu supaya isi konstitusi dapat dijadikan jaminan dan menjadi bukti jika diperlukan, maka dibuatlah tertulis. Hal tertulis ini pun sifatnya hanyalah relatif, sebab ada negara yang menganut konstitusi yang tidak tertulis.

Pengertian pokok yang kedua ini terbagi dalam dua sub pengertian.

- a. Konstitusi dihubungkan dengan kepentingan suatu golongan tertentu didalam masyarakat.

Dalam hal ini sudah disinggung isi *verfassung*, jadi sudah mengenai *verfassung* dalam arti materiel.

Sepanjang sejarah, memang yang mula-mula ada ialah konstitusi dalam arti materiel, yakni tentang cara mengatur Organisasi negara (*een regeling van de staatskundige organisatie*). Kemudian barulah muncul konstitusi dalam arti formal, yakni mengenai bagaimana terjadinya konstitusi itu.

Verfassung dalam arti materiel pada mulanya hanyalah menyinggung hal-hal yang fundamental. Tetapi dalam perkembangan selanjutnya disinggung pula hal-hal yang meskipun bukan fundamental namun dianggap penting. Misalnya konstitusi Prancis yang dihubungkan dengan kepentingan golongan borjuis liberal agar hak-haknya dijamin tidak dilanggar oleh penguasa. Hal seperti ini sama sekali tidak mengenai sendi (*grondslag*) maupun asas-asas (*grondbegin. selen*) negara, namun demikian dianggap penting terutama bagi bangsa Prancis, walaupun mungkin tidak dianggap penting oleh bangsa lain sehingga negara lain tersebut tidak merasa perlu mencantulkannya. Jadi sifatnya relatif.



Demikian pula contoh UUD 1945 pasal 34: “fakir miskin dan anak-anak yang terlantar dipelihara oleh negara.” Bagi bangsa lain mungkin menganggap bahwa hal seperti ini cukup diatur dalam undang-undang biasa saja.

Disinilah letaknya relativering proses, yakni proses dimana konstitusi atau verfassung yang pada mulanya hanya memuat hal-hal yang pokok, yang mencakup semua bangunan hukum dan semua organisasi dalam negara maupun merupakan forma formarum serta norm der normen, dalam perkembangan selanjutnya memuat pula hal-hal yang dianggap penting dihubungkan dengan kepentingan dari golongan tertentu dalam masyarakat.

- b. Konstitusi dalam arti formal atau konstitusi memperoleh bentuk tertulis. Karena Konstitusi dalam arti materiel itu penting isinya dan merupakan undang-undang tertinggi, maka prosedur pembentukannya haruslah istimewa. Misalnya bahwa orang-orang yang akan membentuknya haruslah dipilih melalui pemilihan umum dan persyaratan-persyaratan lainnya.

Walaupun demikian, konstitusi dalam arti formal, hanyalah bersifat relatif karena yang penting bukanlah bentuk tetapi isinya.

Pada tahap berikutnya, mengingat isi konstitusi supaya dapat dibuktikan (bewijsbaar) dan stabil, maka harus diletakkan dalam suatu naskah, sehingga sewaktu-waktu dapat dijadikan jaminan dan bukti apabila diperlukan.

Baik dalam arti formal maupun sifat tertulis, semuanya adalah relatif, karena yang penting ialah isi konstitusi, sebab isi konstitusi menyangkut nasib negara dan rakyat seluruhnya.

Pengertian Pokok Ketiga:

Konstitusi dalam arti positif (de positive verfassungsbegriff).

Proses relativering terhadap konstitusi, menimbulkan konstitusi dalam arti positif.



Pada pengertian absolut disinggung mengenai objek, forma formarum, faktor integrasi, norm der normen dan lain-lain, dan bukan mengenai subjek. Siapakah sebjeknya, atau dengan perkataan lain siapakah yang membentuknya?.

Carl Schmitt menghubungkannya dengan ajaran “dezisionismus” yaitu ajaran tentang keputusan. Bahwa disebut dezisionismus, karena titik tolak pemahannya adalah keputusan politik tertinggi (de hoogste politieke beslissing) dari sesuatu bangsa. Menurut Carl Schmitt, verfassung dalam arti positif merupakan keputusan politik yang tertinggi dari suatu bangsa. Seperti halnya Weimar verfassung adalah keputusan politik tertinggi dari bangsa Jerman (de hoogste politieke beslissing van de Deutsche natie). Weimar verfassung tahun 1919 telah menentukan nasib rakyat seluruh Jerman, karena telah mengubah struktur pemerintahan yang lama dari stelsel monarchie dimana kekuasaan raja sangat kuat, menjadi suatu pemerintahan dengan sistem parlementer. Weimar verfassung secara positif menentukan siapa yang akan memimpin negara dan juga merupakan sandaran dari competentie semua Organ.

Menurut Carl Schmitt, berlakunya Weimar vervassung tidaklah disandarkan pada political philosophy, tetapi semata-mata bersandarkan pada keputusan politik dari rakyat Jerman. Jadi hanya bersandarkan pada perbuatan tanpa norma-norma. Tetapi sebagai keputusan politik tertinggi (de hoogste politieke beslissing), verfassung merupakan grundnorm, norma dasar yang menjad sandaran dari competenties semua organ negara.

Disinilah letak kesalahan Carl Schmitt, yang dikritik Herman Heller. Karena bagaimana mungkin verfassung dianggap sebaga suatu keseluruhan norma-norma, jika ia tidak disandarkan padz political philosophy dan scmata-mata disandarkan pada per, buatan, yakni keputusan dari bangsa Jerman. Karena tidak mungkin menurunkan (afliciden) norma-norma dari sesuaty yang tanpa norma (normloos).

Hermann Heller memecahkan masalahnya kemudian dengan mengatakan bahwa niscaya dalam keputusan politik, dalam keputusan sebagai suatu



perbuatan, sudah harus tersimpul unsur: unsur normative sehingga dengan demikian dapat menjelmakan norma-norma dari padanya.

Tapi hal itu sama sekali tidak diakui Carl Schmitt. Schmitt sesungguhnya dipengaruhi mythe abad ke 19. Katanya, rakyat Jerman berdaulat dan exist. Berlakunya verfassung hanyalah terletak dalam eksistensi rakyat Jerman, mereka sendiri yang memberikan putusan sehingga tidak perlu pembedaan (rechvaardiging), tidak usah diberi sandaran political philosophy, cukup berlandaskan pada perbuatan, yakni eksistensi dari rakyat Jerman yang berdaulat.

Schmitt sesungguhnya tidak menyadari bahwa gezag adalah erkende macht, jadi macht yang diakui. Bagaimana caranya hingga3 macht rakyat Jerman diakui? Tentulah dengan memberinya dasar! political philosophy, yang sekaligus menjadi gerechtsvaardig.

Disamping itu, ajaran desisionisme Schmitt sebenarnya bukanlah hal yang baru. Umpamanya di Indonesia, dalam hukum adat suda dikenal beslissingsleer, yaitu hukum timbul dari keputusan rakyat sendiri atau dari pejabat-pejabat hukum (rechtsfunctionaristen) atau kepala suku (volkschoofden). Misalnya apabila ada orang yang akan melakukan suatu tindakan hukum, maka ia pergi kepada kepala suku untuk minta nasehat dan menanyakan caracaranya. Kepala suku menjaga agar syarat-syarat hukum adat dipenuhi, supaya jangan timbul perselisihan di belakang hari. Disamping itu, kepala suku (volkschoofden) bertindak pula sebagai hakim adat (volksrechtter). Jadi kepala suku dapat bertindak dalam dua kualitas. Menurut Logemann, terhadap perbuatan pemberian nasihat dari kepala suku tersebut dikatakan preventief rechtzorg, sedangkan terhadap tindakannya sebagai hakim adat disebut repressief rechtzorg.

Demikian pula Donner menyandarkan diri pada beslissingsleer. Donner membedakan antara tugas merumuskan apa yang dikehendaki dan tugas melaksanakan apa yang telah dirumuskan. Yang memberikan keputusan



mengenai perumusan apa yang dikehendaki ialah orang-orang politik (di MPR, DPR, Menteri). Merekalah yang menentukan tujuan yang harus dicapai negara. Sedangkan yang menjalankan keputusan dalam lapangan administrasi/besluurialah sekretaris jenderal. Kepala-kepala bagian, dan lain-lain. Merekalah yang menentukan upaya-upaya mana yang paling tepat untuk mencapai tujuan yang telah ditentukan di bidang politik.

Jadi, apabila dihubungkan dengan literatur, maka dezisionismus ternyata bukanlah paham Carl Schmitt saja.

Pengertian Pokok Keempat:

Konstitusi dalam arti ideal (*idealbegriff der verfassung*).

Konstitusi merupakan wadah yang menampung cita-cita bangsa. Hal ini asal mulanya hanya merupakan tuntutan kaum borjuis liberal (*historische bepaald*), cita-cita yang lahir setelah revolusi Prancis supaya pihak penguasa tidak berbuat sewenang-wenang terhadap rakyat. Akan tetapi paham tersebut kemudian diterima oleh semua negara (*natuurlijke waarheid*).

Idaman dan cita-cita kaum borjuis liberal seperti dimaksud, dicantumkan dalam konstitusi sebagai jaminan bagi rakyat agar hak-hak asasinya dilindungi.

Bila dalam pengertian pokok konstitusi yang keempat ini (*ideal. begriff der verfassung*), konstitusi mengandung arti sebagai wadah yang menampung sesuatu ide, maka ide yang bersangkutan di. cantumkan satu persatu sebagai isi konstitusi seperti yang di. maksud dalam pengertian pokok konstitusi yang kedua (*relative verfassungbegriff*).

8. Konstitusi menurut paham CF. Strong

Bukunya: "Modern Political Constitutions".

Metodecnya: comparative history.

Strong melihat negara dalam segi strukturnya, jadi mengenai *staatsinstcilingen* (bangunan-bangunan negara), dalam memperbandingkan konstitusi berbagai negara. Strong sampai pada pola ketatancgaraanya dengan klasifikasi pembahasan sebagai berikut:



-
- a. The Nature of the state to which the constitution applies
 - b. The Nature of the constitution itself
 - c. The Nature of the legislature
 - d. The Nature of the executive
 - e. The Nature of the judiciary

Ditinjau dari segi hakikat negara dalam mana konstitusi berlaku, Strong mengelompokkan negara-negara di dunia kedalam dua kelompok besar, yaitu negara kesatuan dan negara federal atau serikat.

Negara kesatuan, menurut Strong, adalah bentuk negara di mana wewenang legislatif tertinggi dipusatkan dalam satu badan legislatif nasional/pusat. walaupun wilayah negara dibagi dalam beberapa wilayah, tetapi kekuasaan sesungguhnya, terletak pada pemerintah pusat dan tidak pada pemerintah daerah. Pemerintah pusat mempunyai wewenang untuk menyerahkan sebagian kekuasaannya kepada daerah berdasarkan hak otonomi (dalam negara kesatuan dengan sistem desentralisasi), tetapi pada tahap terakhir kekuasaan tertinggi tetap ditangan pemerintah pusat, Jadi, kedaulatan kedalam maupun kedaulatan keluar, sepenuhnya terletak pada pemerintah pusat.

Dengan demikian yang menjadi hakikat negara kesatuan ialah kekuasaan pemerintah pusat tidak dibatasi, Adanya kewenangan untuk membuat peraturan bagi daerahnya sendiri itu, tidaklah berarti bahwa pemerintah daerah itu berdaulat, sebab pengawasan dan kekuasaan tertinggi masih tetap terletak ditangan pemerintah pusat. Sehingga menurut Strong, negara kesatuan itu mempunyai dua ciri yang bersifat esensial, yaitu:

- a. adanya supremasi dari parlemen/lembaga perwakilan rakyat pusat;
- b. Tidak adanya badan-badan bawahan yang mempunyai kedaulatan.

Contoh negara kesatuan adalah Republik Indonesia, Jepang, Britania Raya, Prancis, Belgia dan lain-lain.



Dibandingkan dengan federasi dan konfederasi, maka negara kesatuan merupakan bentuk negara di mana ikatan serta integrasi paling kokoh.

Selanjutnya, yang dimaksud dengan negara federal adalah negara di dalam mana dua negara atau lebih yang sederajat bersatu karena tujuan-tujuan tertentu yang sama.

Diantara ciri negara federal, menurut Strong, ialah adanya kompromi antara dua konsep yang sebenarnya bertentangan, yakni kedaulatan negara federal dalam keseluruhannya dan kedaulatan negara bagian.

Negara-negara dalam suatu negara federal meskipun menghendaki persatuan, akan tetapi mereka tidak mau bersatu (*though the federating units desiring union, they do not desire unity*).

Walaupun terdapat banyak perbedaan antara negara federal satu Sama lain, tetapi ada satu prinsip yang dipegang teguh, yaitu bahwa soal soal yang menyangkut negara dalam keseluruhannya diserahkan, kan pada kekuasaan federal, Dalam hal hal tertentu, umpamanya mengadakan perjanjian Internastonal atau mencetak uang, maka sepenuhnya termasuk dalam kekuasaan pemerintah federal, Tetapi terhadap hal hal yang menyangkut negara bagian belaka dan yang udak termasuk kepenungan nasional, umpamanya soal wal kebudayaan, kesehatan, dan sebagainya, maka penyelenggaraanya diserahkan pada kekuasaan negara negara bagian.

Perbedaan di antara negara federal yang satu dengan yang lainnya, menurut Strong, dapat disimpulkan dalam dua hal:

- a. Cara bagaimana kekuasaan dibagi antara pemerintah federal dan pementtah negara ncgara bayian, Kalau antar pemerintah federal dan pementtah negara bagian diadakan matericlc taakverdeling (pembagian tugas yang terperinci secara matericl), maka pcbagian kekuasaan dalam ncgara fcderal dapat dilakukan dengan dua cara, tergantung di mana letaknya "reserve Of powers"
 - 1) Undang-undang dasar memerinci satu pcsatu kekuasaan pemerintah federal (umpamanya kekuasaan untuk mengurus



hubungan luar negeri, mencetak uang dan sebagainya), sedangkan sisa kekuasaan yang tidak terperinci diserahkan kepada negara-negara bagian. Sisa kekuasaan ini dinamakan *reserve of powers*. Negara federal semacam ini dianggap lebih sempurna sifat federalnya, sebab perincian dari kekuasaan pemerintah federal dimaksudkan untuk membatasi kekuasaan pemerintah federal dan memperkuat kekuasaan negara bagian. Contoh: Amerika Serikat, Australia, Uni Soviet, dan lain lain.

- 2) Undang-undang dasar memperinci satu persatu kekuasaan pemerintah negara-negara bagian, sedangkan *reserve of powers* diserahkan pada pemerintah federal. Negara federal semacam ini dianggap kurang sempurna sifat federalnya karena maksud dari perincian kekuasaan negara bagian ialah untuk membatasi kekuasaan negara bagian dan memperkuat kekuasaan pemerintah federal.

Contoh: Kanada, India, dan lain-lain.

- b. Badan mana yang mempunyai wewenang untuk menyelesaikan perselisihan yang timbul antara pemerintah federal dan pemerintah negara-negara bagian.

Wewenang untuk memutuskan persoalan kompetensi antara pemerintah federal dan pemerintah negara bagian dapat diberikan kepada dua badan, yaitu:

- a. Kalau wewenang terletak pada Mahkamah Agung federal, maka negara federal semacam itu dianggap lebih sempurna sifat federalnya. Contoh: Amerika Serikat, Australia, dan lain-lain:
- b. Kalau wewenang terletak Pada Dewan Perwakilan Rakyat federal, maka negara federal semacam itu dianggap kurang sempurna sifat federalnya. Contoh: Swiss.

Dalam negara federal, negara-negara yang bergabung yang dinamakan negara bagian, mempunyai kedudukan yang kuat. Karena memang yang



mula-mula ada ialah beberapa negara yang kemudian disebut negara bagian. Pada waktu negara-negara tersebut bersama-sama membentuk negara federal, ada sebagian daripada kekuasaannya yang diserahkan kepada negara federal. Dengan kata lain, kekuasaan yang ada pada negara federal dibatasi oleh kekuasaan yang terdapat pada negara-negara bagian. Untuk mencegah timbulnya konflik antara dua kekuasaan tersebut, hal itu diatur secara tegas dan jelas tentang pembagian kekuasaan yang dituangkan dalam sebuah konstitusi.

Dengan demikian, konstitusi dalam suatu negara federal dapat disamakan sebuah perjanjian atau bersifat sebagai sebuah perjanjian (*treaty*) yang harus ditaati oleh baik negara federal maupun oleh negara-negara bagian.

Disamping itu terdapat pula semacam negara federal tetapi yang tidak mempunyai kekuasaan yang sesungguhnya (*real power*), yang disebut (*confederation*). Antara federasi dan konfederasi dibedakan sebagai berikut.

Federasi adalah *bondstaat* (*bundesstaat*) atau negara serikat, sedangkan konfederasi adalah *statenbond* (*staatenbund*) atau perserikatan negara.

Dua kriteria yang membedakannya, adalah:

a. Kedaulatan

Apabila kedaulatan yang sesungguhnya berada pada negara federal itu sendiri, maka disebut federasi. tetapi jika kedaulatan sepenuhnya berada pada masing-masing negara bagian, maka disebut konfederasi,

b. Kekuatan mengikat Undang-undang/Peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh Pemerintah Pusat.

Kalau langsung berlaku terhadap burgers, maka disebut federasi. Tetapi sebaliknya jika tidak langsung berlaku, maka disebut konfederasi.

Selanjutnya, ditinjau dari segi hakikat konstitusi itu sendiri, Strong merumuskan konstitusi sebagai “a collection of principles according to which the powers of the government, the right of the governed, and relations between the two are adjusted”.



Dari rumusan tersebut menunjukkan bahwa Strong telah menafsirkan konstitusi dalam arti sempit, yakni dapat berupa 3 naskah ataupun sekumpulan peraturan-peraturan yang terpisah yang mengandung otoritas sebagai hukum tata negara.

Didalam kenyataan dapat terjadi bahwa suatu konstitusi tidak berlaku secara efektif. Menurut Kari Loewenstein, konstitusi yang demikian mempunyai nilai semantik, yakni secara hukum berlaku, tetapi hanya untuk melaksanakan kepentingan kekuasaan politik penguasa belaka.

Oleh karenanya, menurut Strong, agar suatu konstitusi benar-benar merupakan konstitusi yang berlaku, hendaklah mengandung tiga hal yaitu:

- a. How the various agencies are organized,
- b. what power is entrusted to those agencies,
- c. In what manner such power is to be exercised.

Strong selanjutnya menggolongkan konstitusi dalam:

- 1) documentary constitution,
- 2) non-documentary constitution.

Lazimnya orang membedakan antara written constitution dan unwritten constitution. Tetapi menurut Strong, perbedaan yang demikian adalah kurang tepat, karena sesungguhnya tidak ada konstitusi yang seluruhnya tidak tertulis, sebaliknya tidak ada pula konstitusi yang seluruhnya tertulis.

Suatu konstitusi umumnya disebut tertulis bila merupakan suatu naskah, sedang konstitusi tak tertulis tidak merupakan suatu naskah, malahan banyak dipengaruhi oleh tradisi dan konvensi. Oleh karena itu lebih tepat apabila dipergunakan istilah documentary constitution terhadap konstitusi yang tertulis, sedangkan untuk konstitusi tak tertulis adalah nondocumentary constitution.

Negara yang dewasa ini konstitusinya dianggap tak tertulis ialah Inggris. Konstitusinya disebut tak tertulis karena tidak merupakan satu naskah, tetapi



bila diselidiki sungguh-sungguh, ternyata sebahagian besar konstitusi Inggris itu terdiri dari bahan tertulis berupa dokumen-dokumen.

Di Inggris tidak ada perbedaan antara Undang-undang ketanegaraan (-UUD) dan undang-undang biasa, karena parlemen sebagai badan tertinggi berhak mengadakan perubahan konstitusional dengan undang-undang biasa.

Berlainan halnya dengan keadaan di negara-negara lain, dimana biasanya ada suatu badan yang lebih tinggi dari Dewan Perwakilan Rakyat yang berhak untuk mengubah undang-undang dasar.

Ketentuan-ketentuan ketatanegaraan Inggris yang merupakan konstitusi, diantaranya terdapat dalam:

a. Beberapa undang-undang:

- 1) Magna Charta 1215 (yang ditanda tangani oleh Raja John atas desakan golongan bangsawan). Walaupun naskah ini bersifat feodal, tetapi dianggap penting oleh karena untuk pertama kali raja mengakui beberapa hak dari bangsawan bawahannya,
- 2) Bill of Rights 1689 dan Act of Settlement 1701. Kedua undang-undang ini merupakan hasil kemenangan parlemen melawan raja-raja keluarga Stuart, karena memindahkan kedaulatan dari tangan raja ketangan parlemen. Parlemen menghentikan Raja James II dari jabatannya dan mempersembahkan mahkota kepada Putri Mary dan suaminya Pangeran William dari Orange (Holland) dalam apa yang dinamakan "Glorious revolution 1688".
- 3) Parliament Act 1911 dan 1949. Kedua undang-undang ini membatasi kekuasaan Majelis Tinggi (House of Lords) dan menetapkan supremacy Majelis Rendah (House of Commons). Misalnya House of Lords dalam beberapa keadaan tertentu dilarang menolak rancangan undang-undang yang telah diterima oleh House of Commons.

b. Beberapa keputusan hakim, terutama yang merupakan tafsiran mengenai undang-undang parlemen.



- c. Konvensi-konvensi (aturan-aturan berdasarkan tradisi) antara lain yang mengatur hubungan antara kabinet dan parlemen. Konvensi atau yang disebut juga dengan *rules of political behaviour*, ada yang sudah beberapa puluh tahun, bahkan ratusan tahun menjadi tradisi dan mendarah daging bagi orang-orang Inggris, diantaranya:
- 1) prinsip tanggung jawab politik yang merupakan tulang punggung sistem pemerintahan Inggris, yaitu apabila kabinet tidak lagi mendapat kepercayaan mayoritas, anggota majelis rendah harus mundur,
 - 2) bila kabinet mengundurkan diri maka Raja pertamama memberi kesempatan kepada pemimpin oposisi untuk membentuk kabinet baru:
 - 3) dan lain-lain.

Mengenai sifat fleksibel atau rigid dari sesuatu undang-undang dasar menurut Strong ialah terletak pada apakah prosedur untuk mengubah undang-undang dasar sama dengan prosedur membuat undang-undang. Satu undang-undang dasar yang dapat diubah dengan prosedur yang sama dengan prosedur membuat undang-undang disebut fleksibel, seperti di Inggris. Sedangkan undang-undang dasar yang hanya dapat diubah dengan prosedur yang berbeda dengan prosedur membuat undang-undang, oleh Strong disebut rigid, seperti di Amerika Serikat, Kanada, dan sebagainya.

Jadi, kriteria tentang apakah konstitusi suatu negara sifatnya rigid atau fleksibel, adalah tergantung pada prosedur *van grondwet herziening*, pada cara mengubah konstitusi, Apabila konstitusi tertulis dapat diubah begitu saja oleh pembuat undang-undang yang biasa (*gewoon wetgever*) meskipun tertulis dapatlah dikatakan sifatnya fleksibel Tetapi oleh karena biasanya perubahan itu sukar sekali, yakni harus dengan prosedur-prosedur istimewa dan tidak boleh dilakukan oleh pembentuk undang-undang biasa, maka selayaknya konstitusi tertulis disebut rigid.



Gagasan mengenai undang-undang dasar yang fleksibel di Inggris berdasarkan konsep parliamentary supremacy. Parlemen adalah satu-satunya lembaga yang boleh mengubah atau membatalkan undang-undang yang pernah dibuat oleh badan itu. Mahkamah Agung tidak mempunyai wewenang untuk menyatakan sesuatu undang-undang bertentangan dengan undang-undang dasar. Malahan parlemen dapat menyatakan bahwa suatu tafsiran seorang hakim adalah salah dan menggantinya dengan tafsiran parlemen sendiri.

Soal fleksibel atau rigid, adalah penting karena kalau konstitusi terlalu kaku maka hal tersebut dapat mengakibatkan timbulnya tindakan-tindakan yang melanggar konstitusi, sedangkan kalau terlalu fleksibel maka konstitusi menjadi kurang wibawa.

Berkenaan dengan cara perubahan konstitusi, Strong mengemukakan empat cara perubahan (the four methods of modern constitutional amendments), yaitu:

- a. By the ordinary legislature, but under certain restriction. Cara ini dilaksanakan dalam tiga macam jalan:
 - 1) bahwa untuk melakukan perubahan terhadap suatu konstitusi, the ordinary legislature dalam sidang-sidangnya harus dihadiri oleh paling sedikit fixed Gguorum of members. Kemudian keputusan-keputusan tentang perubahan diatas adalah sah apabila usul-usul perubahan itu disetujui oleh suara terbanyak yang ditentukan. Macam seperti itu dapat kita lihat dalam pasal 37 Undang-Undang dasar 1945.
 - 2) bahwa sebelum perubahan dilakukan, the ordinary legislature dibubarkan, kemudian diadakan pemilihan umum yang baru. Lembaga perwakilan rakyat baru inilah yang kemudian akan bertindak sebagai konstituante untuk mengubah konstitusi. Macam ini dianut antara lain oleh Belgia, Norwegia, dan Swedia.
 - 3) bahwa untuk mengubah konstitusi, dua lembaga perwakilan rakyat yang ada (dalam bicameral system) harus melakukan sidang



gabungan sebagai suatu badan. Keputusan sidang gabungan mengenai perubahan konstitusi adalah sah apabila disetujui oleh suara terbanyak (suara terbanyak mutlak atau suara terbanyak ditentukan) dari anggota-anggotanya.

- b. By the people through a referendum. Cara ini terjadi apabila perubahan konstitusi memerlukan adanya pendapat langsung dari rakyat. Pendapat rakyat ini dapat diminta melalui referendum, peblisit atau popular vote. Antara lain dianut oleh Prancis, ketika de Gaulle diberi wewenang khusus, dipergunakannya untuk melakukan perubahan-perubahan terhadap Konstitusi Prancis. Setelah rancangan perubahan selesai disusun, kemudian disampaikan kepada rakyat dalam suatu referendum.
- c. By a majority of all units of a federal state. Cara ini hanya berlaku dalam negara federal saja. Karena pembentukan negara federal itu dilakukan oleh negara-negara yang membentuknya, dan konstitusinya merupakan semacam treaty antara negara-negara tadi, maka perubahan konstitusi memerlukan adanya persetujuan negara, negara anggota. Keputusan tentang perubahan itu dapat dilakukan oleh rakyat masing-masing negara bagian atau dapat juga dilakukan oleh lembaga perwakilan rakyat masing-masing negara bagian. Di Swiss dan Australia, perubahan itu memerlukan adanya persetujuan rakyat melalui suatu referendum. Di Amerika Serikat perubahan konstitusinya memerlukan adanya persetujuan lembaga perwakilan rakyat masing-masing negara bagian atau special convention.
- d. By a special convention. Cara ini terjadi apabila untuk mengubah suatu konstitusi mengharuskan dibentuknya suatu badan khusus. Yang diberi wewenang untuk mengubah konstitusi itu adalah badan yang khusus diadakan itu. Cara ini pernah kita alami dimasa UUDS 1950, dimana untuk mengubah bagian-bagian undang-undang dasarnya harus dibentuk sebuah badan yang dinamakan Majelis Perubahan Undang-Undang Dasar. Majelis ini bukanlah sidang gabungan dari badan yang sudah ada, melainkan suatu yang sama sekali baru. Wewenang badan baru tersebut



hanyalah mengubah undang-undang dasar. Oleh karena itu, pembentukan badan diatas dilakukan, apabila ada keinginan untuk melakukan perubahan undang-undang dasar. Setelah badan diatas selesai tugasnya, dia tidak mempunyai peranan lagi dalam kehidupan ketatanegaraan.

Selanjutnya, ditinjau dari segi hakikat kekuasaan legis latif, maka biasanya dilakukan klasifikasi dalam negar4 yang menganut sistem satu kamar dan negara yang menganut sistem dua kamar.

Menurut Strong, klasifikasi demikian tidak nil, karcna dengan mcmpcrgunakan klasifikasi terscbut maka kita akan mcnyamakan ncgara yang tidak melakukan pemilihan anggota badan perwakilan rakyatnya menjadi satu kclompok dengan ncgara-ncgara yang memilih anggota badan perwakilan rakyatnya dalam suatu pemilihan umum. Olch karena itu, Strong mendasarkan pembagiannya pada cara bagaimana badan perwakilan rakyat masing-masing negara itu dibentuk.

Dalam hubungan ini, Strong mengemukakan dua sudut peninjauan:

a. Hakikat sistem pemilihan anggota-anggota Lower House. Hal ini harus ditinjau pula dari dua sudut pandangan:

1) the kind of franchise (hak memilih), apakah dilakukan secara umum (adult suffrage) ataukah dilakukan tidak secara umum (manhood suffrage).

Yang dimaksudkan dengan adult suffrage adalah bahwa hak untuk melakukan baik hak pilih pasif maupun hak pilih aktif diberikan kepada semua orang yang mencapai usia tertentu. Dengan manhood suffrage dimaksudkan, bahwa hak pilih pasif akan aktif hanya diberikan kepada semua orang laki-laki yang telah mencapai usia tertentu. Sekarang ini pada umumnya setiap negara telah memberikan kedua hak pilih tersebut kepada semua warganegara. Tetapi dalam sejarah ketatanegaraan, ada negara dimana dalam membentuk Lower House hanya dibatasi pada orang laki-laki saja, umpamanya Jepang sebelum perang dunia kedua.



- 2) the kind of constituency, yakni sistem pemilihan itu sendiri, yang terdiri dari dua cara pelaksanaannya:
- 3) sistem perwakilan distrik/the simple majority with single ballot system/single member constituencies,
- 4) Sistem perwakilan proporsional/the simple majority with second ballot system and proportional representation/multi member constituencies.

Sistem perwakilan distrik, apabila dilaksanakan terus menerus akan mengakibatkan berlakunya sistem dua partai dalam negara, sedangkan apabila dilaksanakan sistem perwakilan proporsional, akan mengakibatkan berlakunya sistem banyak partai dalam negara.

Suatu negara yang menganut sistem pemerintahan parlementer yang diikuti dengan sistem dua partai akan mengakibatkan kestabilan pemerintahan serta kehidupan politik, sedangkan apabila diikuti dengan sistem banyak partai akan mengakibatkan keadaan yang sebaliknya. Dan jelaslah bahwa meskipun dua atau beberapa negara menganut sistem pemerintahan parlementer, dilihat dari sistem kepartaiannya akan mempunyai perbedaan-perbedaan. Misalnya Inggris dan Prancis.

b. Hakikat dari The Second Chamber atau Upper House.

Yang menjadi titik tolak peninjauan Strong ialah apakah anggota majelis tinggi ini elected ataukah non elected. Disamping itu perlu pula ditinjau bagaimana kedudukan majelis tinggi itu terhadap pemerintahan.

Negara-negara dimana anggota majelis tingginya dipilih secara demokratis antara lain adalah Amerika Serikat, Australia, Irlandia, Prancis, Swiss, dan lainlain. Sedangkan negara-negara dimana anggota majelis tingginya tidak dipilih antara lain adalah Inggris dan Kanada.

Dengan mengelompokkan keanggotaan majelis tinggi atas dasar yang dipilih dan tidak dipilih ini, kita dapat mengetahui sampai berapa jauhkah kekuasaan lembaga tersebut.



Dalam hal dipilih, maka kekuasaan majelis tadi adalah besar, sedangkan apabila tidak dipilih maka kekuasaannya kecil. Malahan di Inggris, House of Lords dapat dikatakan tidak mempunyai kekuasaan yang berarti terutama dibidang perundang-undangan. Antara majelis tinggi di Inggris dan Amerika Serikat, walaupun kedua negara tersebut semula mempunyai hubungan yang sangat erat, namun dalam proses pembentukan lembaganya ternyata terdapat perbedaan seperti nampak dalam uraian berikut ini.

Menurut Strong, House of Lord pada mulanya merupakan suatu badan yang terdiri dari Cmf Barons dan High Church Digritariees, yang bertemu dengan the Norman Kings dalam suatu dewan, tiga kali setahun. Edward I kemudian menempatkan dalam lembaga itu duabangsawan (knights) dari tiap-tiap bagian wilayahnya yang disebut shire dan wakil-wakil yang dipilih dari kota-kota (cities), towns dan boroughs. Kemudian dibawah Edward III, secara definitif para anggotanya bertemu dalam dua badan yang terpisah, yaitu para bangsawan (the Lords) dan pejabat tinggi agama (the higher clergy) membentuk The House of Lords: sedangkan wakil-wakil pedesaan (rural) dan kota (urban) membentuk The House of Commons. Dalam proses selanjutnya seperti yang kita lihat sekarang. House of Lords adalah sebuah lembaga dimana di dalamnya duduk para bangsawan dengan pengangkatan oleh raja. House of Commons dalam pada itu sesuai dengan perkembangan demokrasi merupakan tempat para wakil rakyat, yang duduk didalamnya melalui pemilihan umum.

Majelis tinggi Amerika Serikat disebut Senate. Pembentukan lembaga Senate ini tidak terlepas dari pembentukan negara Amerika Serikat itu sendiri. Negara Amerika Serikat dibentuk oleh negara-negara yang telah memisahkan diri dari kerajaan Inggris, para wakil negara-negara yang berkumpul di Philadelphia tersebut kemudian membentuk suatu negara, akan tetapi tidak menghendaki penyatuan negara-negara yang sudah ada, Dengan demikian mereka bersepakat membentuk negara federal.



Pada waktu membicarakan konstitusi, timbul persoalan tentang cara untuk menjamin kedudukan masing masing negara yang disebut negara bagian. Akhirnya mereka menemukan suatu modus, yaitu antara lain dengan menyetujui pembentukan majelis tinggi yang dinamakan Senate. Sesuai dengan bunyi article 1 section 3 konstitusi Amerika Serikat, yang kemudian diubah dengan amandemen ke-17, tiap-tiap negara bagian mempunyai dua orang wakil dalam Senate, yang dipilih oleh rakyat masing-masing negara bagian untuk masa jabatan enam tahun. Oleh karena itu, berbeda dengan House of Lord di Inggris, maka Senate Amerika Serikat mempunyai kekuasaan yang riil, yang terlihat diantaranya:

- 1) Senate dapat menolak dan dengan demikian mencegah pengangkatan pegawai-pegawai yang dipilih oleh presiden untuk mengisi jabatan-jabatan yang penting.
- 2) Senate harus memberikan persetujuan terlebih dahulu (dengan suara setuju dua pertiga dari anggota yang hadir) terhadap setiap perjanjian yang diadakan oleh pemerintah Amerika Serikat, sebelum perjanjian itu berlaku.
- 3) Senate mempunyai hak untuk menyelidiki segala dakwaan yang ditujukan kepada Senate oleh House of Representative.

Selanjutnya, ditinjau dari segi hakikat kekuasaan eksekutif, Strong membaginya atas dua sudut pandangan, yaitu:

- a. Pertanggungjawaban badan eksekutif kepada badan legislatif/ parlemen, dimana badan legislatif ini dapat menjatuhkan pihak eksekutif dengan cara memberikan mosi tidak percaya.
- b. Pertanggungjawaban badan eksekutif sepenuhnya pada presiden yang dipilih secara periodik.

Berdasarkan hal tersebut, Strong mengelompokkan negara-negara dalam:

- a. Yang menganut sistem pemerintahan parlementer (the parliamentary executive system) atau disebut juga dengan Cabinet Government.



- b. Yang menganut sistem pemerintahan presidential (the non parliamentary executive system atau the fixed executive system) atau disebut juga dengan Presidential Government.

Yang dimaksud dengan sistem pemerintahan par-lementer adalah suatu pemerintahan dimana pemerintah/ kabinet harus bertanggung jawab kepada badan legislatif/ parlemen, sedangkan yang dimaksud dengan sistem pemerintahan presidential adalah suatu sistem pemerintahan dimana pemerintah tidak bertanggung jawab kepada badan legislatif/parlemen.

Pada cabinet government seperti yang berlaku di Inggris, pemerintah atau kabinet pada umumnya di bentuk setelah pemilihan umum selesai dilaksanakan, Partai politik yang menguasai suara terbanyak dalam badan legislatif, oleh kepala negara kemudian disertai tugas membentuk kabinet. Pimpinan "partai politik dimaksud yang pada umumnya bertindak sebagai kabinets formateur seringkali otomatis menjadi perdana menteri.

Oleh karena pembentukan kabinet didasarkan atas pertimbangan kekuatan dalam parlemen, maka harus pula diikuti dengan pertanggung jawaban badan eksekutif/ kabinet yang bersangkutan kepada badan legislatif/ parlemen.

Berbeda dengan negara yang menganut sistem dua partai, maka pembentukan suatu kabinet adalah sukar apabila negara yang bersangkutan menganut sistem banyak partai. Karena kepala negara harus mengadakan pembicaraan terlebih dahulu dengan partai-partai yang mempunyai wakilnya dalam badan legislatif, sebelum menunjuk pembentuk kabinet. Pembentukan kabinet pun akan memakan waktu. Karena partai politik dari pembentuk kabinet harus menentukan sikapnya yakni dengan partai politik yang manakah ia akan bekerja sama. Kesukaran masih akan berlangsung walaupun kabinet telah terbentuk. Karena antara para menteri yang berbeda partai itu, didalam melaksanakan tugasnya niscaya akan lebih memperhatikan kehendak yang menjadi kebijaksanaan partai yang diwakilinya daripada menjamin kekompakan dalam kerja sama. Hal yang demikian pulalah yang menyebabkan



bahwa cabinet government yang menganut sistem banyak partai seringkali pemerintahannya tidak stabil.

Didalam Presidential Government, seperti halnya di Amerika Serikat, presiden dipilih oleh suatu badan pemilihan yang disebut "electoral college". Dengan demikian presiden tidak dapat dijatuhkan oleh badan legislatif atau kongres selama masa jabatannya yang telah ditentukan dalam konstitusi.

Presiden kemudian mengangkat pembantu-pembantunya yang disebut menteri. Presiden dan para menteri inilah yang disebut eksekutif. Dan karena para menteri adalah pembantu presiden, maka para menteri bukanlah subjek dari kongres.

Dengan demikian pada Presidential Government, pemerintahannya selalu stabil karena tidak dapat dijatuhkan oleh badan legislatif.

Sesungguhnya, disamping kedua sistem pemerintahan diatas masih dijumpai suatu sistem pemerintahan yang lain, yang tidak dapat digolongkan ke dalam salah satu sistem tersebut karena halnya justru memenuhi kedua sistem yang dimaksud. Umpamanya dapat kita lihat dalam sistem pemerintahan di Indonesia yang berdasarkan Undang-Undang dasar 1945.

Sistem pemerintahan negara Indonesia benar-benar mempunyai ciri seperti yang terdapat di Inggris maupun di Amerika Serikat. Badan eksekutifnya terdiri dari seorang presiden, yang memegang jabatannya untuk waktu tertentu (fixed). Para menteri adalah merupakan pembantu-pembantu presiden seperti halnya di Amerika Serikat, serta tidak pula merupakan subjek terhadap kehendak DPR maupun MPR. Bedanya dengan Amerika Serikat, bahwa presiden Indonesia tidak dipilih oleh suatu badan pemilih, melainkan dipilih oleh badan legislatif tertinggi dalam negara yang disebut MPR. Menurut penjelasan Undang-Undang Dasar 1945, presiden adalah mandataris MPR dan oleh karenanya

Tunduk dan bertanggung jawab kepada MPR. Dengan demikian dapatlah ditarik kesimpulan bahwa sistem pemerintahan yang berlaku di Indonesia



sekarang benar benar mempunyai ciri baik parlementer maupun presidential. Atau dengan kata lain bahwa sistem pemerintahan Indonesia adalah sistem campuran dari kedua macam sistem seperti yang dikemukakan oleh Strong.

Akhimya, ditinjau dari segi hakikat kekuasaan peradilan, Strong menyusun pola klasifikasinya atas dasar the connection Of judiciary with the executive, yakni hubungan antara kekuasaan peradilan dengan kekuasaan pemerintahan, yang menghasilkan pengelompokan negara menjadi:

- a. Prerogative states, in which the executive is protected by a special system of administrative law.
- b. Common law states, in which the executive being subject to the operation of the rule of law.

Di negara-negara Eropa Kontinental dijumpai suatu sistem hukum yang berusaha melindungi pejabat-pejabat negara dalam menjalankan tugasnya. Jadi terdapat special system of law to protect the servants of the state. Menurut sistem yang disebutkan administrative system itu, Si pejabat negara serta alat-alatnya mempunyai kedudukan yang lebih tinggi dari warga negara biasa. dengan perkataan lain, si pejabat mendapatkan prerogatif (hak istimewa) dihadapan hukum. Sehingga di dalam negara yang menganut sistem ini terdapat dua hukum dan dua macam peradilan. Maksudnya bahwa dalam hal terjadi perselisihan antara pejabat dan warga negara maka hukum yang berlaku adalah administrative law atau administratief recht dan penyelesaiannya adalah dihadapan administrative rechtsspraak (peradilan administrasi), di pihak lain dalam hal terjadi perselisihan diantara warga negara maka hukum yang berlaku adalah common law dan penyelesaiannya adalah di hadapan peradilan umum.

Berbeda halnya dalam sistem yang dianut Inggris ataupun Amerika Serikat, dimana para pejabat pemerintahan mempunyai kedudukan hukum yang sama dengan warga negaranya (equality before the law).



9. Konstitusi menurut paham Hawgood

Hawgood dalam bukunya "Modern Constitution since 1787", mengupas dua macam bangunan negara (staatsinstellingen), yakni bentuk negara dan bentuk pemerintahan.

Karena kedua hal tersebut pada hakikatnya tercantum dalam setiap konstitusi, maka dalam memperbandingkan bentuk-bentuk negara, Hawgood memperkenalkan beberapa macam bentuk negara ideal. Tetapi kebanyakan telah merupakan bangunan-bangunan historis, yang sekarang sudah tidak mempunyai arti lagi. Oleh karenanya hanya diambil tiga macam saja, yaitu:

- a. Spontaneous state (Spontane staat). Konstitusi disebut revolutionary constitution.

Spontaneous state adalah negara yang timbul sebagai akibat revolusi. Dengan demikian konstitusinya pun bersifat revolusioner. Dan oleh karenanya, konstitusinya disebut revolutionary constitution.

- b. Negotiated state (Parlementaire staat). Konstitusinya disebut parliamentary constitution.

Negotiated state adalah negara yang bersandarkan pada kebenaran' relatif, Umpamanya political philosophy adalah diantara kebenaran relatif, dan untuk menentukan/menemukan kebenaran pada hakikatnya adalah melalui forum diskusi dan nego. siasi. Dengan negosiasi berarti ada take and give (tetapi kemudian keadannya seperti orang berdagang sapi - koe handel, masing. masing pihak lalu ingin memperoleh keuntungan sebanyak mungkin, dan bukan lagi mencari kebenaran). Parlemen adalah merupakan tempat dimana diskusi dan negosiasi tersebut dilaksanakan. Sehingga adanya parlemen yang tercermin dalam konstitusi negara yang bersangkutan merupakan ciri dari negotiated state. Oleh karena itu, konstitusinya disebut parliamentary constitution.

- c. Derivative state (afgeleide staat). Konstitusinya disebut neo national constitution.



Derivative state adalah negara yang mengambil pengalaman dari negara-negara yang sudah ada. menurut Hawgood, derivative state ini hanya meniru, tidak ada buah pikiran yang asli (oorspronkelijke gedacht). Bentuk negaranya menurun (afleiden) dari negara-negara Barat. Keadaan yang demikian disebut neo national. Maksudnya adalah nasionalisme yang berdasarkan pada kolonialisme. Yakni nasionalisme yang timbul karena penjajahan sebagai akibat dari akulturasi proses. Sehingga konstitusinya disebut neo national constitution.

Karena cara yang dipergunakan Hawgood ialah memperbandingkan bentuk negara, bentuk pemerintahan maupun konstitusi dan berbagai negara, maka metodenya disebut comparative history.





BAB 22

TEORI LEMBAGA PERWAKILAN

Lembaga perwakilan adalah cara yang sangat praktis untuk memungkinkan anggota masyarakat menerapkan pengaruhnya terhadap orang-orang yang menjalankan tugas kenegaraan.

Teori Lembaga perwakilan muncul karena asas demokrasi langsung menurut Rousseau tidak mungkin lagi dapat dijalankan, disebabkan bertambahnya penduduk, luasnya wilayah negara dan bertambah rumitnya urusan kenegaraan.

Adanya penyerahan kekuasaan rakyat pada Caesar yang secara mutlak (*translatio empirii*) yang diletakkan dalam *Lex Regia* menurut orang Romawi dapat dianggap Caesar itu sebagai suatu perwakilan. Pada abad menengah mulai nyata timbul lembaga perwakilan yaitu pada saat Sistem *monarchie feodal* yang memungkinkan para feodal menguasai tanah dan orang di atas tanah tersebut.

Feodal itu bergelar Lord. Bila Raja memerlukan segala sesuatu dengan rakyat yang dikuasai oleh Lord maka Raja cukup memanggil para Lord itu, sehingga Lord merupakan wakil Rakyatnya. Raja kemudian membentuk Badan yang anggotanya terdiri dari para Lord-Lord dan pendeta yang berfungsi sebagai penasihat Raja. Badan inilah yang kemudian disebut *Curiarctis* yang kemudian menjadi *House of Lords*. Kekuasaan *House of Lords* akhirnya makin besar terhadap raja, mengakibatkan terjadi sengketa, yang menang *House of Lords*. Akan tetapi yang menjadi korban tetap rakyat dan golongan menengah, maka rakyat menyarankan, bahwa wakil rakyat golongan menengah harus dimintai pendapat jika *House of Lords* merundingkan anggaran belanja negara.



Sebab mereka yang memikul beban itu, maka golongan rakyat juga menengah muncul pula sebagai wakil yang disebut *magnum consilium*, akhirnya menjadi apa yang dikenal *House of Commons*, *House of Lords* dan *House Commons* ini disebut *Parliament* yang dianggap sebagai lembaga perwakilan pertama dari pengertian modern. Georg Jellinek mengatakan timbulnya konstruksi Lembaga perwakilan dikarenakan adanya 3 hal yaitu:

1. Sebagai pengaruh hukum perdata Romawi di abad menengah
2. Adanya sistem feodal diabad menengah.
3. Situasi abad menengah itu sendiri.

Dalam teorinya ada beberapa macam dari lembaga perwakilan.

1. Teori Mandat

Si wakil dianggap duduk di Lembaga Perwakilan karena mendapat mandat dari rakyat sehingga disebut *mandataris*. Ajaran ini muncul di Prancis sebelum revolusi dan dipelopori oleh Rousseau dan diperkuat oleh Petion. Sesuai dengan perkembangan zaman, maka teori mandat inipun menyesuaikan diri dengan kebutuhan zaman. Pertama kali lahir teori mandat ini disebut sebagai:

a. Mandat Imperatif

Menurut ajaran ini si wakil bertugas dan bertindak di Lembaga Perwakilan sesuai dengan instruksi yang diberikan oleh yang diwakilinya. Si wakil tidak boleh bertindak diluar instruksi tersebut dan apabila ada hal-hal baru yang tidak terdapat dalam instruksi tersebut, maka si wakil harus mendapat instruksi baru yang diwakilinya baru dapat melaksanakannya. Kalau setiap kali ada masalah baru harus minta mandat baru, ini berarti menghambat tugas Lembaga Perwakilan tersebut maka lahirlah teori mandat baru yang disebut.

b. Mandat Bebas

Ajaran ini dipelopori antara lain oleh Abbe Sieyes di Prancis dan Black Stone di Inggris. Ajaran ini berpendapat bahwa si wakil dapat bertindak tanpa tergantung dari instruksi yang diwaklinya. Menurut ajaran ini si wakil adalah orang-orang yang terpercaya dan terpilih serta memiliki



kesadaran hukum masyarakat yang diwakilinya, sehingga si wakil dapat bertindak atas nama mereka yang diwakilinya atau atas nama rakyat. Teori ini kemudian berkembang lagi menjadi

c. Mandat Representative

Ajaran ini dipelopori antara lain oleh Abbe Sieyes di Prancis dan Black Stone di Inggris. Ajaran ini berpendapat bahwa si wakil dapat bertindak tanpa tergantung dari instruksi yang diwakilinya. Menurut ajaran ini si wakil adalah orang-orang yang terpercaya dan terpilih serta memiliki kesadaran hukum masyarakat yang diwakilinya, sehingga si wakil dapat bertindak atas nama mereka yang diwakilinya atau atas nama rakyat.

2. Teori Organ

Kurang puas dengan teori mandat yang semula berkembang di Prancis, maka para Sarjana mulai mencari teori baru yang membahas hubungan antara si wakil dengan yang diwakilinya. Maka muncul pula teori baru Von Gierke yang terkenal sebagai teori organ. Von Gierke adalah orang Jerman, menurut teori ini negara merupakan suatu Organisme yang mempunyai alat-alat perlengkapannya seperti Eksekutif, Parlemen dan mempunyai rakyat yang kesemuanya mempunyai fungsi sendiri-sendiri dan saling tergantung satu sama lain. Maka sesudah rakyat memilih Lembaga Perwakilan mereka tidak perlu lagi mencampuri Lembaga tersebut dan Lembaga ini bebas berfungsi sesuai dengan wewenang yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar. Teori ini didukung oleh Paul Laband dan Georg Jellinek. Laband menyatakan tidak perlu terlalu mempersoalkan hubungan antara si wakil dan yang diwakili dari segi hukum, Rakyat dan Parlemen adalah organ yang bersumber pada Undang-undang Dasar dan masing-masing mempunyai fungsi sendiri-sendiri, jadi tidak perlu melihat hubungan antara organ perwakilan dan Organ rakyat. Rakyat mempunyai hubungan yuridis dengan parlemen, yaitu memilih dan membentuk organ Parlemen (Perwakilan) dan setelah organ tersebut terbentuk maka rakyat tidak perlu turut campur lagi dan organ tersebut bebas bertindak sesuai fungsinya. Jellinek mengemukakan bahwa rakyat adalah



organ yang primer, akan tetapi organ primer ini tidak dapat menyatakan kehendaknya maka harus melalui organ sekunder yaitu Parlemen, jadi tidak perlu mempersoalkan hubungan antara si wakil dengan yang diwakili dari segi hukum.

3. Teori Sosiologi dari Rieker

Rieker menganggap bahwa Lembaga Perwakilan bukan merupakan bangunan politis tetapi merupakan bangunan masyarakat (sosial). Si pemilih akan memilih wakil-wakilnya yang benar-benar ahli dalam bidang kenegaraan dan yang akan benar-benar membela kepentingan si pemilih sehingga terbentuk Lembaga Perwakilan dari kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat. Dan dalam Lembaga Perwakilan ini tercermin lapisan-lapisan masyarakat.

4. Teori Hukum Obyektif dari Leon Duguit

Menurut teori ini dasar daripada hubungan antara rakyat dan Parlemen adalah Solidaritas. Wakil rakyat dapat melaksanakan tugas kenegaraannya hanya atas nama rakyat sedangkan rakyat tak akan dapat melaksanakan tugas-tugas kenegaraannya tanpa mendukung Wakilnya dalam menentukan wewenang pemerintah jadi ada pembagian kerja, rakyat pasti akan memilih wakilnya dan Parlemen pasti akan menjalankan tugasnya.

Keinginan untuk berkelompok yang disebut solidaritas merupakan dasar daripada hukum obyektif yang timbul. Hukum obyektif inilah yang membentuk Lembaga Perwakilan itu menjadi satu bangunan hukum dan bukan hak-hak yang diberikan kepada mandataris yang membentuk Lembaga Perwakilan tersebut.

Akibatnya:

- a. Rakyat (kelompok) sebagai yang diwakili harus ikut serta dalam pembentukan badan perwakilan dan cara yang terbaik adalah melalui pemilihan umum yang menjamin terlaksananya "solidaritas sosial", untuk memungkinkan sebanyak mungkin orang dalam kelompok tersebut turut menentukan.



- b. Kedudukan hukum daripada pemilih dan yang dipilih adalah semata-mata berdasarkan hukum obyektif, jadi tak ada persoalan hak-hak dari masing-masing kelompok tersebut. Masing-masing harus menjalankan kewajibannya sesuai dengan hasrat mereka untuk berkelompok dalam negara atas dasar solidaritas sosial.
- c. Dalam melaksanakan tugasnya si wakil harus menyesuaikan tindakannya dengan kehendak pemilihnya bukan karena ada hukum obyektif yang didasarkan pada solidaritas sosial yang mengikatnya. Jadi walaupun tidak ada sangsinya, tidak mungkin alat-alat perlengkapan tertinggi tidak akan melaksanakan tugasnya.

5. Teori Gilbert Abcarian

Menurut Gilbert Abcarian ada 4 (empat) tipe mengenai hubungan antara si wakil dengan yang diwakilinya yaitu:

- a. Si wakil bertindak sebagai “wali” (trustee)
Disini si wakil bebas bertindak atau mengambil keputusan menurut pertimbangannya sendiri tanpa perlu berkonsultasi dengan yang diwakilinya.
- b. Si wakil bertindak sebagai “utusan” (delegate)
Disini si wakil bertindak sebagai utusan atau duta dari yang diwakilinya, si wakil selalu mengikuti instruksi dan petunjuk dari yang diwakilinya dalam melaksanakan tugasnya.
- c. Si wakil bertindak sebagai “politico”
Disini si wakil kadang-kadang bertindak sebagai wali (trustee) dan ada kalanya bertindak sebagai utusan (delegate). Tindakannya tergantung dari assue (materi) yang dibahas.
- d. Si wakil bertindak sebagai “partisan”
Disini si wakil bertindak sesuai dengan keinginan atau program dari Partai (Organisasi) si wakil. Setelah si wakil dipilih oleh pemilihnya (yang diwakilinya) maka lepaslah hubungannya dengan pemiliknya tersebut,



dan mulailah hubungannya dengan partai (organisasi) yang mencalonkannya dalam pemilihan tersebut.

6. Teori Prof. DR. A. Hoogerwerf¹⁴⁷

Menurut sarjana ini, hubungan antara si wakil dengan yang diwakilinya ada 5 model yaitu:

a. Model delegate (utusan)

Disini si wakil bertindak sebagai yang diperintah seorang kuasa usaha yang harus menjalankan perintah dari yang diwakilinya.

b. Model trustee (wali)

Disini si wakil bertindak sebagai orang yang diberi kuasa, yang memperoleh kuasa penuh dari yang diwakilinya, jadi ia dapat bertindak berdasarkan pendirian sendiri.

c. Model Politicas

Disini si wakil kadang-kadang bertindak sebagai delegasi dan kadang-kadang bertindak sebagai kuasa penuh

d. Model Kesatuan

Disini anggota Parlemen dilihat sebagai wakil seluruh rakyat.

e. Model diversifikasi (penggolongan)

Anggota Parlemen dilihat sebagai wakil dari kelompok teritorial, sosial atau politik tertentu.

7. Sifat Perwakilan

Apabila seseorang duduk dalam Lembaga Perwakilan melalui pemilihan umum maka sifat perwakilannya disebut perwakilan politik (political representation). Apapun fungsinya dalam masyarakat, kalau yang bersangkutan akhirnya menjadi anggota Lembaga Perwakilan melalui pemilihan umum tetap disebut perwakilan politik. Umumnya perwakilar: semacam ini mempunyai kelemahan karena yang terpilih biasanya adalah orang yang populer karena reputasi politiknya, tetapi belum tentu menguasai bidang-bidang teknik pemerintahan, perekonomian dan sebagainya. Sedang

¹⁴⁷ Bintang Saragih, *Op Cit*, 1985. hal. 189



para ahli sukar terpilih melalui perwakilan politik ini, apalagi dengan sistem pemilihan distrik. Di Negara-negara maju kelemahan ini kurang terasa, karena tingkat-tingkat pengetahuan/pendidikan sudah begitu maju. Itulah sebabnya perwakilan politik merupakan pilihan dari Negara-negara maju, dan pemilihan umum tetap merupakan cara yang terbaik untuk menyusun keanggotaan Parlemen dan membentuk Pemerintah. Lain halnya pada beberapa negara sedang berkembang, menganggap bahwa perlu mengangkat orang-orang tertentu dalam Lembaga Perwakilan disamping melalui pemilihan umum. Pengangkatan orang-orang tersebut di Lembaga Perwakilan biasanya didasarkan pada fungsi/jabatan atau keahlian orang tersebut dalam masyarakat dan perwakilannya disebut perwakilan fungsional (functional or occupational representation). Walaupun seorang anggota Partai Politik misalnya dari Partai A, tetapi dia seorang ahli atau tokoh fungsional misalnya buruh, kalau ia duduk dalam Lembaga Perwakilan berdasarkan pengangkatan dia tetap disebut golongan fungsional dan perwakilannya disebut perwakilan fungsional. Tidak termasuk dalam kategori suatu Parlemen dari suatu Negara yang dibentuk berdasarkan seluruhnya pengangkatan karena hasil dari suatu perebutan kekuasaannya, atau Penguasa yang lama membubarkan Parlemen hasil pemilu dan membentuk Parlemen baru menurut penunjukannya, sering para ahli menyebutkan bahwa kadar demokrasi yang dianut oleh suatu negara banyak ditentukan oleh pembentukan Parlemennya apakah melalui pemilihan atau melalui pemilihan umum atau pengangkatan atau gabungan pemilihan atau pengangkatan makin dominan perwakilan berdasarkan hasil pemilu makin tinggi kadar demokrasinya dan sebaliknya makin dominan pengangkatan, makin rendah kadar demokrasi yang dianut oleh negara tersebut. Tapi tentang asas demokrasi itu, susah mencari dan menilai demokrasi yang sama pada negara di dunia ini.



8. Macam-macam Lembaga Perwakilan

Kebanyakan dari Parlemen-parlemen yang kita jumpai sekarang ini terdiri dari dua kamar (majlis). Penamaan dan pembentukannya tergantung dari bentuk serta bangunannya.

Kalau bentuk negara itu kerajaan maka umumnya majelis terdiri dari majlis Tinggi dan majlis Rendah. Keanggotaan Majelis Tinggi biasanya turun-temurun atau penunjukan dan majlis rendah keanggotaannya berdasarkan pemilihan umum. Contoh Inggris majelis tinggi disebut House of Lords dan majelis rendah disebut House of Commons.

Kalau bentuk negaranya dan bangunan negaranya Federal majlisnya terdiri dari senat dan DPR. Parlemen Amerika (kongres) terdiri dari Senat dan DPR yang pembentukan kedua majlis tersebut melalui pemilihan umum. Senat mewakili Negara-negara bagian dan DPR adalah perwakilan rakyat biasa tanpa melihat Negara-negara Bagianya, jadi mewakili rakyat seluruhnya.

Parlemen Uni Soviet disebut Soviet Tertinggi terdiri dari Soviet of the Union (DPR) dan Soviet of Nationalities. Contoh negara lain yang menganut Parlemen yang dua kamar adalah: Jepang, Australia, Kanada dan sebagainya. Disamping Parlemen yang terdiri dari dua kamar ada beberapa Negara (terbatas sekali) yang mempunyai Parlemen yang terdiri dari satu kamar saja yaitu: Parlemen Indonesia —yang disebut DPR dan Parlemen Denmark, New Zealand, Finlandia, Israel dan Spanyol.

9. Fungsi Lembaga Perwakilan

Lembaga Perwakilan yang disebut Parlemen umumnya mempunyai tiga fungsi yaitu:

- a. Fungsi Perundang-undangan
 - b. Fungsi Pengawasan
 - c. Sarana Pendidikan politik
- a. Fungsi perundang-undangan disini adalah membentuk:
- 1) Undang-undang biasa seperti UU Pemilu, UU Pajak dan sebagainya
 - 2) Undang-undang tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara



- 3) Ratifikasi terhadap perjanjian-perjanjian dengan Luar Negeri
- b. Fungsi pengawasan adalah fungsi yang dijalankan oleh Parlemen untuk mengawasi eksekutif agar berfungsi menurut undang-undang yang dibentuk oleh Parlemen. Untuk melaksanakan fungsi ini Parlemen diberi beberapa hal antara lain hak bertanya.
- 1) interpelasi (minta keterangan).
 - 2) angket (mengadakan penyelidikan)
 - 3) mosi
 - 4) amandemen (mengadakan perubahan)
- c. Fungsi atau peranan edukatif yaitu dalam Pendidikan Poli: tik. Melalui pembahasan-pembahasan kebijaksanaan Pemerintah di DPR, dan dimuat dan ditulis oleh media masa, rakyat mengikuti persoalan yang menyangkut” kepentingan umum dan menilai menurut kemampuan masing-masing dan secara tak langsung mereka di didik ke arah warga negara yang sadar akan hak dan kewajibannya.

10. Lembaga Perwakilan di Indonesia

Di Indonesia Lembaga Perwakilan ada 3 macam yaitu:

- a. Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR).
- b. Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) disebut juga Parlemen
- c. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) yang terdiri dari dua tingkat yaitu DPRD Tingkat I dan DPRD Tingkat II.

a. MPR

Kedudukan MPR adalah Lembaga Tertinggi dan pemegang kedaulatan rakyat, Susunan keanggotaan MPR adalah terdiri dari:

- 1) seluruh anggota DPR
- 2) utusan Daerah
- 3) golongan-golongan menurut undang-undang.

Fungsi MPR adalah:

- 1) menetapkan Undang-undang Dasar dan Garis-garis Besar Haluan Negara.



- 2) memilih Presiden dan Wakil Presiden

Wewenang MPR merubah Undang-undang Dasar

meminta pertanggung jawaban Presiden dalam sidang istimewa atas permintaan DPR apabila Presiden dianggap melanggar UUD dan GBHN.

b. DPR atau Parlemen

Seperti disebutkan dihalaman depan, bahwa DPR-RI tidak terdiri dari 2 kamar atau 2 majlis, tetapi hanya terdiri dari 1(satu) kamar.

Susunan Keanggotaan DPR dibentuk melalui:

- 1) pemilihan umum dan
- 2) pengangkatan (untuk golongan fungsional).

Fungsi DPR, adalah:

- 1) bersama Presiden/Pemerintah membentuk Undang-undang.
- 2) bersama Presiden/Pemerintah membentuk Undang-undang tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN) kedudukan DPR lebih kuat dari Pemerintah, sebab apabila DPR menolak RUU APBN yang diajukan Pemerintah maka Pemerintah melaksanakan APBN tahun sebelumnya.
- 3) mengawasi pemerintah, untuk melaksanakan tugas pengawasan ini DPR mempunyai hak-hak yaitu
- 4) hak bertanya
- 5) hak minta keterangan
- 6) hak angket (penyelidikan
- 7) hak usul pernyataan pendapat
- 8) hak amandemen/hak budget
- 9) hak memilih seseorang apabila diminta oleh peraturan perundang-undangan
- 10) hak usul inisiatif
- 11) sebagai forum komunikasi antara Pemerintah dengan masyarakat, baik melalui rapat-rapat kerja dengan Pemerintah, dengar pendapat dengan pejabat-pejabat Pemerintah maupun melalui dengar



pendapat umum atau masyarakat. Termasuk fungsi ini adalah fungsi pendidikan politik.

c. DPRD

DPRD di Indonesia ada 2 tingkat yaitu DPRD tingkat I yang wilayahnya sama dengan propinsi dan DPRD tingkat II yang wilayahnya sama dengan wilayah Kabupaten atau kotamadya Susunan keanggotaan DPRD, dibentuk melalui pemilihan umum (4/5 dari seluruh anggota) dan sisanya melalui pengangkatan untuk golongan fungsional.

Fungsi DPRD ialah:

- a) bersama Gubernur/KDH untuk Dati I, bersama Bupati KDH atau Walikota/KDH untuk Dati II menyusun dan menetapkan Anggaran Daerah.
- b) bersama Gubernur/KDH untuk tingkat I, bersama Bupati KDH atau Walikota Madya/KDH untuk Dati II menyusun dan menetapkan Peraturan Daerah.
- c) mengawasi jalannya pemerintahan di Daerah dan untuk itu diberi hak-hak:
 - d) anggaran
 - e) mengajukan pertanyaan
 - f) meminta keterangan
 - g) mengadakan perubahan
 - h) mengajukan pernyataan pendapat
 - i) prakarsa
 - j) penyelidikan
 - k) memperhatikan dan menampung aspirasi serta memajukan tingkat kehidupan rakyat dengan berpegang pada program pembangunan Nasional.
 - l) memilih calon untuk Gubernur/KDH tingkat 1: Bupati/ Walikota.
 - m) Masa jabatan MPR, DPR dan DPRD adalah 5 tahun. Cara pengambilan keputusan pada Lembaga-lembaga tersebut sesuai dengan demokrasi



Pancasila, diusahakan sejauh mungkin melalui musyawarah, dan apabila melalui cara ini tidak tercapai kesepakatan maka cara pengambilan keputusan ditempuh melalui voting (suara terbanyak).

11. Partai Politik

Lembaga Perwakilan, partai politik dan pemilihan umum seperti diuraikan di depan merupakan suatu rentetan kesatuan yang sulit dipisahkan. Biasanya aktivitas partai politik seperti memperjuangkan program-programnya, menyampaikan aspirasi yang diwakilinya diselenggarakan dalam Lembaga Perwakilan dan umumnya anggota Perwakilan Rakyat terdiri dari orang-orang partai politik. Dan mereka duduk di Lembaga tersebut adalah umumnya melalui pemilihan umum.

12. Pengertian Partai Politik

Banyak Sarjana yang memberikan pengertian terhadap partai politik. Mac. Iver memberikan perumusan partai politik sebagai perkumpulan yang diorganisasikan untuk mendukung suatu asas atau perumusan kebijaksanaan yang menurut saluran-saluran konstitusi dicoba menjadikannya sebagai dasar penentu bagi pemerintahan.

R.H. Salton merumuskan partai politik sebagai suatu golongan rakyat yang tersusun yang bertindak sebagai suatu kesatuan politik dan dengan penggunaan kekuasaan hak memberikan suara bertujuan untuk mengawasi pemerintah dan melaksanakan politik untuk mereka.

Sigmund Neumann merumuskan partai politik sebagai organisasi Organisasi artikulatif yang terdiri dari pelaku-pelaku politik yang aktif dalam masyarakat yaitu mereka yang memusatkan perhatiannya pada pengendalian pemerintah dan yang bersaing untuk memperoleh dukungan rakyat, dengan beberapa kelompok lain yang mempunyai pandangan yang berbeda.

Secara umum dapat dirumuskan bahwa partai politik adalah sekelompok anggota masyarakat yang terorganisir secara teratur ber. dasarkan ideologi/program dimana ada keinginan para pimpinannya untuk merebut kekuasaan negara terutama eksekutif melalui yang terbaik. Cara



konstitusional dan ada seleksi kepemimpinan secara teratur dan berkala. Jadi secara teori apapun namanya suatu organisasi politik/masyarakat apabila memenuhi kriteria tersebut dapat dikategorikan sebagai partai politik. Klasifikasi Partai Politik (Saragih, 1985, p. 196)

Dari beberapa pengamatan terhadap partai-partai yang ada, partai-partai tersebut dapat diklasifikasikan menurut:

- a. Jumlah dan fungsi anggotanya
- b. Sifat dan orientasi tersebut.

Menurut jumlah dan fungsi anggotanya dikenal:

- a. Partai massa, yaitu partai yang selalu mendasarkan kekuatannya pada jumlah anggotanya. Hubungan sesamanya agak longgar.
- b. Partai kader, partai yang mementingkan loyalitas dan disiplin anggotanya. Tidak perlu jumlahnya banyak yang kalau perlu loyal dan disiplin. Karena itu untuk menjadi anggota apalagi pimpinan memerlukan saringan yang ketat demikian juga sanksi terhadap anggota pimpinan yang menyeleweng sangat tegas.

13. Sistem Pemilihan Umum

Didepan sudah diuraikan bahwa Lembaga Perwakilan, partai politik dan pemilihan umum merupakan satu kegiatan politik yang susah dipisahkan dan ketiganya mempunyai hubungan yang erat. Umumnya anggota-anggota partai politik duduk di Lembaga Perwakilan melalui pemilihan umum. Tetapi ada kelompok fungsional dalam masyarakat yang dibutuhkan di Lembaga Perwakilan, maka dikenal cara pengangkatannya atau penunjuk oleh organisasi fungsionalnya. Sehubungan dengan itu maka cara untuk mengisi keanggotaan Lembaga Perwakilan kita kenal dua cara yaitu:

- a. Melalui Sistem pemilihan organisasi
- b. Melalui sistem mekanis
- a. **Sistem pemilihan organisasi**

Dalam sistem ini rakyat suatu Negara dianggap sebagai 'individu-individu yang bergabung dalam persekutuan-persekutuan hidup (organisasi) baik



itu berdasarkan lapisan sosial, profesi, keahlian maupun asal atau keturunan. Persekutuan ini ialah sebagai pengendalian hak politik untuk menunjuk wakilnya di Lembaga Perwakilan sesuai dengan jumlah yang diminta oleh Konstitusi atau undang-undang yang mengatur Lembaga Perwakilan tersebut. Mungkin dalam persekutuan hidup (organisasi) tersebut ada pemilihan umum atau mungkin tidak, tetapi itu tidak menjadi soal karena yang dipentingkan adalah organisasi tersebut mengirimkan wakilnya ke Lembaga Perwakilan sesuai dengan jumlah yang dibutuhkan (ditentukan).

Dari konstitusi jelas kelihatan kedudukan Lembaga Perwakilan agak lemah, sehingga biasanya apabila Lembaga Perwakilan ini hendak menetapkan undang-undang yang menyangkut hak-hak rakyat, undang-undang tersebut baru berlaku kalau disetujui oleh rakyat melalui referendum.

b. Sistem pemilihan mekanis

Dalam sistem ini rakyat dianggap sebagai individu-individu yang berdiri sendiri, rakyat inilah (yang memenuhi syarat) sebagai pengendali hak pilih, dimana setiap satu orang mempunyai satu suara. Sistem ini biasanya dilaksanakan dengan dua sistem yaitu sistem pemilihan umum yang proporsional dan sistem pemilihan umum yang distrik.

1) Sistem distrik

Sistem ini juga sistem mayoritas atau single-member constituency. Dalam sistem ini wilayah Negara yang menyelenggarakan sistem ini dibagi atas distrik-distrik pemilihan yang jumlahnya sama dengan jumlah kursi yang tersedia di Parlemen untuk memperebutkan dalam Suatu pemilihan umum. Wakil yang terpilih hanya satu orang (itulah sebabnya disebut juga sistem single-member constituency) yaitu calon yang memperoleh suara terbanyak (mayoritas) dalam pemilihan di distrik bersangkutan (karena itu pula sistem ini disebut sistem mayoritas). Misalnya ada 5 orang calon dalam satu



pemilihan di suatu distrik yang mempunyai penduduk (pemilih) 120 orang, si A memperoleh 21 suara, si B 20 suara, si C 20 suara si D 20 suara dan si E 19 suara maka yang terpilih jadi wakil adalah si A walaupun selisih tidak banyak dengan calon-calon lainnya dan hanya memperoleh 21% dari seluruhnya suara yang ada. Karena itu pula kelemahan dari sistem ini adalah:

- a) banyaknya suara yang terbuang.
- b) partai-partai kecil susah memenangkan calonnya dalam pemilu tersebut.

Tapi sistem ini dapat diperbaiki dengan sistem 2 partai, sehingga calon yang muncul dalam pemilihan umum di distrik tersebut hanya 2 orang, dan yang menang biasanya memperoleh suara lebih dari separuh. Kebaikan dari sistem ini adalah lebih cepat, organisasinya tidak perlu besar biaya agak murah dan hubungan antara pemilih dan si terpilih dekat karena pemilih biasanya mengenal calon calonnya, atau dengan kata lain partai-partai politik tidak akan berani mencalonkan orang-orang yang tidak populer di distrik bersangkutan.

2) Sistem pemilihan proporsional

Sistem ini disebut juga sistem Perwakilan berimbang atau multi-member constituency. Dalam sistem ini kursi yang ada di Parlemen Pusat untuk diperebutkan dalam suatu pemilihan umum, dibagikan pada partai-partai/ organisasi peserta pemilihan umum tersebut sesuai dengan imbang suara yang diperoleh partai/organisasi tersebut dalam pemilihan umum tersebut (karena itu pula sistem ini disebut sistem suara berimbang). Kalau wilayah Negara tersebut agak luas seperti Indonesia misalnya wilayah dibagi atas daerah-daerah pemilihan, dan kursi yang diperebutkan di Parlemen Pusat dibagikan ke pada Daerah-daerah Pemilihan, sesuai dengan komposisi atau jumlah penduduk yang ada di daerah pemilihan



tersebut misalnya dengan menentukan tiap wakil harus didukung oleh 400.000 penduduk yang mempunyai penduduk 4.000.000 dijabarkan 10 kursi untuk diperebutkan oleh partai-partai organisasi peserta pemilihan umum di daerah pemilihan tersebut. Partai-partai/organisasi peserta pemilihan umum tersebut memperoleh kursi sesuai dengan imbangan suara yang diperolehnya dalam pemilihan umum tersebut. Tapi jelas kursi yang diperebutkan tidak hanya satu sehingga wakil yang terpilih sebanyak kursi yang disediakan di daerah pemilihan umum tersebut. Karena itu sistem ini disebut juga multi-member constituency. Kebaikan dari sistem ini ialah bahwa partai-partai kecil kemungkinan besar memperoleh wakil, karena pemenang pemilihan (di daerah) tersebut bukan hanya satu orang, dan jumlah suara yang terbuang hanya sedikit. Kelemahan sistem ini biasanya adalah mahal dan memerlukan organisasi yang besar. Kemudian calon-calon terpilih jarang dikenal oleh pemilih karena menentukan calon di suatu daerah pemilihan adalah Pimpinan Pusat dari partai/organisasi peserta pemilihan umum itu. Dan yang ditawarkan dalam pemilihan umum adalah program partai/organisasi bukan program calon. Sistem ini sering dikombinasikan dengan stelsel daftar. Dimana dalam daftar calon dari suatu partai/organisasi urutan-urutan calon peserta dicantumkan. Dan apabila suara yang dibutuhkan mencapai jumlah untuk 1 wakil maka calon terpilih adalah calon nomor 1, dan kalau cukup untuk 2 wakil maka calon terpilih berikutnya adalah calon nomor 2 dan seterusnya.



BAB 23

TEORI SENDI-SENDI PEMERINTAHAN

Disini dibahas mengenai cara apa yang dipakai penguasa dalam menyeknggarakan pemerintahan. Menurut teorinya ada dua cara penyeknggaraan pemerintahan

1. Sendi Wilayah
2. Sendi Keakhlian

1. Sendi Wilayah (Territorial)

Penguasa dalam menyelenggarakan pemerintahan sangat memperhatikan faktor wilayah dari suatu negara.

Faktor wilayah negara dibagi dalam dua bagian:

a. Wilayah Tugas (desentralisasi)

Memahami arti desentralisasi adalah penyerahan urusan pemerintahan dari Pemerintah atau Daerah tingkat atasnya kepada rah menjadi urusan rumah tangganya.

Pengertian Otonomi Daerah adalah hak, wewenang dan kewajiban Daerah untuk mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Desentralisasi dirinci 5 macam

- 1) Desentralisasi politik, hal ini terkait urusan pemerintahan dan peraturan tingkat daerah
- 2) Desentralisasi fungsional, yang terkait kepada golongangolongan yang mempunyai fungsi dalam negara.
- 3) Desentralisasi Cultural yang menyangkut bidang kebudayaan,
- 4) Desentralisasi Tekhnis yang menyangkut ketenaga akhlian tertentu



5) Desentralisasi Collaboratif adalah kepada swasta diberi wewenang menjalankan tugas negara.

b. Wilayah Jabatan (Dekonsentrasi)

Dekonsentrasi adalah pelimpahan wewenang dari Pemerintah atau Kepala Wilayah atau Kepala Instansi Vertical tingkat atasnya kepada pejabat-pejabatnya di Daerah.

2. Sendi Keahlian

Bermaksud penyelenggaraan pemerintahan dijalankan oleh orang-orang yang ahli pada bidangnya. Ada dua macam sendi keahlian:

- a. Government by official yaitu pemerintahan dijalankan dengan sistem pegawai negeri.
- b. Government by Committee yaitu pemerintahan dijalankan dengan sistem kepanitiaan.



BAB 24

TEORI ALAT-ALAT PERLENGKAPAN NEGARA

Dalam pengertiannya teori alat-alat perlengkapan negara ini menerangkan tentang alat-alat yang harus dimiliki suatu negara. Paham yang menguraikan tentang alat-alat perlengkapan negara ini ada 3 sudut pandangan:

1. Paham Georg Jellinek
2. Paham yang meninjau dari segi fungsi negara
3. Paham yang meninjau dari segi yuridis

1. Paham Georg Jellinek

Jellinek meninjau persoalan alat perlengkapan negara ini dalam dua segi yaitu:

a. Alat Perlengkapan Negara yang bersumber langsung pada Konstitusi (Mittelbare Organ) Peninjauan Jellinek terhadap alat perlengkapan negara yang bersumber langsung pada konstitusi ini beliau memperhatikan Soal-soal atau persoalan dibawah ini :

1) personificasinya:

Dengan melihat kepada Personificasinya maka menurut Jellinek akan kita temukan masing-masing:

- a) Alat Perlengkapan Negara yang terdiri dari satu orang (Individuil)
- b) Alat Perlengkapan Negara yang terdiri dari satu dewan (Koligien)

2) Dari segi wewenang pembentukannya

Dengan meninjau dari segi wewenang pembentukannya maka akan kita temukan masing-masing:



- a) Organ yang berwenang membentuk alat-alat perlengkapan negara.
 - b) Organ yang merupakan hasil dari pembentukan.
- 3) Dari segi kehendak rakyat
- Dimaksudkan adalah melihat hubungannya dengan kemauan rakyat atau siapa yang mempunyai kehendak untuk membentuk alat perlengkapan negara. Untuk ini akan kita jumpai:
- a) Organ Primair, yaitu organ yang mempunyai wewenang untuk membentuk alat perlengkapan negara.
 - b) Organ Scundair, yaitu organ yang mempunyai kehendak untuk membentuk alat perlengkapan negara.
- 4) Hubungannya dengan Negara. Serikat
- Dimaksudkan disini adalah melihat hubungannya dengan Negara Serikat pada waktu itu di Eropa maka akan kita jumpai masing-masing:
- a) Potentierten Organen, yaitu perlengkapan negara langsung yang rangkap artinya merangkap sebagai organ dari pusat dan dari negara bagian.
 - b) Einfachen Organen, yaitu alat perlengkapan negara yang langsung tidak rangkap hanya merupakan organ yang kemungkinan merupakan organ negara bagian kalau tidak maka merupakan organ negara pusat.
- 5) Hubungannya dengan negara dalam keadaan darurat Dengan melihat hubungannya dengan suatu keadaan yang tidak normal dalam pertumbuhan suatu negara maka akan kita jumpai:
- a) Auser Organliche Organen, yaitu alat perlengkapan negara yang tidak normal artinya hanya bersifat sementara berhubung keadaan darurat.



- b) Normalen Organen, yaitu alat perlengkapan negara yang bersifat normal artinya baik dalam darurat atau aman alat perlengkapan ini diperlukan selamanya.
- b. Alat Perlengkapan Negara yang tidak bersumber langsung pada Konstitusi (Unmittelbare organ)
- Unmittelbare Organ ini adalah alat perlengkapan negara yang tidak langsung bersumber pada konstitusi. Organ tidak langsung ini bersumber pada organ langsung sehingga organ tidak langsung ini bertanggung jawab pada organ langsung.

Alat perlengkapan negara yang tidak langsung bersumber pada konstitusi ini menurut Jellinek ada dua yaitu:

1) Notwendigt Unmittelbare Organen

Yaitu organ yang tidak langsung memiliki wewenang seperti organ langsung. Contohnya wewenang perundangundangan dalam beberapa hal diberikan pada organ bawahan yaitu pada daerah Otonomi.

2) Fakultative Unmittelbare Organen

Yaitu organ-organ yang tidak langsung menyelenggarakan pekerjaan rutin. Adapun dasar hukum adanya organ tidak langsung ini menurut Jellinek adalah:

- a) Organ tidak langsung berdasarkan hukum untuk melaksanakan Suatu tugas tertentu.
- b) Organ tidak langsung berdasarkan suatu hakekat untuk menyelenggarakan kepentingan umum.¹⁴⁸

2. Paham Yang Meninjau Dari Segi Fungsi Negara

Yang dimaksudkan dengan peninjauan dari segi fungsi negara adalah bahwa adanya alat-alat perlengkapan negara itu tergantung pada realisasi daripada fungsi negara yang telah dikemukakan oleh sarjana-sarjana didalam

¹⁴⁸ Wahjono, *Op Cit*, 1977. hal. 55



membahas masalah fungsi negara yang mengakibatkan timbulnya alat perlengkapan negara, dengan perkataan lain organ negara itu tergantung dari adanya fungsi suatu negara. Oleh karena itu akan kita jumpai organ-organ sesuai dengan peninjauan dibawah ini:

a. Fungsi Negara di Prancis Abad XVI

Dengan dasar memperhatikan fungsi negara di Prancis pada abad ke XVI maka akan kita temui 5 organ negara yaitu:

- 1) Organ Diplomacie
- 2) Organ Difencie
- 3) Organ Financie
- 4) Organ Justicie
- 5) Organ Policie

b. Fungsi Negara menurut Montesquieu

Dengan dasar memperhatikan fungsi negara menurut Montesquieu dengan Trias Politicanya maka akan kita temui 3 organ negara yaitu:

- 1) Organ Legislatif, misalnya DPR
- 2) Organ Executif, misalnya Presiden
- 3) Organ Yudicatif, misalnya Mahkamah Agung

c. Fungsi Ncgara menurut John Locke

Dengan dasar memperhatikan fungsi ncgara menurut John Locke maka akan kita temui 3 macam organ ncgara yaitu:

- 1) Organ Legislatif
- 2) Organ Exccutif
- 3) Organ Federatif

d. Fungsi Negara menurut Van Vollenhoven

Dengan dasar memperhatikan fungsi negara menurut Van Vollenhoven maka akan kita lihat adanya 4 organ yaitu:

- 1) Organ Regeling
- 2) Organ Bestuur
- 3) Organ Rechtspraak



4) Organ Polisi

e. Fungsi Negara menurut Goodnow

Dengan dasar memperhatikan fungsi negara yang dikemukakan oleh Goodnow maka akan kita lihat adanya 2 organ negara:

1) Organ Negara Policy Makers

2) Organ negara Policy Executors

3. Paham Yang Meninjau Dari Segi Juridis

Sebagai titik tolak daripada peninjauan segi Juridis ini adalah:

- a. Bahwa negara itu merupakan suatu organisasi jabatan atau ambten organisatie.
- b. Bahwa dalam penilaian alat-alat perlengkapan negara itu kita mulai dari yang terkecil yaitu jabatan.

Dalam meninjau lebih lanjut mengenai jabatan ini, ukuran yang dipakai ada 4 kriteria, yaitu:

- a. Bagaimana bentuknya (Inrichtingnya)
- b. Bagaimana susunannya (Samenstellingnya)
- c. Apr tugas/kewajibannya (Taakstellingnya)
- d. Apy wewenang yang dimilikinya.

a. Bagaimana bentuknya (Inrichtingnya)

Yang dimaksudkan disini adalah melihat bagaimana struktur atau susunan dari jabatan itu, artinya apakah jabatan itu dipegang oleh satu orang atautkah satu badan. Misalnya organ Parlemen dan MPR bagaimana atau apakah merupakan suatu majelis yang terdiri dari satu badan atau dua badan.

b. Bagaimana susunannya (Samenstellingnya)

Dimaksudkan disini adalah bagaimana cara untuk menyusun suatu jabatan, maka disini umumnya dikenal 3 cara:

- a) Pemilihan: dimaksudkan disini adalah bahwa jabatan itu digantungkan pada orang yang akan menduduki jabatan itu.



- b) Penunjukan: artinya bahwa orang yang akan menduduki jabatan tersebut dinilai dari kemampuan dan kecakapannya.
- c) Dengan warisan: ini adalah cara yang paling mudah, maka misalnya jabatan raja apabila sang raja meninggal akan digantikan oleh Putra Mahkota.

c. Apa tugas/kewajibannya (Taakstellingnya)

Mengenai tugas dan kewajiban dari suatu jabatan tersebut secara konkrit meliputi dua hal yaitu:

- 1) Mengenai bidang Hukumnya, untuk dapat melaksanakan suatu jabatan maka beberapa segi yang harus diperhatikan yaitu:
 - a) Dari segi waktu, yaitu sejak kapan dan hingga kapan alat perlengkapan negara itu menjalankan tugasnya.
 - b) Tentang orangnya, ditentukan mana yang termasuk wewenang daripada jabatan tadi, dan siapa-siapa yang berada dalam wewenangnya.
 - c) Mengenai wilayahnya, dimaksudkan apakah wewenang tadi meliputi seluruh wilayah atau hanya wilayah tertentu saja.
- 2) Mengenai Kompetensi daripada alat perlengkapan negara itu. Kompetensi dimaksudkan meliputi hal-hal dan kewajiban tertentu yang meliputi atau dicakup oleh jabatan tadi disamping mengenai wilayah juga termasuk didalamnya serta batas-batas wewenang atau tindakan yang dapat dilakukan.

d. Apa Wewenang yang dimilikinya

Dimaksudkan disini mengenai wewenang apa yang dimiliki suatu jabatan untuk melakukan tugasnya. Seperti misalnya tugas Parlemen adalah membuat Undang-undang. Dan untuk menjalankan tugasnya yaitu Parlemen mempunyai beberapa hak yaitu hak bertanya hak inisiatif dan hak angket dan hak lainnya.¹⁴⁹

¹⁴⁹ *Ibid.* hal. 58



BAB 25

TEORI KERJASAMA ANTAR NEGARA

Sebagaimana manusia tidak dapat lepas dari pergaulan dengan sesama manusia, begitupun negara tidak dapat lepas dari hubungan dengan sesama negara. Tugas negara pun tidak terbatas pada bermacam urusan dalam negeri, melainkan juga meliputi hubungan dengan negara lainnya. Hubungan itu terjalin dalam kerjasama. Kerjasama antar negara adalah suatu hubungan dari beberapa negara yang dalam hubungan itu terjalin kerjasama dari negara-negara yang berkedudukan sama dan sejajar.

Memahami teori kerjasama antar negara ini dapat ditinjau ikhwalnya:

1. Bentuknya
2. Hukumnya
3. Politiknya
4. Sumbernya

1. Bentuknya

Dalam meninjau dari wujud bentuknya ini dapat kita udakan 2 nggi peninjauan pula masing masing:

- a. Bentuk Klasik
- b. Paham Pederullame

a. Bentuk Klasik

Bentuk klasik kerjuwama antar negara ini oleh Jellinck dianalisis dalam 2 segi:

- 1) Kerjasama dalam arti luas



Disini tercakup segala macam kerjasama baik yang berdasarkan Hukum Internasional, baik karena Geografis maupun dikarenakan soal-soal lainnya.

2) Kerjasama dalam arti sempit

Inilah sebenarnya yang betul-betul merupakan problem dalam Ilmu Kengaraan, yaitu apabila beberapa negara sebagai kesatuan Politik bergabung, apakah suatu Republik atau Monarki semuanya bergabung menjadi satu kesatuan Politik yang kemudian membentuk pola-pola tertentu.

b. **Faham Federalisme**

Dimaksudkan disini adalah peninjauan kerjasama antar negara tersebut apakah menghasilkan suatu organ tertentu atau tidak. Untuk ini akan kita temui:

1) Organisierten Verbindungen

Yaitu kerjasama antar negara yang menimbulkan akibat terbentuknya alat perlengkapan negara yang baru atau alat perlengkapan negara tertentu.

2) Nicht Organisierten Verbindungen

Yaitu kerja sama antar negara yang tidak menimbulkan alat perlengkapan negara tertentu.

3) SchinBare Staatcn Verbindungen

Yaitu kerja sama antar negara yang kelihatannya atas 4 seolah-olah sebagai penggabungan negara tetapi kenyataannya tidak demikian, penggabungannya hanya sebagai kedok saja.

4) Staaten Verbindungen In Rechtssine

Dimaksudkan adalah kerja sama antar negara yang berdasarkan Hukum yang sebenarnya terjadi dan betul-betul merupakan penggabungan beberapa negara. Dalam hal ini misalnya adalah:

- a) Protektorat
- b) Monarchaal Unie



- c) Perserikatan Negara
- d) Negara Serikat

2. Hukumnya

Apabila kita meninjau kerjasama antar negara ini dari segi Hukumnya maka untuk ini kita masuki lapangan Hukum Internasional atau Hukum antar negara. Hukum yang akan berlaku itu:

- a. Hukum antar Negara yang umum
- b. Hukum antar Negara yang khusus misalnya Traktat

3. Politiknya

bila kita meninjau dari segi politiknya maka kita memandangnya dari segi International Relation yang didalamnya mencakup:

- a. International Politic
- b. International Organisation,

4. Sumbernya

Adapun sumber sumber hukum kerjasama antar negara adalah:

- a. Traktat
- b. Kebiasaan International
- c. Pendapat sarjana-sarjana tentang sendi-sendi hukum
- d. Keputusan-keputusan Pengadilan International

Ditinjau dari sisi kontinuitasnya kerja sama antar negara itu dapat melahirkan apa yang dinamakan Regionalisme.

Ikatan kerja sama semacam ini sudah sejak zaman dahulu sudah dilaksanakan oleh beberapa negara yang berada dalam suatu kawasan. Misalnya antara negara Skandinavia, yakni Swedia, Norwegia dan Denmark. Demikian juga Benelux: Belgia, Nederland dan Luxemburg.

Agak berbeda dengan bentuk kerjasama diantara beberapa negara seperti tersebut diatas, adalah ikatan kerjasama dalam bentuk militer atau pertahanan dan keamanan, seperti halnya dengan NATO (North Atlantic Treaty Organization) yang merupakan ikatan kerjasama 12 negara Eropa



Barat ditambah dengan Turki, Kanada dan Amerika Serikat dibawah pimpinan seorang jenderal dari Amerika Serikat tersebut.

Dalih kerjasama militer ini berdasarkan pasal 51 Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa yang menekankan hak untuk membela diri sendiri maupun bersama-sama melawan serangan kekerasan yang dikhawatirkan dilakukan terhadap suatu negara anggota PBB sehingga memungkinkan Dewan Keamanan mengambil tindakan yang dianggap perlu mempertahankan keamanan dan perdamaian internasional.

Sebagai Reaksi spontan terhadap NATO ini, 7 negara Eropa Timur dibawah pimpinan Uni Soviet membentuk apa yang disebut dengan "Warshau Pact" atau Pakta Warsawa yang bertujuan sama dengan NATO dan untuk menandingi NATO. Kemudian muncul bentuk regionalisme lainnya, yakni SEATO (South East Asian Treaty Organization) yang terdiri dari beberapa negara Asia Tenggara (Pilipina, Thailand dan Vietnam Selatan) bersama Australia dan Selandia Baru dibawah pimpinan Amerika.

Ada pula organisasi ANZUS yang terdiri dari Australia, New Zealand dan Amerika Serikat. Kemudian Dewan Asia dan Pasifik (Asian Council) atau ASPAC yang didukung oleh Amerika Serikat dan sekutu-sekutunya dalam Perang Vietnam, yaitu Australia, Selandia Baru, Thailand, Malaysia, Pilipina, Vietnam Selatan, Jepang dan Taiwan. Persekutuan ini non militer dan non politik.

Dapat pula digolongkan dengan regionalisme ini adalah Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara atau ASEAN (Association of South East Asian Nations) yang dibentuk berdasarkan Deklarasi Bangkok 8 Agustus 1967 yang ditandatangani oleh Adam Malik (Indonesia), Tun Abdul Razak (Malaysia), Narciso Ramos (Pilipina), S. Rajaratnam (Singapura) dan Thanat Khoman (Thailand).

ASEAN ini merupakan ikatan sarjana diantara 5 negara tersebut dalam bidang ekonomi, sosial dan kebudayaan, bukan bidang militer, sebagaimana tersebut dalam tujuan ASEAN yang tercantum pada Deklarasi Bangkok itu, yaitu:



- a. mempercepat pertumbuhan ekonomi, kemajuan sosial dan perkembangan kebudayaan dari wilayah ini melalui usaha usaha bersama, berdasarkan semangat persamaan, persekutuan dan hidup damai di kalangan bangsa-bangsa Asia Tenggara.
- b. memajukan perdamaian dan stabilitas regional dengan jalan saling menghormati keadilan dan tata tertib hukum dalam hubungan antar negara di wilayah ini, disamping mentaati prinsip-prinsip dari Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa,
- c. Meningkatkan kerjasama secara aktif dan saling bantu membantu dalam hal yang menjadi kepentingan bersama di bidangbidang ekonomi, sosial, kebudayaan, teknik, ilmu pengetahuan dan administrasi.
- d. memberikan bantuan satu sama lain dalam bentuk fasilitas-fasilitas latihan dan penelitian dalam sektor-sektor pendidikan, profesi, teknik dan administrasi.
- e. bekerjasama secara lebih efektif dalam memanfaatkan lebih besar bidangbidang pertanian dan industri, dalam perluasan perdagangan termasuk studi mengenai masalah-masalah perdagangan komoditi internasional, dalam memperbaiki fasilitas-fasilitas angkutan dan komunikasi, dan dalam memajukan taraf hidup rakyat masing-masing:
- f. meningkatkan studi mengenai Asia Tenggara.
- g. memelihara kerjasama yang erat dan menguntungkan dengan organisasi-organisasi internasional dan regional yang dda dengan maksud dan tujuan yang sama, dan mengikhtiarkan segala jalan untuk lebih mempererat lagi kerja sama antara negara-negara itu sendiri.¹⁵⁰

Gagasan regionalisme mencuat untuk lebih meningkatkan kerja sama yang tidak hanya terdiri dari beberapa negara disuati kawasan tertentu saja, melainkan meliputi seluruh dunia. Prakarsa menghimpun negara-negara

¹⁵⁰ Naning Ramdlon, *Op Cit*, 1983. hal. 80



seluruh dunia ini dalam suatu persekutuan terencana untuk pertama kalinya pada tahun 1919.

Gagasan pertama setelah usainya Perang Dunia I, atas prakarsa Presiden Amerika Serikat Woodrow Wilson dengan didirikannya League of Nation atau Volkenbond atau Liga Bangsa-Bangsa, dan yang kedua kalinya pada tahun 1945 setelah berakhirnya Perang Dunia II dengan didirikannya United Nations Organization atau Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Perang Dunia I yang meletus tahun 1914 sesungguhnya diluar perkiraan para pemimpin dunia, karena pada tahun 1899 telah diselenggarakan Konvensi Perdamaian I di Den Haag yang dihadiri 29 negara untuk memperbincangkan berbagai upaya menghindari perang. Tahun 1907 disusul Konvensi Perdamaian II di Den Haag juga, bahkan dihadiri 44 negara yang sepakat untuk menyelenggarakan konvensi ke III tahun 1914. Tapi ironisnya, justru tahun itu juga meletuslah Perang Dunia ke I yang berlangsung sampai tahun 1918.

Ditengah frustrasi dan kemelut yang melanda dunia itu, di Inggris muncul gerakan untuk merumuskan konsep meniadakan peperangan. Gerakan itu dipimpin Viscount Bryce pada tahun 1915 dan berhasil merumuskan "Proporsal for the Avoidance of War". Sementara di Amerika Serikat muncul gerakan serupa dipimpin bekas presiden William H. Taft yang juga berhasil membentuk suatu "League of entforce Peace".

Tahun 1918 diselenggarakan konvensi perdamaian yang menawarkan kontrak damai atau peace treaty bagi pihak-pihak yang selesai berperang. Amerika Serikat mengusulkan membentuk suatu badan yang didahului dengan suatu konsep peraturan atau covenant, yang kemudian melahirkan suatu lembaga yang disebut "League of Nations" atau Volkenbond atau Liga Bangsa-Bangsa.

5. Liga Bangsa-Bangsa.

Untuk menjamin kebebasan, diputuskan lembaga tersebut, berkedudukan di Swiss yang dipandang sebagai suatu negara yang netral. Semula Liga Bangsa-Bangsa beranggotakan 28 negara sekutu dan 14 negara netral, Tapi kemudian



bertumbuh menjadi 60 negara, Rusia dim Alganlatan buru secara resmi menjadi anggota pada tahun 1934, Tapi tragis lagi, tahun 1935 Justru dua anggotanya yaitu Jerman dan Jepang keluar dari keanggotaan lembaga ini, kemudian disusul oleh Italia pada tahun 1937,

Menurut mukadimah dari Liga Bangsa Bangsa ini (Covenant of the League of Nations) Ini, tujuan didirikannya ialah:

- a. mengutuk dan menghindarkan peperangan,
- b. mewajibkan anggota-anggotanya untuk tidak melangkah ke tindakan peperangan sebelum dengan sungguh-sungguh berusaha memproleh penyelesaian bagi segala sengketa dengan jalan damai:
- c. memelihara hubungan antara satu sama lain dengan hati terbuka dan adil:
- d. menyusun hukum internasional yang harus ditepati oleh para anggotanya,
- e. menegakkan hukum serta berusaha agar perjanjian antar negara ditepati.

Meskipun presiden Amerika Serikat waktu itu Woodrow Wilson disebut sebagai arsitek dari pembentukan Liga Bangsa-Bangsa ini, ternyata justru Amerika Serikat sendiri menolak menjadi anggotanya, Dasar penolakannya pasal 10 Covenant yang menentukan: "Para anggota mewajibkan dirinya untuk menghormati dan mempertahankan keutuhan wilayah (territorial integrity) dan kemerdekaan politik dari tiap anggota Liga terhadap agresi dari luar (external aggression)",

Dalam perkembangannya ternyata Liga Bangsa-Bangsa ini meskipun sudah berusaha keras, tapi menghadapi pelbagai kemelut belum mampu memecahkannya dengan memuaskan. Menghadapi perlucutan senjata misalnya, Liga tidak mampu mengatasinya, sementara perlombaan senjata kian besar diantara para anggotanya yang mengancam tujuan dibentuknya liga ini.

Beberapa casus belli (tindakan yang mengakibatkan peperangan) kembali muncul di permukaan. Jepang menyerang Cina, Italia menyerbu Ethiopia dan Albania dan pendudukan daerah Rhijn, Austria dan Chekoslovakia oleh



Jerman membuat Liga Bangsa-Bangsa tidak berdaya. Jepang dan Italia yang menjadi anggota utamanya justru melanggar covenant dan kemudian menyatakan ke luar dari lembaga itu.

Tepat 20 tahun setelah terbentuknya Liga Bangsa-Bangsa ini, perang akhirnya tidak dapat dicegah lagi dan meletuslah Perang Dunia II yang dahsyat itu pada tahun 1939, yang merupakan puncak dari kekuasaan kaum Nazi dibawah pimpinan Hitler dan kaum fascis dibawah pimpinan Mussolini, ditambah mengganasnya kaum imperealis yang dimotori Jepang. Dan berakhir pulalah eksistensi Liga Bangsa-Bangsa yang didambakan sebagai organisasi perdamaian itu.¹⁵¹

6. Perserikatan Bangsa-Bangsa (United Nation Organizations)

a. Sejarah Lahirnya Perserikatan Bangsa-Bangsa

Kehadiran Perserikatan Bangsa-Bangsa diawali dengan ditanganinya "Inter-Alied Declaration" (Deklarasi Antar-Sekutu tanggal 12 Juni 1941 di London, oleh semua negara yang ketika itu terlibat dalam perang dengan Jerman, untuk berusaha menciptakan suatu dunia dimana semua sesudah dibebaskan dari bahaya agresi, dapat menikmati keamanan ekonomi dan sosial.

Kemudian dilanjutkan dengan ditandatanganinya Atlantic Charter (Piagam Atlantika) pada tanggal 14 Agustus 1941 antara Presiden Amerika Serikat Franklin Delano Roosevelt dengan Perdana Menteri Inggris Winston Churchill yang menyetujui hak-hak asasi dari piagam tersebut.

Pada tanggal 30 Oktober 1943 ditandatangani "Moscow Peclaration on General Security" (Deklarasi Moskow tentang kcamanan umum) oleh Cina, Uni Sovyet dan Amerika Serikat, yang mengakui pentingnya mendirikan pada tanggal yang secepat mungkin dapat dilaksanakan, sebuah organisasi internasional umum yang berdasarkan asas persamaan

¹⁵¹ *Ibid.* hal. 54



kedaulatan semua negara yang cinta damai, besar dan kecil, untuk mempertahankan perdamaian dan keamanan.

Lalu pada tanggal 21 Agustus 1944 “Dumbarton Oaks Conference” (Konprensi Dumbarton Oaks) di Washington D.C. dimana 39 negara membahas selama 3 bulan rencana mendirikan organisasi Perserikatan Bangsa-Bangsa, sambil menyetujui adanya sebuah Dewan Keamanan sebagai cabang eksekutif Perserikatan Bangsa-Bangsa tersebut.

Setahun kemudian, tepatnya 25 April 1945 “United Nations Conference on International Organization” (Konprensi Bangsa-Bangsa Bersatu tentang Organisasi Internasional) memulai “pertemuan di San Francisco untuk merumuskan piagam untuk organisasi yang akan didirikan tersebut. Baru tanggal 26 Juni 1945, piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa disetujui delegasidelegasi dari 50 negara yang mengadakan konprensi internasional di San Francisco tersebut.

Secara resmi pada tanggal 24 Oktober 1945 piagam PBB mulai berlaku setelah diratifikasi oleh sebagian besar bangsa-bangsa, termasuk Inggris, Cina, Perancis, Uni Sovyet dan Amerika Serikat. Tanggal ini dinyatakan sebagai hari lahirnya PBB dan setiap tahun dirayakan sebagai hari jadinya.

Tanggal 10 Januari 1946 merupakan hari yang bersejarah pula bagi perserikatan tersebut, karena pada tanggal itu Majelis Umum PBB memulai sidangnya yang pertama di London yang dihadiri 51 negara anggotanya. Trygve Lie dari Norwegia terpilih sebagai Sekretaris Jenderal PBB yang pertama. Negara yang pertama kali menjadi anggota ini (51 negara), merupakan anggota asli (original members) PBB.

b. **Tujuan Perserikatan Bangsa-Bangsa**

Tujuan PBB tercantum dalam pasal 1 Piagam tersebut, ialah:

- 1) Untuk menjaga perdamaian dan keamanan internasional, dan untuk Itu: mengambil tindakan-tindakan. Tujuan Perserikatan Bangsa-Bangsa



Tujuan PBB tercantum dalam pasal 1 Piagam tersebut, ialah : Untuk menjaga perdamaian dan keamanan internasional, dan untuk Itu : mengambil tindakan-tindakan kolektif bagi tercegahnya dan hilangnya ancaman-ancaman terhadap terlanggarnya perdamaian-perdamaian, dan untuk dengan cara-cara damai, dan sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan dan hukum internasional, penyesuaian atau perdamaian pertentangan-pertentangan atau Situasi-situasi internasional yang bisa mengakibatkan suatu gangguan di dalam perdamaian,

- 2) Untuk mengembangkan hubungan-hubungan persahabatan antara bangsa-bangsa berdasarkan rasa hormat terhadap persamaan hak dan hak mengurus diri sendiri bangsabangsa, dan untuk mengambil tindakan-tindakan wajar lainnya yang memperkuat perdamaian umum,
- 3) Untuk mencapai kerjasama internasional dalam memecahkan persoalan-persoalan internasional yang bersifat ekonomis, sosial, kultural, atau perikemanusiaan lainnya, atau dalam memajukan atau menggalakkan rasa hormat terhadap hak-hak manusia dan kemerdekaan-kemerdekaan fundamental bagi semua tanpa perbedaan mengenai ras, kelamin, bahasa atau agama dan
- 4) Untuk menjadikan pusat penyelarasan tindakan-tindakan bangsa-bangsa dalam usaha mencapai tujuan-tujuan bersama ini.

c. **Badan-badan Utama Perserikatan Bangsa-Bangsa**

1) **Majelis Umum (General Assembly)**

Majelis Umum yang terdiri atas semua anggota ini, mempunyai kekuasaan yang tertinggi dalam PBB. Tiap negara anggota mempunyai tidak lebih dari 5 orang wakil didalam sidang umum. Ketuanya dipilih setiap tahun pada permulaan sidang tahunan.

Sebagian besar pekerjaan Majelis Umum dilakukan oleh panitia-panitia, yang terdiri dari 4 macam sifatnya, yaitu utama, prosedural,



tetap dan ad hoc. Kewajiban Majelis Umum ialah membahas segala sesuatu yang dipandang perlu untuk memelihara perdamaian dan keamanan.

Apabila suatu acara digolongkan penting, pengambilan keputusannya memerlukan dua pertiga dari jumlah suara yang hadir. Untuk acara-acara biasa cukup dengan suara terbanyak. Atas permintaan Dewan Keamanan atau sebagian dari anggota-anggotanya PBB dapat mengadakan sidang luar biasa.

2) **Dewan Keamanan (Security Council)**

Dewan Keamanan ini terdiri dari 15 anggota, 10 anggota tidak tetap untuk masa jabatan 2 tahun, 5 anggota tetap: Cina, Perancis, Uni Sovyet, Inggris dan Amerika Serikat. Kelima negara ini lazim disebut "Big Five" yang mempunyai hak veto.

Sidang Umum memilih 10 anggota PBB lain untuk menjadi anggota tidak tetap, dengan pertama-tama memperhatikan bantuan anggota-anggota tersebut bagi perdamaian dan keamanan internasional dan juga bagi tujuantujuan organisasi lainnya, dengan mempertimbangkan distribusi geografis yang adil.

Anggota-anggota tidak tetap yang dipilih untuk masa dua tahun itu, dalam pemilihan pertama sesudah ditambahkan anggota Dewan Keamanan dari 11 menjadi 15, 2 dari 4 anggota tambahan dipilih untuk masa jabatan 1 tahun. Setiap anggotanya mempunyai seorang wakil. Tugas utamanya ialah mempertahankan perdamaian dan keamanan internasional dan menyelesaikan perselisihan, perselisihan internasional secara damai dan menentukan tindakan-tindakan apa yang harus diambil terhadap ancaman atau serangan perdamaian.

Dalam mengambil keputusan Dewan Keamanan membagi persoalannya dalam dua kategori: persoalan pokok (substantial matters), mencakup persoalan-persoalan penting seperti:



pernyataan bahwa suatu negara telah melakukan agresi atau intervensi serta rekomendasi tindakan yang dapat dilakukan terhadapnya, serta masalah-masalah yang menyangkut perdamaian dan keamanan internasional. persoalan ketata-laksanaan (prosedural matters), mencakup masalah-masalah rutin seperti penetapan waktu sidang dan acaranya, pemilihan ketua, dan lain sebagainya.

Keputusan-keputusan pokok yang penting, memerlukan persetujuan 7 dari 11 anggota termasuk anggota tetap. Kelima anggota tetap memiliki hak veto, jika mereka tidak setuju atau absen salah satunya saja, maka tiada satupun usul dapat dinyatakan diterima. Mengenai ketatalaksanaan, cukup dengan 7 suara tanpa restriksi apapun. Jadi tidak berlaku hak veto tersebut.

3) **Dewan Ekonomi dan Sosial (Economic and Social Council)**

Dewan ini terdiri dari 27 anggota PBB yang dipilih oleh Sidang Umum untuk masa jabatan 3 tahun. Dewan Ekonomi dan Sosial mendirikan panitia-panitia dibidangnya ekonomi dan sosial untuk memajukan hak-hak manusia, dan panitia-panitia lain sebagaimana diperlukan bagi pelaksanaan fungsi-fungsinya.

Komisi-komisi yang dipunyai bersifat fungsional dan regional. Komisi fungsional ialah: komisi statistik, kependudukan, pengembangan sosial hak-hak manusia, status wanita dan komisi tentang ramuan narkotika. Komisi regional meliputi: komisi ekonomi untuk Eropa, Asia dan Timur Jauh (Asia Pasifik), Amerika Latin dan komisi ekonomi untuk Afrika.

Tugas utama Economic and Social Council (ECOSOC) yang tidak saja terdapat di markas besar PBB di New York, tapi juga tersebar dipelbagai negara itu ialah untuk mempelajari, menyelidiki, memberikan anjuran mengenai masalah-masalah ekonomi, sosial, kebudayaan, pendidikan dan kesehatan untuk seluruh anggotanya.



4) Dewan Perwalian (Trusteeship Council)

Dewan ini terdiri atas 6 anggota: 2 anggotanya Australia dan Amerika Serikat yang mengelola daerah-daerah perwalian, dan 4 anggota: Cina, Perancis, Uni Sovyet dan Inggris yang merupakan anggota tetap Dewan Keamanan, yang kini tidak lagi mengelola wilayah-wilayah perwalian.

Negara-negara berikut tidak lagi merupakan anggota pengelola karena wilayah-wilayah yang mereka kelola semula kini telah memperoleh kemerdekaannya: Italia dan Perancis pada tahun 1960, Belgia tahun 1962 dan Selandia Baru serta Inggris pada tahun 1968. Perancis dan Inggris menjadi anggota bukan pengelola.

Sejak September 1974 hanya ada satu wilayah perwalian yaitu kepulauan-kepulauan di Lautan Pasifik (dikelola oleh Amerika Serikat). Sementara yang lain telah dibebaskan dari perwalian misalnya: Tanganyika (1961), Nauru (1968), dan New Guinea (1974) yang kemudian menjadi Papua Nugini yang berpemerintahan sendiri.

Tugas sebenarnya dari Dewan Perwalian ini ialah: melakukan pengawasan terhadap wilayah-wilayah perwalian dalam bidang ekonomi, sosial, politik, ketatanegaraan dan kebudayaan, pengawasannya tersebut setiap tahun dilaporkan kepada Majelis Umum PBB.

5) Mahkamah Internasional (International Court of Justice)

Mahkamah Internasional dibentuk berdasarkan Piagam PBB sebagai badan peradilan utamanya yang disusun dan berfungsi sesuai dengan peraturan-peraturan yang berlaku. Mahkamah terdiri dari sebuah badan hakim-hakim yang bebas, dipilih tanpa memandang kewarganegaraannya, dari mereka-mereka yang bermoral tinggi, memiliki kualifikasi yang diminta oleh negara mereka masing-masing untuk pengangkatan pada pengadilan tertinggi atau konsultan-



konsultan hukum yang terpandang cakap di bidang hukum internasional.

Mahkamah Internasional ini terdiri dari 15 anggota, 2 diantaranya tidak boleh dari negara yang sama. Berkedudukan di Den Haag, namun ini tidak menjadi penghalang bagi Mahkamah untuk bersidang dan melakukan tugasnya bilamana dianggap perlu.

Lima belas Hakim Mahkamah Internasional ini masa jabatannya adalah 9 tahun dan dapat dipilih kembali. Semua jabatan berakhir tanggal 5 Pebruari dari tahun yang ditentukan.

Tugas mahkamah ini ialah: memeriksa dan memutuskan perkara-perkara yang dianjurkan negara-negara yang bersangkutan kepadanya serta memberikan nasehat kepada Majelis Umum atau Dewan Keamanan mengenai masalah hukum yang dimintakan kepadanya.

6) **Sekretariat Jenderal (Secretary General)**

Yaitu sebuah badan yang mengurus tata usaha yang berhubungan dengan PBB pada umumnya. Tugasnya menyiapkan dan melayani sidang-sidang seluruh badanbadan PBB.

Keseluruhan Sckretariat dibagi dalam 8 departemen yang masing-masing dipimpin oleh seorang Assistent Secretary General. Disamping itu masih terdapat 1 Directur General for Technical Assistance Administration. Sekretaris Jenderal sendiri masih dibantu oleh 1 Executive Office of the Secretary General.

Sejak berdirinya pada tanggal 24 Oktober 1945 PBB sudah mempunyai 5 orang Sekretaris Jenderal, masing-masing ialah : Trygve Lie dari Norwegia (1 Pebruari 1946 s,d, 10 April 1953), Dag Hammarskjold dari Swedia(10 April 1953 s.d. 17 September 1961): U Thant dari Birma (3 Nopember 1961 s.d. 31 Desember 1971), Dr.



Kurt Waldheim dari Austria (1 Januari 1972 s.d. Desember 1981) dan Javier Perez de Cuellar dari Peru (Desember 1981 sampai sekarang).

d. **Badan-badan Khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa**

1) **Organisasi Pangan dan Pertanian (Food and Agriculture Organization - FAO)**

Didirikan 16 Oktober 1945.

Tujuannya mengangkat tingkat gizi dan standar kehidupan, menjamin perbaikan dalam produksi dan distribusi pangan dan hasil pertanian.

Markas besar di Viale delle Terme, Caracalla, Roma, Italia.

2) **Persetujuan Umum tentang Tarif dan Perdagangan (General Agreement on Tariffs and Trade - GATT)**

Didirikan 1 Januari 1948.

Tujuan waktu pcriama kalinya untuk mendirikan suatu Organisasi Perdagangan Internasional (ITO). Meskipun badan ini tidak pcmah terwujud, bcbrapa dari tujuannya sudah tercakup dalam suatu perjanjian niaga internasional, perjanjian umum tentang tarif dan perdagangan.

Markas bcsar di Gcncwa, Swiss. - Organisasi Konsultatif Maritim Antar-Pemerintah

3) **Organisasi Konsultatif Maritim Antar Pemerintah (Inter-Governmental Maritime Consultative Organization z IMCO)**

Didirikan 13 Januari 1959.

Tujuan memberikan bantuan berupa nasehat dan petunjuk yang diminta untuk memajukan kerjasama internasional dibidang pelayaran serta menganjurkan tercapainya standar kcamanan dan pelayaran tertinggi.

Markas besar di Berners St, London, Inggris.



4) **Bank Internasional untuk Rekonstruksi dan Pembangunan (International Bank for Reconstruction and Development - IBRD)**

Didirikan 28 September 1945, ketika berlakunya Statuta yang disusun di Konprensi Bretton Woods bulan Juli 1944 dan memulai operasinya 25 Juni 1946.

Tujuannya untuk membantu dalam rekonstruksi dan pembangunan ekonomi para anggota dengan memberikan pinjaman kepada pemerintah-pemerintah dan dengan menyajikan nasihat teknis.

Markasnya di Washington D.C.

5) **Organisasi Penerbangan Sipil Internasional (International Civil Aviation Organization z ICAO)**

Didirikan 4 April 1947 setelah beroperasi sebagai organisasi sementara sejak Agustus 1945.

Tujuannya: mempelajari masalah-masalah penerbangan sipil internasional dan pengadaan dan peraturan internasional.

Badan ini mengajurkan tindakan-tindakan keamanan, peraturan operasi seragam, prosedur yang lebih sederhana di perbatasan-perbatasan antar bangsa, serta pemakaian metoda teknis dan alat-alat baru. Organisasi ini telah mengembangkan pola untuk pelayanan meteorologis, pengendalian lalu lintas, komunikasi, batas-batas dan lingkup radio, organisasi pencari dan pembantu, dan kemudahan-kemudahan lainnya.

ICAO telah menciptakan banyak penyederhanaan pada peraturan bea cukai, imigrasi dan kesehatan umum yang berkenaan dengan pengangkutan udara internasional. Menyusun konvensi-konvensi hukum udara intemasional, dan mengurus hal ikhwal yang berkenaan dengan segi-segi ekonomis dari perjalanan udara.

Markas besarnya di Montreal, Ouebec, Kanada.



6) **Perhimpunan Pembangunan Internasional (International Development Association — IDA)**

Didirikan 24 September 1960.

Sebagai sekutu BANK, organisasi ini bersama Bank tersebut mempunyai pembesar dan staf yang sama.

Tujuannya: memajukan perkembangan ekonomi negara. anggotanya dengan menyediakan keuangan dengan syarat yang lunak atas neraca pembayaran para anggota dibandingkan dengan pinjaman yang konvensional.

Markas besarnya di Washington D.C.

7) **Korporasi Keuangan Internasional (International Finance Corporation 2 IFC)**

Didirikan sejak piagam IFC berlaku 20 Juli 1956. Meskipun berskutu dengan Bank Internasional, organisasi dalam kenyataan hukumnya berdiri sendiri dan dananya terpisah dari bank tersebut. Tapi keanggotaan korporasi tersebut terbuka untuk anggota-anggota bank.

Tujuannya untuk memajukan perkembangan ekonomi dengan menganjurkan pertumbuhan perusahaan swasta yang produktif di negara anggota, khususnya di daerah yang belum berkembang. IFC dikuasakan untuk mengadakan investasi di dalam perusahaan swasta yang produktif dengan bersekutu bersama penanam modal swasta, dan tanpa jaminan pemerintah tentang pembayaran kembali dimana tersedia cukup modal swasta atas syarat-syarat yang pantas: IFC juga merupakan yang “clearing house” untuk menghimpun kesempatan investasi, modal swasta, baik asing maupun domestik, manajemen yang berpengalaman.

Markas besarnya di Washington D.C.



8) **Organisasi Perburuhan Internasional (International Labour Organization —ILO)**

Didirikan 11 April 1919, ketika anggaran dasarnya diterima oleh sebagian besar peserta, sekaligus dijadikan bagian XII dari Perjanjian Versailles. ILO kemudian menjadi Badan Khusus PBB tahun 1946.

Tujuannya: menyumbangkan bantuan untuk terwujudnya perdamaian abadi melalui pelaksanaan keadilan sosial, dengan kegiatan-kegiatan internasional, memperbaiki keadaan perburuhan dan standar hidup: memajukan stabilitas ekonomi dan sosial. Markas besarnya di Jenewa Swiss.

9) **Dana Moneter Internasional (International Monetary Fund - IMF)**

Didirikan 27 Desember 1945, dengan berlakunya perjanjian yang disusun di Konpersi Bretton Woods Juli 1944. Dana tersebut memulai operasinya pada 1 Maret 1947,

Tujuannya: memajukan kerjasama moneter internasional dan memperluas perdagangan internasional, membantu pengadaan sistem multilateral pembayaran terhadap perjanjian-perjanjian yang sedang berlaku antara para anggota.

Markas besarnya di Washington D.C.

10) **Uni Telekomunikasi Internasional (International Telecommunication Union - ITU)**

Didirikan tahun 1865 dan menjadi badan khusus PBB tahun 1947.

Tujuannya: memberikan bantuan teknis agar menolong anggota mensejajarkan diri dengan kebutuhan telekomunikasi mutakhir dewasa ini, membakukan alat telekomunikasi dan prosedur serta penyusunan biaya.

ITU juga mengatur pembagian frekuensi radio dan melaksanakan studi serta memberikan rekomendasi bagi kepentingan para anggotanya.



Markas besarnya di Jenewa, Swiss.

11) **Organisasi Pendidikan, Ilmu Pengetahuan dan Kebudayaan PBB (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization - UNESCO)**

Didirikan 4 Nopember 1946, sesudah penandatanganan ke-20 statuta penyerahan kepada pemerintah Inggris.

Tujuannya: memajukan kerjasama antara negara-negara melalui pendidikan, ilmu pengetahuan dan kebudayaan agar memajukan keadilan, tata hukum, hak-hak manusia dan kebebasan tanpa perbedaan ras, seks, bahasa atau agama.

Markas besarnya di Paris, Perancis.

12) **Uni Pos Sedunia (Universal Postal Union - UPU)**

Didirikan 9 Oktober 1874 dan menjadi badan khusus PBB tahun 1947.

Tujuannya: pertukaran timbal balik korespondensi melalui prosedur-prosedur seragam yang ditempuh oleh semua anggota UPU: membantu pemerintah-pemerintah dalam modernisasi serta mempercepat prosedur pengiriman pos.

Markas besarnya di Bern, Swiss.

13) **Organisasi Kesehatan Sedunia (World Health Organization - WHO)**

Didirikan 7 April 1948 setelah anggaran dasarnya diterima oleh 26 anggota PBB. Sebelum itu, anggaran dasar ini telah disetujui oleh Konpersi Kesehatan Internasional di New York tanggal 22 Juli 1946.

Tujuannya: membantu semua bangsa untuk mencapai tingkatan kesehatan setinggi mungkin.

Markas besarnya di Jenewa, Swiss.

14) **Organisasi Meteorologis Sedunia (World Meteorological Organization WMO)**

Didirikan 23 Maret 1950, menggantikan Organisasi Meteorologis Internasional, sebuah organisasi non-pemerintah yang telah berdiri sejak tahun 1878.



Tujuan pertukaran internasional, laporan cuaca dan penstandarisasian pengamatan. Juga membantu negara-negara sedang berkembang mendirikan dinas cuaca untuk keperluan ekonomi mereka sendiri dan berusaha mengisi kekosongan dalam stasiun-stasiun pengamatan.

Juga bermaksud untuk memajukan pemeriksaan meteorologis sehubungan dengan pesawat-pesawat terbang jet, satelit, sumber-sumber tenaga, dan lain sebagainya. Markas besarnya di Jenewa, Swiss.¹⁵²

¹⁵² *Ibid.* hal. 92



BAB 26

TEORI KEADILAN

Teori Keadilan

Teori-teori Hukum Alam sejak Socretes hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “the search for justice”.¹⁵³ Berbagai macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran. Diantara teori-teori itu dapat disebut: teori keadilan Aristoteles dalam bukunya *nicomachean ethics* dan teori keadilan sosial John Rawl dalam bukunya *a theory of justice* dan teori hukum dan keadilan Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*.

1. Teori Keadilan Aritoteles

Pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *nicomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Spesifik dilihat dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang berdasarkan filsafat hukum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.¹⁵⁴

Pada pokoknya pandangan keadilan ini sebagai suatu pemberian hak persamaan tapi bukan persamarataan. Aristoteles membedakan hak persamaanya sesuai dengan hak proposional. Kesamaan hak dipandangan manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Inilah yang dapat dipahami

¹⁵³ Carl Joachim Friedrich. *Filsafat Hukum Perspektif Historis*. Bandung, Nuansa dan Nusamedia, 2004. hal. 24

¹⁵⁴ L. J. Van Apeldoorn. *Pengantar Ilmu Hukum*, cetakan 26. Jakarta, Pradnya Paramita, 1996. hal. 11-12



bahwa semua orang atau setiap warga negara dihadapan hukum sama. Kesamaan proposional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan dan prestasi yang telah dilakukannya.

Lebih lanjut, keadilan menurut pandangan Aristoteles dibagi kedalam dua macam keadilan, keadilan “distributief” dan keadilan “commutatief”. Keadilan distributif ialah keadilan yang memberikan kepada tiap orang porsi menurut pretasinya. Keadilan commutatief memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membeda-bedakan prestasinya dalam hal ini berkaitan dengan peranan tukar menukar barang dan jasa.¹⁵⁵ Dari pembagian macam keadilan ini Aristoteles mendapatkan banyak kontroversi dan perdebatan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebaikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.¹⁵⁶

2. Teori Keadilan John Rawls

Beberapa konsep keadilan yang dikemukakan oleh Filsuf Amerika di akhir abad ke-20, John Rawls, seperti A Theory of justice, Political Liberalism, dan The Law of Peoples, yang memberikan pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus nilai-nilai keadilan.¹⁵⁷

John Rawls yang dipandang sebagai perspektif “liberal-egalitarian of social justice”, berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (social institutions). Akan tetapi, kebajikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau menggugat rasa

¹⁵⁵ Carl Joachim Friedrich. *Op Cit*, 2004. hal. 25

¹⁵⁶ Pan Mohamad Faiz. *Teori Keadilan John Rawls*, dalam Jurnal Konstitusi, Volume 6 Nomor 1, 2009. hal. 135.

¹⁵⁷ *Ibid.* hal. 139



keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan. Khususnya masyarakat lemah pencari keadilan.¹⁵⁸

Secara spesifik, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaanya yang dikenal dengan “posisi asali” (original position) dan “selubung ketidaktahuan” (veil of ignorance).¹⁵⁹

Pandangan Rawls memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam masyarakat. Tidak ada perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai suatu “posisi asali” yang bertumpu pada pengertian ekulibrium reflektif dengan didasari oleh ciri rasionalitas (rationality), kebebasan (freedom), dan persamaan (equality) guna mengatur struktur dasar masyarakat (basic structure of society).

Sementara konsep “selubung ketidaktahuan” diterjemahkan oleh John Rawls bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang. Dengan konsep itu Rawls menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip persamaan yang adil dengan teorinya disebut sebagai “Justice as fairness”.¹⁶⁰

Dalam pandangan John Rawls terhadap konsep “posisi asali” terdapat prinsip-prinsip keadilan yang utama, diantaranya prinsip persamaan, yakni setiap orang sama atas kebebasan yang bersifat universal, hakiki dan kompitabel dan ketidaksamaan atas kebutuhan sosial, ekonomi pada diri

¹⁵⁸ *Ibid.* hal. 140

¹⁵⁹ *Ibid*

¹⁶⁰ John Rawls. *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Teori Keadilan. Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2006. hal. 90



masing-masing individu. Prinsip pertama yang dinyatakan sebagai prinsip kebebasan yang sama (equal liberty principle), seperti kebebasan beragama (freedom of religion), kemerdekaan berpolitik (political of liberty), kebebasan berpendapat dan mengemukakan ekspresi (freedom of speech and expression), sedangkan prinsip kedua dinyatakan sebagai prinsip perbedaan (difference principle), yang menghipotesakan pada prinsip persamaan kesempatan (equal opportunity principle).

Lebih lanjut John Rawls menegaskan pandangannya terhadap keadilan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik.¹⁶¹

Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: Pertama, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. Kedua, setiap aturan harus meposisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidak-adilan yang dialami kaum lemah.

3. Teori Keadilan Hans Kelsen

Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat

¹⁶¹ Hans Kelsen. *General Theory of Law and State*, diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Bandung, Nusa Media, 2011. hal. 7



mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan didalamnya.¹⁶²

Pandangan Hans Kelsen ini pandangan yang bersifat positifisme, nilai-nilai keadilan individu dapat diketahui dengan aturan-aturan hukum yang mengakomodir nilai-nilai umum, namun tetap pemenuhan rasa keadilan dan kebahagiaan diperuntukan tiap individu.

Lebih lanjut Hans Kelsen mengemukakan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang bersifat subjektif. Walaupun suatu tatanan yang adil yang beranggapan bahwa suatu tatanan bukan kebahagiaan setiap perorangan, melainkan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yakni terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa atau pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan sandang, pangan dan papan. Tetapi kebutuhan-kebutuhan manusia yang manakah yang patut diutamakan. Hal ini dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional, yang merupakan sebuah pertimbangan nilai, ditentukan oleh faktor faktor emosional dan oleh sebab itu bersifat subjektif.¹⁶³

Sebagai aliran positifisme Hans Kelsen mengakui juga bahwa keadilan mutlak berasal dari alam, yakni lahir dari hakikat suatu benda atau hakikat manusia, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pemikiran tersebut diesensikan sebagai doktrin yang disebut hukum alam. Doktrin hukum alam beranggapan bahwa ada suatu keteraturan hubungan-hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya sah dan adil, karena berasal dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan.¹⁶⁴

Pemikiran tentang konsep keadilan, Hans Kelsen yang menganut aliran positifisme, mengakui juga kebenaran dari hukum alam. Sehingga

¹⁶² *Ibid.* hal. 9

¹⁶³ *Ibid.* hal. 12

¹⁶⁴ *Ibid.* hal. 14



pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam.

Menurut Hans Kelsen:¹⁶⁵

“Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato. Inti dari filsafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda: yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat ditangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak.”

Dua hal lagi konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen: pertama tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tata-tatanan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan.¹⁶⁶

Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan di atas dasar suatu yang kokoh dari suatu tananan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian “Keadilan” bermaknakan legalitas. Suatu peraturan umum adalah “adil” jika ia benar-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.¹⁶⁷

Konsep keadilan dan legalitas inilah yang diterapkan dalam hukum nasional bangsa Indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum nasional dapat dijadikan sebagai payung hukum (law umbrella) bagi peraturan-peraturan

¹⁶⁵ *Ibid*

¹⁶⁶ Kahar Masyhur. *Membina Moral dan Akhlak*. Jakarta, Kalam Mulia, 1985. hal. 68

¹⁶⁷ *Ibid*. hal. 71



hukum nasional lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu memiliki daya ikat terhadap materi-materi yang dimuat (materi muatan) dalam peraturan hukum tersebut.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Suhrawardi K. Lunis. *Etika Profesi Hukum*, Cetakan Kedua. Jakarta, Sinar Grafika, 2000. hal. 50.





BAB 27

PERKEMBANGAN PEMIKIRAN ILMU HUKUM

1. Obje Salman

Menurutnya terhadap dua pandangan besar (*grand theory*) teori hukum yang masing-masing bertolak belakang namun ada dalam satu realitas seperti sebuah gambaran satu mata uang yang memiliki dua belah bagian yang berbeda. Untuk lebih lengkap dapat dilihat penjelasannya sebagai berikut¹⁶⁹. Pertama, pandangan yang didukung 3 (tiga) argument yaitu pandangan bahwa hukum sebagai; (a) suatu system, yang pada prinsipnya dapat diprediksi dari pengetahuan yang akurat tentang kondisi system itu sekarang; (b) perilaku system ditentukan sepenuhnya oleh bagian-bagian yang terkecil dari sistem itu, dan (c) teori hukum mampu menjelaskan persoalannya sebagaimana adanya tanpa keterkaitan dengan orang (pengamat).

Gambaran pertama tersebut membawa kita kepada pandangan bahwa teori hukum bersifat *deterministic, reduksionis, dan realistic*. Meski demikian kita akan melihat juga beberapa pandangan yang mencoba mengentengahkan pandangan yang lebih *holistic*, bahkan mereka yang percaya bahwa teori ini jelas-jelas memandang teori sistem sebagai sesuatu yang *holistic*, meski pada sisi yang lain hal itu ternyata dapat dibuktikan secara berbeda, karena teori-teori tentang sistem belumlah lengkap memandang sebuah realitas, namun masih ada realitas lain yang tidak sistemik sebagaimana digambarkan pada

¹⁶⁹H.R.Otje Salman dan Anton F. Susato, 2004, Teoei Hukum (mengingat mengumpulkan, dan membuka kembali), Bandung: Refika Adita, hlm. 47.



teoretisi sistem. Beberapa pandangan positivistic berada pada jalur yang disebut teori sistem ini, di samping beberapa aliran lain yang lebih luas.

Kedua, pandangan yang menyatakan bahwa hukum bukanlah sebagai suatu sistem yang teratur tetapi merupakan sesuatu yang berkaitan dengan ketidakberaturan, tidak dapat diramalkan, dan bahwa hukum sangat dipengaruhi oleh persepsi orang (pengamat) dalam memaknai hukum tersebut. Mengenai pandangan yang kedua ini banyak yang dikemukakan oleh mereka yang beraliran sosiologis (mikro), bahkan pandangan post-modernis. Mereka memandang setiap saat dalam waktu yang tidak dapat dipastikan, hukum mengalami perubahan baik kecil maupun besar, evolutif ataupun revolusioner.

2. Black dan Milovanovich

Meski tidak dapat disebut sebagai teori besar (*grand theory*) tetapi pandangan Donald dan Dragon Milovanovich dapat memberikan pemahaman yang cukup luas dan mendalam mengenai ragam teori dalam ilmu hukum. Donald Black menjelaskan ada 2 (dua) model hukum, meskipun hal ini bukan berarti seolah-olah hukum dipilah sedemikian rupa, sehingga akan terlihat menjadi reduksionis. Black berharap bahwa pembagian ini dapat mempertajam wilayah analisis terhadap keberagaman teori yang seringkali dipahami secara campur-aduk, sehingga demikian wilayah itu menjadi jelas ada pada posisi mana apabila seseorang menjelaskan tentang teori hukum

Adapun kedua model yang oleh Black disebut dengan *jurisprudentie* model dan *sociological* model dapat dijelaskan dalam table berikut ini ¹⁷⁰.

	Jurisprudentie Model	Sociological Model
Focus	Rules	Social structure
Process	Logical	Behavior
Scope	Universal	Variable
Perspective	Participant	Observer

¹⁷⁰Lihat Donald Black, 1989, *Sociological Justice*, Oxford University Press, hlm. 19-22.



Purpose Goal	Practical Decision	Scientific Explanation
-----------------	-----------------------	---------------------------

Dalam *jurisprudentie*, kajian hukum lebih memfokuskan kepada produk kebijakan (aturan/rules). Rules sebagai produk ini menyebut, baik dalam bentuknya sebagai sistem aturan yang terkodifikasi atau tidak (*statutory/case*). Menurut model ini proses hukum berlangsung ditata dan diatur oleh sesuatu yang disebut sebagai logic (logika sistem/hukum). Hukum dilihat sebagai sesuatu yang bersifat mekanis dan mengatur dirinya melalui rules dan logika tadi. Oleh karena itu, penyelesaian masalah pun lebih mengandalkan kemampuan logika tadi.

Hukum dianggap sebagai sesuatu yang abstrak yang hadir dalam bentuk keharusan-keharusan (*das sollen*). Pada posisi ini manusia akan bertindak sebagai partisipan (actor yang berperan menjalankan sistem tersebut), mereka yang bermain dan memainkan sistem berdasarkan logika tadi. Tujuan lebih kepada kepentingan praktik dan untuk membuat keputusan.

Sedangkan dalam *sociological model*. Focus kajian hukum lebih kepada struktur social. Kajian ini tentu saja lebih kompleks dari sekedar hukum sebagai produk karena struktur social selalu memperlihatkan perubahan yang dramatis dan sulit diduga. Dengan menitikberatkan pada kajian yang lebih luas tadi maka prosesnya pun yang lebih diperhatikan adalah perilaku. Hal inilah yang menjadi alasan kajian dalam model ini sangat luas dan dramatis.

Dalam model sosiologi ini yang dipentingkan adalah keragaman dan keunikan dan menempatkan seseorang sebagai peneliti (*observer*) dan bukan partisipan. Posisi ini memudahkan untuk melihat proses secara utuh, dengan tujuan akhir bermaksud untuk menjelaskan fenomena-fenomena yang ada dalam realitas sebenarnya.

Apabila dilihat lebih jauh pandangan Bleck di atas, senada dengan pendapat Dragon Milovanovich, ketika menjelaskan tentang model hukum yang



disebutnya dengan model jurisprudensi dan model¹⁷¹. Jurisprudensi model menjelaskan tentang:

- a. Sistem aturan-aturan tertulis yang ada, ditentukan dalam bentuk terkodifikasi oleh Negara (*statutory and case law*);
- b. Sistematisasi mereka yang sedang berlangsung menjadi suatu badan hukum yang relevan oleh beberapa prinsip justifikasi yang koordinatif;
- c. Aplikasi wacana hukum doktrin yang disusun oleh suatu struktur morfologi yang relevan (arti kata) dan struktur sintaktis (konstruksi linear naratif dan teks) untuk melakukan pertimbangan hukum yang benar;
- d. Aplikasi formal, logika untuk proposisi doktrin yang abstrak dan umum dengan penggunaan hukum doktrin terhadap situasi-situasi factual oleh staf khusus yang menyediakan peluang penyelesaian tingkat tinggi terhadap masalah-masalah yang kontroversi; dan
- e. Bagaimana semua konflik dapat dimasukkan (*self-referencing*) terhadap beberapa postulat absolut yang memberikan badan dari premis dan sistem formal yang *self-regulating* (*homeostatis*);

Adapun *sociological* model, adalah ilmu tentang:

- a. Evolusi, stabilisasi, fungsi, dan pembenaran bentuk-bentuk control social;
- b. Bentuk-bentuk pemikiran dan pemahaman hukum jika dihubungkan dengan aturan/tatanan ekonomi politik tertentu;
- c. Prinsip-prinsip legitimasi dan pengaruh-pengaruh yang berevolusi dengan prinsip;
- d. Penyebab perkembangan bentuk control social dari staf dan spesialisasi yang merupakan promotornya;
- e. Transmisi metode pemahaman hukum yang benar;
- f. Penciptaan subjek yuridis dengan hak-hak formal, abstrak, dan universal;

¹⁷¹Mengenai model ini dikutip secara lengkap dari buku Otje Salamn dan Anthon F. Susanto, 2004, *Aspek-aspek Sosiologi Hukum*, Bandung: Alumni, hlm. 2-5.



Berdasarkan pandangan di atas, nampaknya teori hukum dapat dikategorikan sesuatu dengan dua model hukum di atas; ada teori hukum yang didasarkan kepada *jurisprudentie model* dan ada yang didasarkan kepada *sociological model*. Dalam model pertama, pemikiran hukum akan menjelaskan wilayah yang ada kaitannya dengan asas, aturan tertulis. Kaidah, norma atau putusan hakim. Terkodifikasi, tersistematisasi dan biasanya muncul dalam kegiatan para profesional, seperti hakim, pengacara, jaksa atau pembentukan undang-undang. Pandangan demikian itu lazimnya tidak disebut sebagai teori tetapi sebagai ajaran atau doktrin, sedangkan dalam *sociological model* maka itu disebut teori¹⁷².

3. D.H.M. Meuwissen

Teori hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh D.H.M. Meuwissen pada bagian berikut ini direngkaikannya dari ajaran beberapa ahli hukum, yaitu ¹⁷³:

a. Teori Hukum Fungsional

Ajaran ini dikembangkan oleh J. ter Heide, seorang guru besar dari Rotterdam, Belanda, yang berintikan pandangan bahwa berfungsinya hukum dapat dipahami sebagai pengartikulasian suatu hubungan yang ajeng di antara sejumlah variable. Ter Heide menyatakan hubungan tersebut dalam rumus (formal) "B=FPE", yang berarti perilakupara yuris, hakim, pembentuk undang-undang, warga masyarakat (B) berada dalam suatu hubungan yang ajeng (F) terhadap di satu pihak berbagai kaidah hukum (P) dan di lain pihak lingkungan-lingkungan konkret (E). Dengan cara ini diperoleh suatu pemahaman (*in-sight*) tentang berfungsinya hukum, dalam arti bahwa ia dipahami sebagai suatu "data" (keterberian) dalam suatu konteks kemasyarakatan, yang di dalamnya tidak hanya keadaan-keadaan (lingkungan) factual, tetapi juga kaidah-kaidah, harapan-harapan, asas-asas mempunyai arti penting. Dengan latar

¹⁷²Soetandyo Wigjosoebroto, 2002, Hukum, Paradigma, metode dan Dinamika Masalahannya, Jakarta: ELSAM-HUMA.

¹⁷³D.H.M. Meuwissen, OP. cit. hlm. 33-34.



belakang tersebut, Ter Heide menunjukkan bahwa tindakan yuridik (perbuatan hukum) itu tidak hanya menerapkan kaidah-kaidah, tetapi juga menetapkan kaidah-kaidah, ia menciptakan harapan-harapan, dan ia mengartikulasi "makna" yang terkandung dalam suatu cakrawala pengalaman tertentu.

b. Teori Sistem

Teori sistem ini dikembangkan oleh Niklas Luhman, seorang yuris sosiologi berkebangsaan Jerman, yang menegaskan bahwa hukum harus dipahami dengan latar belakang masyarakat dalam arti yang seluasnya. Manusia-manusia hidup dalam berbagai hubungan antara yang satu dengan yang lainnya dan mempunyai harapan-harapan tentang perilaku masing-masing dan tentang reaksi-reaksi masing-masing terhadapnya. Semua peran-peran yang menjemuk ini menurut Luhman sebagai sifat yang khaotik. Menurut pandangannya, fungsi dari sistem itu adalah mereduksi kompleksitas (kemajemukan) ini menjadi struktur-struktur yang kurang lebih jelas kerangka umumnya (*overzichtelijk*). Dengan cara itu kehidupan menjadi tertata dan kepastian di dalam masyarakat dapat diciptakan. Sistem ini memperlihatkan sejumlah besar bentuk-bentuk, misalnya politik, ekonomi, ilmu, hukum. Daya jangkau dari hukum adalah secara umum untuk memungkinkan berfungsinya semua sistem yang lain. Untuk itu maka hukum harus mengupayakan bahwa di dalam masyarakat tersedia keputusan-keputusan hukum yang mengikat. Hukum mengambil dari masyarakat pada satu pihak berbagai keterberian atau data (*input*) dan mengolahnya menjadi keputusan-keputusan (*output*) pada pihak lain. Dalam arti demikian, maka harapan-harapan yang kompleks direduksi menjadi aturan-aturan hukum yang dapat diperhitungkan dipredik dan berkerangka umum. Sementara itu, kita tidak boleh mengacaukan pengertian sistem dalam teori hukum ini dengan pengertian sistem hukum. Dengan yang terakhir ini dimaksudkan suatu konstruksi (teoretikal), yang di dalamnya berbagai kaidah hukum



dipikirkan dalam suatu hubungan logic konsistem menjadi suatu kesatuan tertentu. Dalam model dari Luhman dinyatakan suatu interpretasi tertentu tentang kenyataan empiri⁴³⁹mpiricalhukum. Oleh karena itu, teorinya juga mempunyai arti penting untuk sosiologi hukum.

c. Teori Hukum Politik

Teori ini dikemukakan oleh R. Wietholter, seorang guru besar dari Frankfrut, Belanda, dengan tujuan untuk membebaskan hukum dari keabstrakannya dan menonjolkan implikasi-implikasi politik dari hukum itu. Hukum dipandang sebagai kategori politik, sebagai suatu sarana untuk mewujudkan suatu pergaulan hidup yang baik dan adil. Di sini diungkapkan bahwa hukum itu bukan gejala bebas nilai yang netral, tetapi bahwa di dalamnya dinyatakan berkaitan dengan politik. Oleh karena itu, hukum itu selalu merupakan resultat produk dari proses politik. Teori hukum politik menginginkan antara lain memantapkan perhatian pada hal tersebut.





BAB 28

TEORI NEGARA HUKUM

A. Teori Negara Hukum

Catatan tentang Negara hukum telah tumpah di atas berbagai tempat dan ruang social. Juru tulis dan pemikir-pemikir baik di barat maupun timur menempatkan kajian Negara hukum sebagai kajian utama yang mendapatkan porsi yang besar. Space kajian Negara hukum dengan segala instrumennya, membawa kita pada satu asumsi dasar, bahwa hukum telah menjadi satu kajian penting bagi bangunan dasar suatu Negara.

Hukum, memang sekedar alat bantu untuk manusia, bukan tujuan. Hukum ibarat rumah virtual untuk hidup bersama. Di satu sisi, ia diciptakan untuk melindungi, tetapi di sisi lain menggendong risiko membatasi, persis seperti tembok-tembok yang menjadi tembok rumah maupun tembok penyekat kamar dalam rumah¹⁷⁴.

Hukum adalah alat bantu personal. Manusia yang pada dasarnya lemah, atau tidak sempurna (dan dalam hal ini beda dengan binatang yang lahir sudah sempurna¹⁷⁵).

Hukum diciptakan juga untuk mengatur ketertiban kebersamaan yang ada. Disini hukum menjadi alat bantu sosial. Karena hukum adalah alat bantu social, maka menekankan posisi hukum sebagai instrument memiliki kekuatan legitimasi.

¹⁷⁴ Al. Andang L, Binawan, "Menurut Logika Legislasi," Jentera Jurnal Hukum, Legislasi, Jakarta, Edisi 10-Tahun III, 2005.

¹⁷⁵ *Ibid*, 2005.



Apabila kita merujuk konsep hukum masa kini, maka bangunan dasar Negara harus merespons realitas sosial (social reality), dan respons terhadap realitas sosial agar teratur atau memiliki keteraturan adalah dengan menggunakan hukum untuk mengikat mereka. Keterikatan warga Negara pada hukum merupakan upaya untuk menemukan kembali esensi Negara didirikan. Bahwa Negara didirikan adalah untuk melindungi kemerdekaan individu, dan untuk melindungi kemerdekaan individu itu, Negara membuat hukum sebagai “alat sosial” untuk menciptakan keteraturan.

Sebab itu, tipe tindakan Negara hukum harus merujuk pada dimensi-dimensi hakiki masyarakat, bahwa masyarakat sebagai basis sosial harus dijadikan sebagai subjek sosial satu sisi dalam arti mereka adalah pelaku-pelaku yang berpotensi untuk menegakkan keteraturan sosial tetapi pada sisi lain, bahwa masyarakat juga bisa menjadi “objek”, mereka akan dijerat oleh sanksi yang dibuat untuk keteraturan tersebut.

Dalam terminologi hukum ketatanegaraan sampai saat ini konsep Negara yang baik dan responsif diarahkan kepada tipe Negara kesejahteraan, terutama tipe Negara hukum materiil yang semakin menjauh dari tipologi Negara hukum sebagai penjaga malam (nachtwatcher staat) atau Negara hukum formal atau formale rechtsstaat¹⁷⁶. Tugas Negara dalam konteks ini bukan lagi sebagai pengatur tata lalu lintas masyarakat. Negara bukan hanya sekedar polisi, jaksa dan hakim yang bertugas menghukum dan menindak, akan tetapi tugas Negara adalah menciptakan kesejahteraan sosial.

Sebab itu, perkembangan umat manusia tidak sejalan sirkuler pada satu arah dan statis. Namun dinamika perkembangan sejarah kemanusiaan justru menuntut seluruh instrument yang berkaitan dengannya meningkat. Bahwa obsesi untuk membangun kekuatan sosial tidak bisa lagi mengandalkan individu-individu yang “dianggap” merdeka, namun Negara bertanggung jawab (accountability) untuk memelihara, menikan dan menegakan derajat

¹⁷⁶ *Ibid*, 2005.



kesejahteraan sosial warganya (welfare of citizen). Negara hukum (state of law) bertugas untuk menciptakan kemajuan sosial bagi masyarakatnya. Dengan hukum sebagai (a tool of sosial engginering) diciptakan untuk membangun masyarakat yang sejahtera.

Apabila kita merujuk pada Al. Andang L. Binawan: bahwa ciri hakiki hukum bermakna ganda. Ia menyebutkan sebagai berikut: *pertama*, relasi antar manusia, setidaknya dua orang, adalah *conditio sine qua non* (syarat mutlak keberadaan) dan relasi setidaknya dua orang (tentu saja dalam ruang dan waktu yang relative sama) otomatis menghadirkan hukum, meski mungkin secara implisit. Ciri ini juga penting untuk diperhatikan karena menyangkut subjek yang melakukan, dan juga menyangkut kriteria relasi yang baik, yang pada gilirannya akan menentukan derajat keadilan suatu hukum. Kedua, ciri relasional hukum juga berarti bahwa itu berciri menghubungkan. Mungkin *raison d'etre* (alasan keberadaannya) dari hukum. Terlebih dalam dunia modern, di mana individu makin tercera-berai, hukum menjadi mutlak perlu. Ada gelombang sentripetal dalam masyarakat, yang membuat kesatuan menjadi sulit dipertahankan. Disinilah hukum berperan menghubungkan dan menyatukan. Hukum menjadi sarana pemaks, khususnya dengan sanksi yang melekat padanya. Individu yang cenderung otonom menjadi lebih sulit disatukan, maka memang hanya mungkin dihubungkan dengan paksaan hukum. Ketiga ciri kompromis, karena adanya keragaman pemahaman tentang banyak hal, khususnya tentang keadilan, yang ada di tengah masyarakat, maka diperlukan suatu kompromis. Ciri kompromis ini tidak harus ditafsikan sebagai hal yang negative. Dalam hukum, masing-masing subjek yang berelasi akan membawa konsepnya masing-masing dan dipertemukan dengan konsep orang lain. Tidak mungkin ada konsep yang persis sama, karena setidaknya dua orang adalah hasil kompromi dari setidaknya dua konsep keadilan. Meski begitu, hasil kompromi yang di antarpihak untuk hidup bersama bukanlah zero sum game, perlu adanya batas



minimalnya. Secara universal, batas minimal adalah hak asasi manusia. Dalam konteks Negara, batas minimalnya adalah konstitusi¹⁷⁷.

Sebab itulah, keberadaan hukum sebagai bangunan dasar untuk mengintergrasikan kelompok-kelompok sosial masyarakat (social groups) menjadi tak terhindarkan. Karena kelompok-kelompok sosial itu particular (social groups particularly), maka yang menyatukan partikularisme (from particular to intergrated) kelompok sosial itu adalah Negara. Negara memiliki instrument hukum (law instrument) sebagai pengatur juga sebagai perekayasa sosial.

Negara sebagai suatu entitas sosial (social entity), memiliki kewajiban-kewajiban asasi. Kewajiban-kewajiban asasi Negara yang berat dan membutuhkan kekuatan ekstra, mengharuskannya membentuk instrument-instrmen sebagai alat. Dan kewajiban inilah yang menyebabkan Negara harus memberi hukuman (punishment) kepada mereka yang melanggar instrument Negara. Inilah yang menjadi salah satu ciri terpenting dari Negara hukum.

Perkembangan konsep Negara hukum merupakan produk dari sejarah, sebab rumusab atau pengertain Negara hukum terus berkembang mengikuti sejarah perkembangan umat manusia. Karena itu dalam rangka memahami secara tepat dan benar konsep Negara hukum, perlu terlebih dahulu diketahui gambaran sejarah perkembangan pemikiran politik dan hukum, yang mendorong lahir dan berkembangnya konsepsi Negara hukum (S.F. Marbun, 1997: 9). Selain itu pemikiran tentang Negara hukum merupakan gagasan modern yang multiperspektif dan selalu actual¹⁷⁸. Ditinjau dari perspektif historis perkembangan pemikiran filsafat hukum dan kenegaraan gagasan mengenai Negara hukum sudah berkembang sejak¹⁷⁹. Akar tejaauh mengenai perkembangan awal pemikiran Negara hukum adalah pada masa yunani kuno.

¹⁷⁷*Ibid*, 2007

¹⁷⁸Sobirin Malian, *Gagasan Perlunya Konstitusi Baru Pengganti UUD 1945*, FH UII Press, Yogyakarta: 2001.

¹⁷⁹ J.J. Von Schmid, *Pemikiran Tentang Negara Dan Hukum, Pembangunan*, Jakarta: 1988.



Menurut jimly Asshiddiqie gagasan kedaulatan rakyat tumbuh dan berkembang dari tradisi romawi, sedangkan tradisi yunani kuno menjadi sumber dari gagasan kedaulatan hukum¹⁸⁰.

Ide Negara hukum, selain terkait dengan konsep 'rechtsstaat' dan 'the rule of law', juga berkaitan dengan konsep 'nomos' dan 'cratos'. Perkataan nomokrasi itu dapat dibandingkan dengan 'demos' dan 'cratos' atau; 'kratien' dalam demokrasi. 'nomos' bearti norma, sedangkan 'cratos' adalah kekuasaan. Hal yang dibayangkan sebagai factor penentu dalam penyelenggaraan kekuasaan adalah norma dan hukum. Karena itu, istilah nomokrasi itu berkaitan erat dengan ide kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi. Dalam istilah yang dikembangkan oleh A.V. Dicey, hal itu dapat dikaitkan prinsip "rule of law" yang berkembang di Amerika Serikat sebagai jargon "the rule of law, and not of man". Yang sesungguhnya dianggap sebagai pemimpin adalah hukum itu sendiri, bukan orang. Dalam buku plato berjudul "Nomot" yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa inggris dengan judul "The Laws" (Plato,1986). Jelas tergambar bagaimana ide nomokrasi itu sesungguhnya telah sejak lama dikembangkan dari zaman yunani kuno¹⁸¹.

Dalam konteks ini Marwan Efendi menegaskan bahwa padanan "istilah" Negara hukum dapat dibagi dalam beberapa kategori: Pertama, Belanda dan Jerman lazim menggunakan istilah "*rechtsstaat*", Inggris memakai "*The Rule of law*". Perancis menggunakan "*etat de droit*", dan Amerika Serikat memakai "*government of law, but not man*"; Kedua, istilah "*reshtsstaat*" dan istilah "*etat de deroit*" dikenal di Negara Anglo Saxon; Ketiga istilah "*socialist legality*" dikenal di Negara yang bepaham komunis; dan Keempat, dalam kepustakaan Indonesia selain dikenal istilah "*reshtsstaat*" juga ada "*the rule of law*"¹⁸².

¹⁸⁰Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Kontitusi Dan Pelaksanaanya Di Indonesia*, Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta: 1994.

¹⁸¹Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme di Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2004.

¹⁸²Marwan Effendi, *Kejaksaan RI: Posisi dan Fungsinya dari Perspektif Hukum*, Gramedia, Jakarta: 2005.



Dalam catatan sejarah ketatanegaraan, konsep Negara hukum merefleksikan beragam varian dan dianut oleh sejumlah Negara. Ada tipologi Negara hukum yang merefleksikan konsep hukum aari Qur'an dan Sunnah atan tipologi Negara hukum nomokrasi islam, negara hukum konsep Eropa Kontinental (reshtssaat), tipologi Negara hukum Anglo-Saxon (rule of law), tipologi negara hukum sosialis legality dan tipologi negara hukum pancasila¹⁸³. Tipe negara hukum tersebut memiliki ciri dan karakter hukum tersendiri dalam merefleksikan nilai-nilai konsitusi yang dianutnya. Meskipun banyak tipe negara hukum, namun substansinya menjalankan system pemerintahan sesuai peraturan perundangan-undangan. Sistem pemerintahan merefleksikan tatanan hukum yang responsive sesuai dengan kehendak masyarakat. Asumsi ini didasarkan pada ide pertama Negara hukum yang dicetuskan oleh Plato yang diambil dari konsep "nomoi"¹⁸⁴. Dalam konsep nomoi, menurut Plato, penyelenggaraan negara yang baik adalah didasarkan kepada peraturan (huku) yang baik¹⁸⁵.

Profesor Utrecht membedakan antara negara hukum formil atau negara hukum klasik., dan negara hukum materiil atau negara hukum modern. Negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundangan-undangan tertulis. Sedangkan yang kedua, yaitu Negara hukum materiil yang lebih mutakhir mencangkup pula pengertian keadilan di dalamnya. Karena itu. Wolfgang Friedman dalam bukunya 'Law in a Changing Society' membedakan antara 'rule of law' dalam arti dalam arti materiil yaitu 'organized public power', dan 'rule of law' dalam arti materiil yaitu 'the ruleof just law'¹⁸⁶.

¹⁸³ Muhammad Thahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari segi hukum islam, implementasinya pada periode Negara madinah dan masa kini*, cetakan keempat, Kencana Prenada Media Group, Jakarta: 2010

¹⁸⁴ *Ibid.* hlm.63.

¹⁸⁵ *Ibid.*hlm. 26

¹⁸⁶ E. Utrech, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Ichtiar, Jakarta, 1962.



Konsep tentang Negara hukum mengalami pertumbuhan menjelang abad XX yang ditandai dengan lahirnya konsep Negara hukum modern (welfare state), di mana tugas negara sebagai penjaga malam dan keamanan mulai berubah. Konsepsi *nathwachterstaat* bergeser menjadi *welfarestate*. Negara tidak boleh pasif tetapi harus aktif turut serta dalam kegiatan masyarakat, sehingga kesejahteraan bagi segenap warganya terjamin.

Menurut Malian untuk pertama kalinya konsep tentang Negara hukum dikemukakan oleh Plato kemudian selanjutnya dikembangkan dan dipertegas kembali oleh Aristoteles di dalam buku Plato, yang berjudul *politea*, diuraikan betapa penguasa di masa Plato hidup (429 SM-346 SM) sangatlah tirani, haus dan giat akan kekuasaan serta sewenang-wenang dan sama sekali tidak memperdulikan kepentingan rakyatnya. Selanjutnya Plato dengan gamblang menyampaikan pesan moral, agar penguasa berbuat adil, menjunjung tinggi nilai kesucilaan dan kebijaksanaan serta senantiasa memperhatikan kepentingan/nasib rakyatnya¹⁸⁷. Dalam pada itu Plato di dalam bukunya yang berjudul *politicos*. di dalam buku tersebut Plato memaparkan suatu konsep agar suatu negara dikelola dan dijalankan atas dasar hukum (rule of the game), demi warga negara yang bersangkutan. Sedangkan dalam buku ketiga dari Plato yang berjudul *Nomoi*, Plato lebih menekankan konsepnya pada para penyelenggara Negara agar senantiasa diatur dan dibatasi kewenangannya dengan hukum agar tidak bertindak sekehendak hatinya¹⁸⁸.

Gagasan dasar Plato yang berkelindan pada masa itu, justru melampaui zaman dan sejarahnya. Plato mengajukan hukum sebagai kerangka dasar untuk mengatur kehidupan umat manusia, dan dengan hukum itulah dasa-dasar Negara sebagai basis awal sejarah demokrasi diperkenalkan. ide dasar (basic idea) Plato melihat, bahwa kepentingan banyak orang harus ditempatkan di

¹⁸⁷Madjid H. Abdullah, *Penataan Hukum Organisasi Perangkat Daerah dalam Konteks Otonomi Daerah Berdasarkan Prinsip-Prinsip Tata Pemerintahan yang baik*, Disertasi Pasca sarjana Unhsd, Makassar, 2007.

¹⁸⁸Hamzah Halim, *Persekongkolan Rezim Politik Lokal: Studi Atas Relasi Antara Eksekutif dan Legislatif*, PuKAp-Indonesia, Makassar, 2009.



atas seluruh kepentingan pribadi dan golongan. Kepentingan pribadi dan golongan di anggap sebagai residu dari kepentingan orang banyak. Namun para pemikir hukum kenegaraan modern telah melakukan perubahan atas ide dasar Plato tersebut. Karena itu, orang seperti Friedrich Julius stahl, yang kemudian hadir belakangan, memperkenalkan Negara hukum persepsi zamannya. Ciri-ciri *rechstaat* menurut Friedrich Julius¹⁸⁹:

1. HAM
2. Pembagian kekuasaan berdasar trias politika untuk menjadi HAM
3. Pemerintahan berdasarkan peraturan; dan
4. Peradilan administrasi dalam perselisihan.

Sementara ciri-ciri *rule of law/ rechsstaat* International Commission of Jurists Bangkok 1965 adalah sebagai berikut:

1. Perlindungan konstitusional dan prosedur untuk memperolehnya
2. Badan kehakiman yang bebas dan tidak memihak
3. Kebebasan untuk menyatakan pendapat
4. Pemilihan umum yang bebas
5. Kebebasan untuk berorganisasi dan beroposisi
6. Pendidikan civics (kewarganegaraan)
7. Menurut Montesquieu, Negara yang paling baik adalah Negara hukum karena terkandung: Perlindungan HAM, ditetapkannya ketatanegaraan suatu Negara. Membatasi kekuasaan dan wewenang organ-organ Negara.

Menurut Sudargo G. ada 3 ciri Negara hukum:

1. Terdapat pembatasan kekuasaan Negara terhadap seseorang;
2. Asas legalitas; dan
3. Pemisahan kekuasaan.

Frans Magnis S. mengemukakan ciri Negara hukum sebagai ciri demokrasi:

1. Fungsi kenegaraan dijalankan sesuai UUD;
2. UUD menjamin HAM;

¹⁸⁹Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta: 1998.



3. Badan Negara menjalankan kekuasaan taat pada hukum yang berlaku;
4. Terhadap tindakan Negara, masyarakat dapat mengadu ke pengadilan dan utusannya harus dilaksanakan badan Negara; dan
5. Badan kehakiman bebas dan tidak memihak.

UUD 1945 Pasal 1 ayat (3) menyebutkan:

1. Negara berdasar atas asas hukum, bukan berdasar atas kekuasaan belaka.
2. Pemerintah Negara berdasar atas suatu konstitusi dengan kekuasaan pemerintahan terbatas tidak absolut.
3. Indonesia termasuk Negara hukum materiil terbukti pasal 33,34 tentang perekonomian dan kesejahteraan sosial Negara bertanggung jawab
4. Perwujudan Indonesia sebagai Negara hukum tersusun dalam system hukum (UUD 1945- TAP MPR RI-UU-Perpu- Perpres- Kepres dan Perda).

Negara hukum merupakan salah satu ciri Negara demokrasi. Menurut Frans Magni Suseno, ciri Negara demokrasi:

1. Negara hukum
2. Pemerintahan di bawah control nyata masyarakat.
3. Pemilihan umum yang bebas
4. Prinsip mayoritas
5. Adanya jaminan terhadap hak-hak demokratis.

Dalam konteks yang sama, muncul pula suatu konsep Negara hukum (rule of law) dari Abert Ven Dicey. Adapun unsur-unsur Negara (rule of law) menurut A.V. Dicey dalam bukunya *An Introduction to The Study of The Law of The Coustitution* adalah:

1. Surpemasi aturan-aturan hukum (supremacy of the law) tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (absence of arbitrary power), dalam arti bahwa seseorang hanya boleh dihukum kalau terbukti melanggar atauran hukum yang ada.
2. Kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum (equality before the law).



3. Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang serta keputusan-keputusan pengadilan¹⁹⁰.

Dalam bukunya *Introduction to The Study of The Law of The Coustitution*, Albert Venn Dicey mengetengahkan tiga arti (three meaning) dari the ruke of law : pertama, supremasi absolut atau predominasi dari regular law untuk menentang penaruh dari arbitrary power dan meniadakan kesewenang-wenangan, prerogative atau discretionary authority yang luas dari pemerintah; kedua persamaan dihadapan hukum atau penundukan yang sama dari semua golongan kepada ordinary law of the law land yang dilaksanakan oleh ordinary court ; ini bearti bahwa tidak ada orang yang berada di atas hukum, baik pejabat maupun warga Negara biasa berkewajiban mentaati hukum yang sama; tidak ada peradilan administrasi Negara; ketiga, konstitusi adalah hasil dari the ordinary law of the land, bahwa hukum konstitusi bubaknalah sumber tetapi merupakan konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan oleh peradilan; singkatnya, prinsip-prinsip hukum privat melalui tindakan peradilan dan parlemen sedemikian diperluas hingga membatasi posisi crown dan pejabat-pejabatnya.

Ini ditegaskan lagi oleh Muhammad Tahir Azhary bahwa di Negara-negara Anglo Saxon berkembang pula suatu konsep Negara hukum semula dipelopori oleh A.V. Dicey (dari Inggris) dengan sebutan rule of law. Konsep ini menekankan pada tiga tolak ukur atas unsur utama sebagai mana yang disebutkan diatas¹⁹¹.

Perbedaan yang menonjol antara konsep rechstaat rule of the law ialah pada konsep pertama peradilan administrasi Negara merupakan suatu sarana yang sangat penting dan sekaligus pula ciri yang menonjol pada rechstaat sendiri.

¹⁹⁰Madjid H. Abdullah, *Penataan Hukum Organisasi Perangkat Daerah dalam Konteks Otonomi Daerah Berdasarkan Prinsip-Prinsip Tata Pemerintahan yang baik*, Disertasi Pasca sarjana Unhas, Makassar, 2007

¹⁹¹Muhammad Thahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari segi hukum islam, implementasinya pada periode Negara madinah dan masa kini*, cetakan keempat, Kencana Prenada Media Group, Jakarta: 2010.



Sebaliknya, pada rule of law, peradilan administrasi tidak diterapkan, karena kepercayaan masyarakat yang sedemikian besar kepada peradilan umum. Ciri-ciri yang menonjol pada konsep rule of law ialah ditegakkannya hukum yang adil dan tepat (just law). Karena semua orang mempunyai kedudukan yang sama dihadapan hukum, maka ordinary court dianggap cukup untuk mengadili semua perkara termasuk perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah¹⁹².

Meskipun antara konsep rechtsstaat dengan rule of law mempunyai perbedaan latar belakang, pada *civil law* raja selaku pemegang otoritas tertinggi lebih focus pada pembuatan peraturan sebagai dasar dalam menjalankan kekuasaannya, sedangkan rule of law raja selaku pemegang otoritas tertinggi lebih fokus pada penyelesaian perkara yang putusannya menjadi hukum yang berlaku. Meskipun demikian antara rule of law dengan civil law pada dasarnya sama oleh karena keduanya berkenaan dengan perlindungan atas hak-hak kebebasan sipil warga Negara dari kemungkinan tindakan rechtsstaat yang dikembangkan oleh Julius stahl tersebut di atas pada pokoknya dapat digabungkan dengan ketiga prinsip rule of law yang dikembangkan oleh A.V. Dicey untuk menandai ciri-ciri Negara hukum modern di zaman sekarang¹⁹³.

Philipus M. Hadjon mengatakan bahwa konsep rechtsstaat bertumpu pada system hukum eropa continental yang disebut dengan civil law system. Sedangkan konsep rule of law bertumpu atas system hukum yang disebut Common Law Sistem¹⁹⁴. Sedangkan Bagir Manan mengatakan bahwa "konsepsi Negara hukum modern merupakan perpaduan antara konsep Negara hukum dengan Negara kesejahteraan. Didalam konsepsi ini tugas Negara atau pemerintah tidak semata-mata sebagai penjaga keamanan atau

¹⁹²Ibid, hlm 90-91.

¹⁹³Hamzah Halim, Persekongkolan Rezim Politik Lokal: *Studi Atas Relasi Antara Eksekutif dan Legislatif*, PuKAP-Indonesia, Makassar, 2009.

¹⁹⁴Phillipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia: sebuah studi tentang prinsip-prinsipnya*, penanganannya oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan umum dan pembentukan peradilan administrasi Negara, Bina Ilmu, Surabaya: 1987.



ketertiban masyarakat saja, tetapi memikul tanggungjawab mewujudkan keadilan sosial, kesejahteraan umum dan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat¹⁹⁵.

Padmo wahyono mencatat bahwa dalam perkembangannya pemerintah yang berdasarkan Undang-Undang di anggap “lamban” dan karena itu diganti dengan pemerintahan berdasarkan hukum dan prinsip *rechtmating bestuur*. Maka dengan demikian, Negara hukum yang formil menjadi Negara hukum yang materil dengan ciri *rechtmating bestuur*. Kemudian lahirlah konsep-konsep yang merupakan varian dari *rechtsstaat*, antara *welvaarsstaat* dan *vergorgingsstaat* sebagai Negara kemakmuran¹⁹⁶.

Menurut Scheltema, unsur-unsur *rechtsstaat* adalah (1) kepastian hukum; (2) persamaan; (3) demokrasi; dan (4) pemerintahan yang melayani kepentingan umum¹⁹⁷. Mauro Capelletti menulis, bahwa pengertian istilah *rechtsstaat* sama dengan the rule of law¹⁹⁸. Lalu, Crince Le Roy menggunakan istilah Negara hukum sama dengan rule of law. Di samping istilah *rechtsstaat* dan the rule of law, dikenal pula istilah “socialist legality” yang di kenal Negara-negara yang berpaham komunis¹⁹⁹. Sehingga ciri khas Negara hukum adalah Negara yang memberikan naungan kepada warga negaranya dengan yang berbeda dari masing-masing Negara. Negara hukum adalah suatu pengertian yang berkembang dan terwujud sebagai reaksi atas kekacauan di zaman lampau²⁰⁰.

¹⁹⁵Bagir Manan, (Ed), *Kedaulatan Rakyat Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*, Kumpulan Esai Guna Menghormati Prof. Dr. R. Sri Soemantri M. SH, Gaya Media Media Pratama, Jakarta: 1996.

¹⁹⁶Padmo Wahyono, *Konsep Yuridis Negara Hukum Indonesia*, 1998.

¹⁹⁷Muhammad Thahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari segi hukum islam, implementasinya pada periode Negara madinah dan masa kini*, cetakan keempat, Kencana Prenada Media Group, Jakarta: 2010.

¹⁹⁸Mauro Capelletti, *Judicial review in the Contemporary World*, The Ballbs Meriil Company, Inc., New York, 1971.

¹⁹⁹Marwan Effendi, *Kejaksaan RI: Posisi dan Fungsinya dari Perspektif Hukum*, Gramedia, Jakarta: 2005.

²⁰⁰Efriza, *Ilmu Politik: dari ilmu politik sampai system pemerintahan*, Alfabeta, Bandung: 2008.



Konsep-konsep tersebut muncul tidak terlepas dari adanya beberapa bentuk system hukum di dunia. Menurut Satjipto, bahwa di dunia ini tidak di jumpai satu system hukum saja, melainkan terdapat lebih dari satu bentuk system hukum. Adapun yang di maksud dengan system hukum adalah suatu system yang meliputi/ minimal memiliki substansi, struktur, dan kultur hukum. Adanya perbedaan dalam unsur-unsur mengakibatkan pula munculnya perbedaan dalam system hukum yang dipakai. Dalam kaitan itulah dikenal system hukum eropa continental (sistem hukum Romawi-Jerman, Civil law system) dan system hukum inggris (common law). Selanjutnya sebagai akibat Negara kita, Indonesia pernah menjadi koloni belanda. maka dengan serta merta pula system hukum yang sama berlaku di Indonesia adalah system hukum yang sama berlaku di Negara Belanda yang kebetulan berada di Eropa Benua yang dikenal dengan system hukum eropa continental atau civil law system²⁰¹.

Dalam rechtsstaat, dasar kewibawaan kenegaraan (*de grondslag van statelijk gezaq*) diletakkan pada hukum dan penyelenggaraan kewibawaan kenegaraan dalam segala entuknya ditempatkan di bawah kekuasaan hukum. Dengan demikian pengertian rechtsstaat bukan hanya sekedar pengertian yang diperoleh dari dua kata yang membentuk kata majemuk. Lebih dari pada itu ia mengandung pengertian tersendiri. Menurut F. Neumann, pengertian Rechtsstaat dalam perspektif historis adalah pengertian politis. Dengan mengutip pendapat Von Gneist, Neumann mengatakan bahwa istilah Rechtsstaat berasal dari Robert Von Mohl (1799-1875), dan merupakan ciptaan golongan borjuis yang di saat itu kehidupan ekonominya sedang meningkat, namun kehidupan politiknya sebagai suatu kelas sedang menurun. Lebih lanjut menurut Von Mohl, Reshtsstaat mengandung unsur-unsur (adanya) persamaan didepan hukum, dapatnya setiap orang mempertahankan diri dalam semua situasi yang layak, adanya kesempatan yang sama bagi warga

²⁰¹Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung: 2000.



Negara yang berhak untuk mencapai semua jabatan kenegaraan, dan adanya kebebasan pribadi bagi warga Negara.

Menurut EllydearnChaidir," konsep *rechstaat* mengutamakan prinsip *wetmatigeheid* yang merupakan pergeseran konsep, karena konsep semula di anggap tidak memadai untuk dijadikan alat/ukuran dalam menguji tindakan/prilaku pemerintahan dalam kekuasaan yang bebas, bukan kekuasaan yang terikat. Konsep *wetmatigeheid* ini kemudian berubah menjadi konsep *rechtmatigheid*. Sedangkan *the rule of law* mengutamakan *equality before the law*²⁰². Sebenarnya ajaran kedaulatan rakyat yang mencerminkan prinsip demokrasi (*Demos Cratos* atau *Cratein*) dalam perkembangan sejarah pemikiran hukum dan politik sering di pertentangkan dengan kedaulatan hukum berkaitan dengan prinsip *nomokrasi* (*Nomos Cratos* atau *Cratein*). Ajaran atau teori kedaultan hukum itu sendiri dalam istilah yang lebih populer dihubungkan dengan doktrin *the rule of law* dan prinsip *rechtstaat* (Negara hukum). Perdebatan teoritis dan filosofis mengenai mana yang lebih utama dari kedua prinsip ajaran kedaulatan hukum dan kedaulatan rakyat ini dalam sejarah terus berlangsung sejak zaman Yunani kuno. di zaman modern sekarang ini, upaya untuk merumuskan jalan tengahnya juga terus terjadi. Misalnya dikatakan bahwa kedua prinsip itu tak ubahnya merupakan dua sisi dari mata uang yang sama. Keduanya menyatu dalam konsepsi Negara hukum yang demokratis ataupun Negara demokrasi yang berdasar atas hukum²⁰³.

Selanjutnya Piet Thoenes La Ode Husen memberikan definisi tentang *welfare state* sebagai berikut, "The welfare state is a form society characterized bu a system of democratic government sponsored welfare place on a new footing and offering a guaranteed of collective social care to its citizens, concurrently

²⁰²Madjid H. Abdullah, *Penataan Hukum Organisasi Perangkat Daerah dalam Konteks Otonomi Daerah Berdasarkan Prinsip-Prinsip Tata Pemerintahan yang baik*, Disertasi Pasca sarjana Unhsd, Makassar, 2007.

²⁰³Hamzah Halim, *Persengkongkolan Rezim Politik Lokal: Studi Atas Relasi Antara Eksekutif dan Legislatif, PuKAP- Indonesia*, Makassar, 2009,



with maintenance of a capitalist system of production.” Suatu bentuk masyarakat di tandai dengan suatu system kesejahteraan yang demokratis dan di tunjang oleh pemerintah yang ditemptakan atas landan baru, memberikan suatu jaminan perawatan social yang kolektif pada warga Negaranya dengan mempertahankan secara sejalan beriringan suatu system (Produksi kapitalis). Sementara unsur-unsur Negara hukum berakar pada sejarah perkembangan suatu bangsa. Unsur-unsur tersebut adalah sebagai berikut:

1. Pengakuan, penghormatan dan perlindungan HAM yang terakar dalam penghormatan atas martabat manusia (Human dignity).

2. Asas kepastian hukum

Negara hukum bertujuan untuk menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian dalam hubungan antar manusia, yakni menjamin, predikstabilitas, dan bertujuan untuk mencegah bahwa yang terkuat yang berlaku, beberapa asas yang terkandung dalam asas kepastian hukum adalah:

a. Asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum.

b. Asas UU menetapkan berbagai perangkat aturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintah.

c. Asas nonteroaaktif perundanga-undang: sebelum, mengikat, UU harus di umumkan secara layak.

d. Asas peradilan bebas: objektif-imparsial dan manusiawi

e. Asas non.liquet: hakim tidak boleh menolak perkara yang di hadapkan kepadanya dengan alasan UU tidak jelas atau tidak ada (UU tidak boleh berlaku surut)

f. HAM harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam UU (UUD)

3. Asas similia similibus (Asas Persamaan)

Dalam Negara hukum, pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang tertentu (harus nondiskriminatif). Aturan hukum berlaku untuk setiap



orang, karenanya harus dirumuskan secara umum dan abstrak. Empat hal penting yang terkandung dalam asas ini adalah:

- a. Tindakan yang berwenang di atur dalam UU dalam pemerintahan.
- b. Adanya pemisahan kekuasaan
- c. Persamaan kedudukan di depan dan pemerintahan.
- d. Tuntutan perlakuan yang sama bagi semua warga.

4. Asas Demokrasi

Asas demokrasi memberikan suatu cara atau metode pengambilan keputusan. Asas ini menuntut bahwa setiap orang harus memiliki kesempatan yang sama memengaruhi tindakan pemerintahan. Asas ini diwujudkan lewat system representasi (perwakilan rakyat) yang memiliki peranan dalam pembentukan UU dan control terhadap pemerintah. Yang unsur turunannya adalah:

- a. Pemilu yang langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil
- b. Peraturan untuk badan yang berwenang ditetapkan oleh parlemen
- c. Semua warga Negara memiliki kemungkinan dan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam proses pengambilalihan putusan politik dan mengontrol pemerintah.
- d. Hak untuk memilih dan dipilih bagi warga Negara.
- e. Semua tindakan pemerintahan terbuka bagi kritik dan kajian rasional bagi semua pihak.
- f. Kebebasan berpendapat/keyakinan dan menyatakan pendapat.
- g. Kebebasan pers lalu lintas informasi.
- h. Rancangan Undang-Undang (RUU) harus publikasikan untuk memungkinkan partisipasi rakyat secara efektif.

5. Pemerintahan dan pejabat pemerintah mengemban fungsi pelayanan masyarakat. Pemerintah mengemban tugas untuk memajukan kepentingan warga Negara, semua kegiatan pemerintah harus terarah kesejahteraan umum. Yang unsurnya adalah:

- a. Asas-asas umum pemerintahan yang layak.



- b. Syarat-syarat fundamen bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan perundang-undangan, khususnya dalam berkonstitusi.
- c. Pemerintah secara rasional menata tiap tindakannya, memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (dolmatig), jadi harus efisien dan efektif.
- d. Hak azasi dijamin dalam UUD²⁰⁴.

Menurut Robert MacIver, inti Negara hukum adalah sebagai alat pemaksa mereka sendiri mematuhi peraturan-peraturan agar tercapai keinginan bersama. Dan konsep pokok dari Negara hukum adalah adanya pembatasan oleh hukum, dalam pengertian bahwa setiap sikap, tingkah laku, dan perbuatan, baik yang dilakukan oleh penguasa maupun oleh warga negaranya terbebas dari tindakan sewenang-wenang dari para penguasa Negara (Soehino). Dengan demikian untuk membatasi kekuasaan pemerintah, seluruh kekuasaan di dalam Negara haruslah dipisah dan dibagi ke dalam kekuasaan yang mengenai bidang tertentu (Ellyda Chaidir, 2008 :139). Pembatasan kekuasaan pemerintah juga harus tunduk pada kehendak rakyat (demokrasi) dan haruslah dibatasi dengan aturan hukum yang pada tingkatan tertinggi disebut konstitusi. Salah satu ciri dan prinsip pokok dari Negara hukum dan demokrasi lain dan tidak memihak²⁰⁵.

B. Negara Hukum Profetik

Istilah profetik, pertama kali diperkenalkan oleh Kuntowijoyo. Beliau memperkenalkan apa yang disebut dengan ilmu sosial profetik (ISP). Kata profetik sendiri berarti kenabian. Negara hukum profetik bisa juga diartikan Negara Islam yang memiliki keterkaitan dengan setting historis masyarakat madinah pada masa Rasulullah SAW hidup (Kuntowijoyo).

²⁰⁴Efriza, *Ilmu Politik: dari Ilmu Politik sampai Sistem Pemerintahan*, Alfabeta, Bandung: 2008.

²⁰⁵*Ibid.* hlm. 139.



Menurut Happy Sutanto, tujuan ISP adalah ingin membangun sebuah komunitas atau masyarakat yang ideal atau utama (*khairu ummah*) mirip dengan "Negara Utama" nya Al Farabi (*al-madinah al-fadhilah*). Untuk mencapai tujuan itu diperlukan kerja aktif tangan-tangan manusia, atau istilah-istilah nya perlu "kesadaran aktif sejarah" umat manusia. Manusia telah di berikan kekuatan dan kemauan untuk melangkaah ke araha yang lebih baik dengan kesadaran individual dan kolektifnya dalam membentuk sebuah komunitas ideal. Manusia diturunkan ke muka bumi (*ukhrijat linnas*) adalah demi keterlibatan akti mereka untuk melakukan perubahan sosial dan membentuk peradaban yang menjadi miliknya²⁰⁶.

Asal-usul pikiran tentang ilmu sosial prprofetik dapat ditemukan dalam tulisan-tulisan Muhammad Iqbal dan Roger Geraudy. Yang ingin diambil oleh beliau dari kedua pemikir itu adalah sisi "realitas kenabian" (prophetic reality) yang telah menjadi bagian penting dalam proses kesejarahan umat manusia. Muhammad Iqbal, dengan mengutip ucapan Abdul Quddus, seorang sufi besar islam dari Ganggoh, mengatakan bahwa nabi Muhammad telah memberikan "kesadaran kreatif" (creative consciousness) dalam menciptakan suatu dunia ide baru (islam) dalam menghadapi kekuatan-kekuatan sejarah. Berbeda dengan kalangan sufi umumnya yang lebih mengandung dimensi mistis, sedang kemunculan Nabi di muka bumi telah memasukan unsur-unsur kenabian yang menancap dalam akar kehidupan duniawi. Artinya realitas "perjuangan" Nabi telah membumi dan masuk pada kancah zaman dan pergolakan sejarah manusia²⁰⁷. Roger Geraudy menyatakan bawah di tengah hancurnya peradaban umat manusia di mana filsafat barat memiliki banyak kelemahan maka kita sebaiknya menhidupkan kembali warisan islam yang telah ada. Yang di ambil adalah "filsafat kenabian" (filsafat profetika) dari islam. Kenapa? yang menjadi pertanyaan sentral dalam filsafat islam adalah:

²⁰⁶Happy Susanto, Menggagas Sosiologi Profetik: sebuah tinjauan awal. Jurnal Pemikiran Islam; International Institute of Islamic Thougth Indonesia, Vol.1, No 2 Juni 2003.

²⁰⁷Muhammad Iqbal, *Membangun Kembali Pikiran Agama Dalam Islam*, terj. Goenawan Muhammad dkk, Tintamas, Djakarta: 1966.



bagaimana wahyu kenabian itu mungkin? Yaitu, bagaimana keterlibatan aktif sejarah kenabian dalam proses penyampaian wahyu itu telah mampu mengubah sejarah masyarakat menjadi positif. Geraudy mengklaim bahwa bangunan filsafat telah dilakukan oleh para filosof muslim sejak dari Al-Farabi sampai dengan Mulla Shadra, dengan puncaknya pada Ibn'Arabi²⁰⁸.

Filsafat kenabian itu kemudian dianggap penting di masa kini, ditengah gelombang modernitas yang maju pesat. Disinilah pentingnya, bahwa sejarah kenabian beserta konstruksi Negara yang dibangun di masa lalu, menjadi kemestian untuk direkonstruksi di masa kini. Masa dimana kekuatan politik, ekonomi dan kultural melingkar dalam proses demokrasi.

Negara islam (Islamic state) adalah istilah yang melekat dalam upaya untuk mengetengahkan, bahwa islam bukan hanya agama yang mengatur kehidupan akhirat, tetapi islam adalah juga suatu keyakinan yang berpadu dengan kehidupan umat islam. Islam sebagai agama adalah merupakan system keyakinan yang memberi petunjuk bagi kehidupan di "dunia" dan di "akhirat", bukan di dunia saja.

Sekalipun islam tidak memperkenalkan bentuk Negara secara rinci, tetapi secara substansialis, suatu Negara yang menganut asas demokrasi, yang pertama-tama adalah merujuk pada teks-teks dasar islam dalam proses pembangunan hukum yang ditegakkan adalah hukum islam, juga pola pengaturan pembangunan hubungan-hubungan social didasarkan atas konsepsi islam. Dengan demikian, suatu Negara islam atau nomokrasi islam adalah bertitik tolak pada paradigma islam sebagai agama.

Dalam konteks ini, Hazairin berpandangan mengenai hukum. Pertama, hukum hanyalah salah satu segi dari penjelmaan hidup kemasyarakatan, yakni serangkaian perhubungan tertentu timbul dalam dan dari masyarakat tertentu pula., yaitu serangkaian peraturan hidup yang berpokok kepada hak dan kewajiban yang berlaku selama dikuatkan oleh masyarakat itu, yang akan

²⁰⁸Roger Geraudy, *Janji-janji Islam*, terj. HM. Rasyidi, Bulan Bintang, Jakarta: 1984.



tergeletak tidak berkekuatan manakala masyarakatnya berubah sikap dan menimbulkan penjelmaan baru yang sesuai dengan kebutuhan hidupnya yang baru pula²⁰⁹.

Kedua, hukum bukanlah hanya satu segi dari penjelmaan hidup kemasyarakatan saja, yang semata-mata hanya takluk pada unsur-unsur yang ada dalam pergaulan manusia, dengan manusia saja dalam masyarakat itu. Selain dari perhubungan antarmanusia dengan manusia yang dengan demikian merupakan masyarakat sesama manusia., setiap manusia yang mau, perhubungan ruh dengan Ruh Akbar, yakni perhubungan dengan Tuhan Yang Maha Esa, kepada siapa tergantung hidup dan matinya, demikian juga keselamatan hidup kemasyarakatan²¹⁰. Pandangan pertama, hanya melihat hukum sebagai masalah manusia antar manusia sesamanya. Unsur-unsur lain seperti hubungannya dengan alam sekeliling, bahkan dengan yang menjadikan manusia itu sendiri, yakni Tuhan Yang Maha Esa tidak menjadi perhatian. Pandangan yang kedua justru sebaliknya, yakni melihat hukum yang tidak hanya sesuatu yang berdiri sendiri, melainkan ada kaitannya yang sangat kuat dengan Tuhan. Bahkan melihat Tuhan sebagai sumber hukum yang utama (Anwar Harjono, 1995: 82). Yang pertama dapat dinamakan paham kemasyarakatan, dan yang kedua paham ketuhanan.

Akibat dari menganut beberapa paham hukum tersebut tentu akan berbedabeda. Menurut Hazairin, akibat-akibat itu adalah sebagai berikut:

1. Akibat menganut paham pertama
 - a. Hukum merupakan keseimbangan antara keseimbangan antara hak dan kewajiban.
 - b. Hukum hanyalah hukum. Jika sekedar hak maka akan mempunyai kodrat pelaksanaan atau jika kewajiban maka akan dapat dipaksakan

²⁰⁹Anwar Harjono, *Indonesia Kita: Pemikiran Berwawasan Iman-Islam*, Gema Insani Press, Jakarta: 1995

²¹⁰*Ibid.* hlm 81.



-
- penunaianya. Hal mana beari bahwa dalam masyarakat mestilah ada penguasa yang mengurus tuntutan hak itu atau menjalankan paksa bagi penunaian kewajiban itu.
- c. Lingkungan hukum dibatasi dari lingkungan kesusilaan dengan menunjukkan dalam hal mana di berlakukannya dan bagaimana cara berlaku masing-masing itu. Dari kesusilaan itu ada sebagian yang ditarik dalam lingkungan hukum, tetapi untuk selebihnya tidak diberikan alat-alat hukum kepada penguasa terhadap orang-orang yang melanggar baris-baris kesusilaan.
 - d. Hukum agama hanya boleh dijalankan oleh penguasa hanya jika hukum agama itu tela menjadi hukum biasa dalam masyarakat.
 - e. Hukum agama yang tidak diterima oleh masyarakat sebagai hukum biasa, disederajatkan dengan hukum kesusilaan.
2. Akibat menganut paham kedua
- a. Hukum agama yang dapat langsung ditarik Allah mestila paling utama untuk dijalankan, meskipun bertentangan dengan kemauan manusia dalam masyarakat atau bertentangan dengan corak, bentuk dan susunan masyarakat.
 - b. Jika tidak dapat langsung ditarik dari kitab Allah, maka ditarik hukumnya langsung dari Sunnah Rasul.
 - c. Jika tidak dapat langsung dari kitab Allah dan Sunnah Rasul, maka penarikan hukum dilakukan dengan berpedoman pada kitab Allah dan Sunnah Rasul.
 - d. Hukum yang selebihnya boleh dijelmakan menurut paham kemasyarakatan asal saja tidak bertentangan dengan ruh kitab Allah dan tidak bertentangan dengan maksud Sunnah Rasul.
 - e. Antara hukum dan kesusilaan tidak di adakan batasan lingkungan, Cuma sesuatunya itu hanya dapat di pandang sebagai kesusilaaan bila tidak bertentangan dengan Al-Quran dan Sunnah Rasul.



- f. Keseluruhan hukum yang tidak dipisahkan dari kesusilaan itu bukan dipatokkan hanya kepada hak, kewajiban dan paksaan pengokohan, akan tetapi kepada lima pengertian penghukuma, yaitu wajib, sunnah, jaiz (halal), makruh dan haram, lima pengertian penghukuman inilah yang dinamakan *al ahkam al khamsah* yang mengandung pengertian berpahala, hukuman, pujian, celaan dan pembiaran.

Sementara Majid Khadduri, mengatakan: sumber-sumber hukum islam tentang bangsa-bangsa sejaris dengan kategori-kategori yang didefinisikan oleh para ahli hukum modern dan Undang-Undang Lembaga keadilan Internasional, yakni persetujuan, kebisaan akal, (reason) dan kekuasaan. Qur'an menggambarkan sumber hukum yang otoratif; Sunnah mirip kebiasaan; aturan-aturan yang terungkap dalam perjanjian dengan nonmuslim dapat disejajarkan dengan kategori persetujuan; dan pendapat-pendapat para khalifah dan ahli hukum islam yang didasarkan pada deduksi dan analogi hukum dapat dimasukkan dalam kategori akal (Khalid Ibrahim Jindan, 1994: 36).

Karena itu, suatu nomorkasi islam, harus tetap menggunakan sumber utama islam sebagai dasar-dasar kebijakan, atau landasan dasar pengambilan keputusan. Nomokrasi Islam adalah suatu model tersendiri bagi bangunan dasar suatu Negara. Karena itu Khadduri melihat, bahwa hakikat" nomokrasi universal islam "yang "sangat eksklusif" dan secara teoritis tidak dapat mengakui" eksistensi Negara universal yang kedua", berupaya untuk melebarkan juranga antara hukum islam yang "monolitik" dan hukum bangsa-bangsa modern yang mendasarkan kekuasaannya pada keragaman berbagai komponen sistem Negara.

Selain itu, Ibnu Khaidun, salah satu pemikir islam yang meletakkan dasar-dasar teori Negara islam, menentukan tipologi Negara dengan menggunakan



tolak ukur kekuasaan. Pada dasarnya, ia menggambarkan dua keadaan terakhir inilah manusia mengenal gagasan Negara hukum²¹¹.

Ibnu Khaldun berpendapat, bahwa dalam *mulk siyasi*, ada dua macam bentuk Negara hukum, yaitu (1) siyasah diniyah yang diterjemahkan oleh Azhari sebagai nomokrasi Islam dan (2) siyasah aqliyah, yang oleh Azhari menerjemahkan sebagai nomokrasi sekuler. Ciri pokok yang membedakan kedua macam nomokrasi itu ialah pelaksanaan hukum islam (syari'ah) dalam kehidupan Negara dan hukum sebagai hasil pemikiran manusia. Dalam nomokrasi islam, baik syari'ah maupun hukum yang didasarkan pada rasio manusia, keduanya berfungsi dan berperan dalam Negara. Sebaliknya dalam nomokrasi sekuler manusia hanya menggunakan hukum semata-mata sebagai hasil pemikiran mereka. Konsep Ibnu Khaldun yang terkahir ini, memiliki banyak persamaan dengan konsep Negara hukum pemikiran Negara barat²¹².

Disinilah pemikir seperti Al-Maududi bersikeras membicarakan posisi kedaulatan dalam konsep kenegaraan apakah kedaulatan itu milik Allah atau bisa dinegosiasikan. dalam hal ini Maududi mengatakan kita tidak akan ragu-ragu lagi mengatakan, bahwa dalam kenyataannya kedaulatan politik itu juga hanya milik Allah. Agen manusia manapun yang mungkin diciptakan untuk menegakkan system politik islam dalam suatu Negara., tidak akan memiliki kedaulatan sejati baik secara legal maupun politis, karena bukan hanya dia tidak memiliki kedaulatan secara de jure saja melainkan juga bahwa kekuasaannya itu sangat terbatas dan dikendaloi oleh hukum unggul yang tidak dapat di ubah maupun di campurinya. Kedudukan agen ini sebenarnya telah dijelaskan oleh Al-Qur'an sendiri. Istilah yang digunakan oleh Al-Qur'an untuk hal ini adalah khilafah yang bearti bahwa agen semacam ini tidak

²¹¹Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini*, Cetakan keempat, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010.

²¹²*Ibid*, hlm. 85.



memiliki fitrah yang berdaulat, tetapi hanya merupakan kuasa dari pemegang kedaulatan de jure maupun de facto yang maha kuasa²¹³.

Apakah yang dimaksud dengan nomokrasi Islam? Nomokrasi Islam adalah suatu Negara hukum yang memiliki prinsip-prinsip umum sebagai berikut:

1. Prinsip kekuasaan sebagai amanah.
2. Prinsip keadilan;
3. Prinsip persamaan;
4. Prinsip musyawarah;
5. Prinsip pengakuan dan perlindungan setiap hak-hak asasi manusia;
6. Prinsip peradilan bebas
7. Prinsip perdamaian
8. Prinsip kesejahteraan
9. Prinsip ketaatan rakyat²¹⁴.

Tetapi prinsip yang paling mendasar dari nomokrasi islam adalah mengenai kedaulatan. Karena dalam nomokrasi islam, kedaulatan hanyalah milik Tuhan. Tuhan adalah satu-satunya pemegang kedaulatan sehingga dengan demikian, mengambil kedaulatan Tuhan adalah merupakan bentuk dari model Negara sekuler, atau Negara hukum yang merujuk pada konsepsi manusia.

Episentrum dasar manusia adlah Tuhan. Kehadiran manusia disebabkan oleh kehendak Tuhan. Sebab itu yang mengatur pola dasar kehidupan manusia adalah Tuhan. Barang siapa yang mengambil selain Tuhan sebagai bangunan dasar epistemologinya, maka disinilah letak persoalannya untuk menentukan apakah pandangan itu secular atau islam. Karena di dalam Negara ada yang disebut dengan warga Negara, maka yang menentukan apakah Negara itu berhukum pada hukum Tuhan atau tidak, akan sangat ditentukan oleh nalar ketuhanan warga negaranya. Apabila nalar warga negaranya adalah nalar

²¹³Abul A'la Al-Maududi, *The Islamic Law and Constitution*, Islamic Publication Ltd, Lahore, Pakistan: edisi ke-5:1975.

²¹⁴*Ibid*, hlm. 85-86.



ketuhanan. Maka Negara itu akan dibangun dengan dasar-dasar nomokrasi islam., hukum dasar atau konstitusi Negara tersebut akan merujuk pada islam. Salah satu elemen penting yang menjadi rujukan hukum profetik, atau Nomokrasi Islam adalah konsepsi dan bangunan Negara hukum di Madinah, yakni Negara yang dibentuk dan di tata dengan hukum ketuhanan yang di atur di bawah ke pimpinan kenabian. Meskipun tidak secara langsung merupakan firman Allah, piagam Madinah merupakan pedoman yang berdasarkan pada prinsip-prinsip kehidupan bermasyarakat yang diatur dengan prinsip-prinsip islam.

Montgomery Watt menyebutnya *The constitution of Madinah* (Montgomery Watt, 1964: 93). Nicholson menyebutnya *Charter*²¹⁵. Madjid Khadduri menggunakan perkataan *Treaty*²¹⁶. Phillips K. Hitti menyebutnya *Agreemen* dan Zainal Abidin Ahmad memakai perkataan piagam sebagai terjemahan kata *al-sahifah*²¹⁷. Piagam madinah inilah menjadi bagian penting dari pembentukan *hukum profetik*²¹⁸.

C. Rechtsstaat

Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, dalam penjelasan UUD 45 apa yang disebut 'Negara hukum' disebutkan di situ secara lebih lengkap dalam suatu rangkaian kata-kata; 'Negara yang berdasarkan hukum'. Sebenarnya istilah ini, entah dituliskan pendek-pendek entah pula dituliskan agak panjang sebagai suatu frase, adalah hasil terjemahan dari istilah hukum berbahasa belanda rechtsstaat. Istilah rechtsstaat ini atau yang di dalam bahasa Jerman dituliskan Rechtsstaat atau pula yang didalam bahasa Inggris di tuliskan The lawstate atau the (supreme) state of law, yang bearti status hukum yang tertinggi dan berkuatan ruiing) tersimak dalam perundang-undangan di

²¹⁵R.A. Nicholson, *A Literacy History of the Arabs*, Cambridge University Press, New York, 1969.

²¹⁶Madjid Khaduri, *War and Peace in the Law of Islam*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1955.

²¹⁷Phillips K. Hitti, *Capital Cities of Arab Islam*, University of Minnesota, Minnesota, 1973

²¹⁸Zainal Abidin Ahmad, *Piagam Nabi Muhammad Saw: Konstitusi Negara Tertulis yang Pertama di Dunia*, Bulan Bintang, Jakarta, 1973



Indonesia untuk pertama kalinya pada tahun 1854, ialah tahun di undangkannya Regeringsreglement Hindia Belanda ²¹⁹.

Apa yang disebut dalam bahasa Indonesia 'Negara Hukum' itu seperti yang telah dikatakan di muka sesungguhnya mulai dikenal perbincangan hukum tata pemerintahan dan tata Negara di Indonesia sejak dicantumkannya kata istilah ini dalam bahasa aslinya rechtstaat di dalam *Reglement ofhet Beleid der van nederlands indie*, (peraturan tentang kebijakan pemerintahan Hindia, disingkat Regeringsreglement atau RR begitu saja) dari tahun 1854. Ketika RR diganti dengan Indische Staasregeling (peraturan ketatanegaraan Tanah India, disingkat IS, yang berlaku sejak tahun 1926), sehubungan dengan persiapan pemebrian kekuasaan pemerintahan yang lebih terdesentralisasi dari negeri belanda kepada tanah Hindia), janji untuk tetap mempertahankan tanah jajahan Hindia sebagai suatu rechtsstaat tetap tertulis di IS dan diterima dalam maknanya sebagai dasar konstitusional pemerintahan di tanah Hindia²²⁰.

Wignjosoebroto menegaskan bahwa "sesungguhnya, konsep 'rechtsstaat' atau 'Negara hukum' ini adalah konsep yang datang dan berasal dari luar wilayah peradaban pribumi. Inilah konsep yang termutakhirkan lewat revolusi kerakyatan yang terjadi di kawasan peradaban eropa barat, khususny Amerika dan Prancis²²¹. Konsep ini merupakan paradigm bahwa Negara dan alat kekuasaannya (yang disebut pemerintah) tak dibenarkan apabila bertindak atas dasar kekuasaannya belaka; alih-alih, haruslah ditumpukan pada dasar kebenaran hukum yang telah diposisikan; ialah kebenaran "hukum"(ius>) yang telah diseapakati dan dibentuk bersama dalam wujud undang-undang (ius Constitutum), khususnya yang paling besar, ialah undang-undang Dasar. Inilah yang dalam perbendaharaan istilah bahasa Inggris disebut the state of

²¹⁹Soetandyo Wignjosoebroto, *Negara Hukum dan Permasalahan Akses keadilan di negri-negri berkembang pasca colonial, disampaikan dalam diskusi pleno konferensi dan dialog nasional negara hukum yang dimuat dalam prosiding konferensi dan dialog nasional Negara hukum, Jakarta, 9-10 Oktober 2012.*

²²⁰*Ibid*, hlm. 84.

²²¹*Ibid*, hlm. 88.



law atau the law state atau l'etat des lois dalam bahasa Prancis. Dari sinilah lahir sekurang-kurangnya 3 (tiga) karakteristik yang melekat, *sine qua non*, tak boleh tidak dalam kehidupan bernegara bangsa”.

Tidak karakteristik tersebut menurut Wignjosoebroto adalah sebagai berikut: pertama ialah, bahwa yang disebut 'hukum' dalam Negara hukum itu harus dibentuk dalam wujudnya yang positif. Demi kepastian berlakunya di alam yang objektif (yang dalam bahasa falsafah positivism Perancis disebut 'alam'), hukum mestilah dibentuk ke dalam deskripsi-deskripsi, ialah rumus rumus tertulis yang mendalilkan adanya hubungan sebab akibat antara suatu perbuatan hukum atau peristiwa hukum tertentu dengan akibat hukumnya. *Kedua*, apa yang disebut hukum (yang telah selesai dalam bentuknya preskriptif positif itu, dan boleh disebut *ius constitutum* atau *lege* alias undang-undang) harus merupakan hasil proses kesepakatan kontraktual antara golongan partisan dalam suatu negeri, langsung maupun melalui wakil wakilnya, melalui suatu proses yang disebut 'proses legislasi'. Ketiga, hukum yang telah diwujudkan dalam bentuk undang-undang (berikut undang-undang yang paling dasar yang disebut Undang-Undang Dasar) dan bersifat kontraktual itu akan mengikat seluruh warga bangsa secara mutlak, mengarahkan aturan-aturan normative macam apapun, yang local ataupun yang sekitaran, namun yang belum disepakati melalui proses legislative agar diberlakukan sebagai bagian dari hukum nasional²²².

Sementara dalam konteks yang sama dengan pendekatan yang berbeda, Mahfud MD dengan mengutip Oemar Seno Adji mengatakan bahwa istilah Negara hukum merupakan terjemahan dari dua istilah Negara hukum merupakan hukum berbeda, yaitu *rechtsstaat* dan *the rule of law*. Istilah *rechtsstaat* banyak dianut di Negara Eropa Kontinental yang tertumpu pada *system civil law*, sedangkan *the rule of law* banyak dikembangkan di Negara-negara dengan tradisi Anglo Saxon yang tertumpu pada *system common law*.

²²²*Ibid*, hlm. 87.



Kedua system tersebut memiliki perbedaan titik berat pengoperasian. *Civil Law* menitikberatkan pada aktivitas yudisial.

Konsep *rechtsstaat* mengutamakan prinsip *wetmatigheid* yang kemudian menjadi *rechmatigheid* sedangkan *the rule of law* mengutamakan *equality before the law* yang memberi kebebasan kepada hakim untuk menciptakan hukum demi keadilan. Perbedaan-perbedaan tersebut menyebabkan kedua konsep itu memiliki ciri yang berbeda. Ciri-ciri *rechtsstaat* meliputi:

1. Adanya perlindungan terhadap HAM;
2. Adanya pemisahan dan pembagian kekuasaan;
3. Pemerintahan berdasarkan peraturan; dan
4. adanya peradilan administrasi²²³.

Sedangkan ciri-ciri *the rule of law* adalah:

1. adanya supremasi aturan hukum;
2. adanya kesamaan kedudukan di depan hukum; dan
3. adanya jaminan perlindungan HAM²²⁴.

Reschsstaat (negara hukum) merupakan istilah yang dipakai untuk merujuk aliran hukum yang ada pada Eropa Kontinental. Atau disebut juga *civil law system*. Menurut Philipus M. Hadjon²²⁵, paham *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan terhadap absolutism sehingga perkembangannya bersifat revolusioner, dan bertumpu pada system hukum continental yang disebut "*civil law*" atau "*modern roman law*"²²⁶. Ciri Negara pada masa itu dilukiskan sebagai "Negara penjagamalam" (*nachtwakersstaat*), tugas pemerintah

²²³Oemar seno adji, *prasarari dalam seminar ketatanegaraan UUD 1945*, Seruling Masa, Jakarta, 1966.

²²⁴Lihat Moh. Mahfud MD, Ibid. periksa juga dalam E.C.S. Wade dan G. Gogfrey, *Constitutional Law: An Outline of the Law and Practice of the Citizen and the including Central and Local Government, the citizen and state Administrative Law*, 7th Edition, Longmans, London: 1965, hal. 50-51.

²²⁵Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Masyarakat di Indonesia sebuah studi tentang prinsip-prinsipnya, penerapannya oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan umum dan pembentukan peradilan administrasi Negara*, Bina Ilmu, Surabaya: 1997. Hal. 72.

²²⁶P. De Haan, Th. G. Druksteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale Rechtsstaat, deel I*, Kluwer-Deventer: 1996. Hal. 8. Periksa Marwan Effendy, Ibid. Hal. 21.



diabatasi pada mempertahankan ketertiban umum dan keamanan (*de opebare orde en veiligheid*)²²⁷.

Pada abad ke -19, di Eropa Kontinental dikenal konsep Negara hukum liberal. Penggagas paham hukum liberal ini adalah Imanuel Kant. Sifat Liberalnya bertumpuk pada liberty (vrijheid) dan nasal demokrasi bertumpuk pada equality (gelijkheid). Menurut Kant, kebebasan (liberty) adalah "*the free self asstetion of each limited only by the like liberty of all*". Kebebasan merupakan suatu kondisi yang memungkinkan pelaksanaan kehendak secara bebas. Pembatasan kehendak bebas itu hanya dibatasi seperlunya untuk memberi jaminan terhadap kehendak bebas individu dan kehendak bebas orang lain. Dari prinsip *liberty* ini, kemudian lahirnya prinsip selanjutnya, yaitu "*freedom from arbitrary and unreasonable exercise of the power and authority*"²²⁸.

Karakteristik *Civil Law* adalah administrative sedangkan karakteristik *Common Law* adalah *judicial*. Perbedaan karakteristik yang demikian disebabkan karena latar belakang dari kekuasaan raja. Pada zaman Romawi kekuasaan menonjol dari Raja adalah membuat peraturan melalui dekrit. Kekuasaan itu kemudian didelegasikan kepada pejabat-pejabat administrative sehingga pejabat-pejabat administrative membuat pengarah-pengarah tertulis bagi hakim tentang cara memutus suatu sengketa. Begitu besarnya peranan administrasi Negara sehingga tidaklah mengherankan apabila dalam system kontinental mula pertama muncul cabang hukum baru yang disebut *droit administrative*, yang intinya adalah hubungan antara administrasi Negara dengan rakyat. Sebaliknya di Inggris, kekuasaan utama dari raja ialah memutus perkara. Peradilan oleh raja kemudian berkembang menjadi suatu system peradilan sehingga hakim-hakim peradilan adalah delegasi dari raja, tetapi bukan melaksanakan kehendak Raja. Hakim harus memutus perkara

²²⁷ *Ibid.* Hal. 21.

²²⁸ Marwan Effendy, *Ibid*: Hal 21-22.



berdasarkan kebiasaan umum Inggris (*The Common Custom of England*), yang dilaksanakan oleh Raja sendiri sebelumnya²²⁹.

Keadaan ini dalam perkembangannya yang jika dibandingkan dengan di Eropa, yaitu bertambah besarnya peranan administrasi Negara, di Inggris bertambah besarnya peranan peradilan dan para Hakim. Dengan latar belakang keadaan ini di kontinen, dipikirkanlah langkah-langkah untuk membatasi kekuasaan administrasi Negara (Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi). Sedangkan di Inggris dipikirkan langkah-langkah untuk peradilan yang adil, penahanan yang tidak sewenang-wenang.

Konsep Negara *rechtsstaat* menurut Immanuel Kant yaitu Negara berfungsi sebagai penjaga keamanan baik preventif maupun represif (Negara *liberale rechtsstaat*) yaitu yang melarang Negara untuk mencampuri usaha kemakmuran rakyat, karena rakyat harus bebas dalam mengusahakan kemakmurannya. Sedangkan Friedrich Julius Stahl dengan menolak absolut monarki menyatakan bahwa konsep *rechtsstaat* memiliki empat unsur yaitu sebagai berikut:

1. hak-hak dasar manusia
2. pembagian kekuasaan
3. pemerintahan berdasarkan peraturan; dan
4. peradilan tata usaha Negara²³⁰

Sehingga dengan unsur itu, konsepsi Negara hukum yang hendak dikembangkan adalah Negara hukum yang memiliki tata kelembagaan pemerintahan yang teratur dengan kewenangan masing-masing yang melekat di dalamnya. Seperti halnya pembagian kekuasaan yang diintrodusir dari konsep *trias politica* maka pemerintahan tidak bias berdiri dan dijalankan tanpa aturan. Aturanlah yang membatasi kekuasaan itu bergerak, sehingga

²²⁹Philipus Hadjon, Op. Cit. Hal. 73.

²³⁰Oemas Seno Adji, Peradilan Bebas Negara Hukum, Erlangga, Jakarta: 1998. Hal. 16



tidak saling berebut kekuasaan. Secara tegas, Philipus M. Hadjon membagi *rechstaat* ke dalam dua varian, yaitu²³¹:

Pertama, liberal-democratische rechstaat.

Karena sifatnya yang liberal, pemikiran ini bertumpu atas pemikiran kenegaraan dari John Locke, Montesquieu, dan Immanuel Kant. Sifatnya yang demokratis bertumpu atas pemikiran kenegaraan dari J.J. Rousseau tentang kontrak sosial²³².

Prinsip liberal bertumpuk atas "*liberty*", (*vrijheid*) dan prinsip demokrasi bertumpu atas "*equality*" (*gelijkheid*). "*Liberty*" menurut Immanuel Kant adalah "*the free self-assertion of each limited only by the like liberty of all*". Atas dasar itu, "*liberty*" merupakan suatu kondisi yang memungkinkan pelaksanaan kehendak secara bebas dan hanya dibatasi seperlunya untuk menjamin koeksistensi yang harmonis antara kehendak bebas individu dengan kehendak bebas semua yang lain. Dari sinilah mengalir prinsip selanjutnya yaitu: *freedom of arbitrary an unreasonable exercise of the power and authority*²³³. Konsep "equality" mengandung makna yang abstrak dan formal (abstrak-formal equality) dan dari sini mengalir prinsip "one man-onevote".

Prinsip –prinsip dasar yang sifatnya liberal dari *rechtstaat*, menurut S.W. Couwenberg dalam bukunya "*westers Staatrecht als Emancipatietproces*, meliputi sepuluh bidang, yaitu:

1. pemisahan antara Negara dengan masyarakat sipil (*de scheiding tusen staat en burgerlijke maatschppij*); pemisahan antara kepentingan umum untuk kepentingan khususnya perorangan; pemisahan antara hukum public dan hukum privat.
2. Pemisahan antara Negara dengan gereja

²³¹Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm. 74-80. Kutipan terhadap pembagian kedua konsep *rechtsstaat* ini dikutip dari buku tersebut secara keseluruhan.

²³²Philipus M. Hadjon, *Ibid*, hlm. 74-75.

²³³ *Ibid*. hlm. 1-2.



3. Adanya jaminan atas hak-hak kebebasan sipil (burgerlijke vrijheidsrechten)
4. Persamaan terhadap undang-undang (burgelijke voor de wet)
5. Adanya konstitusi tertulis sebagai dasar kekuasaan Negara dan dasar system hukum.
6. Pemisahan kekuasaan berdasarkan trias politika dan system “check and balances).
7. Asal legalitas (heerschappij van de wet).
8. Idenya tentang aparat pemerintahan dan kekuasaan kehakiman yang tidak memihak dan netral.
9. Prinsip perlindungan hukum bagi rakyat terhadap penguasa oleh yang bebas dan tidak memihak dan berbarengan dengan prinsip-prinsip tersebut diletakkan prinsip tanggung gugat Negara secara yuridis.
10. Prinsip pembagian kekuasaan, baik bersifat territorial maupun vertical (system federasi maupun desentralisasi)²³⁴.

Atas dasar demokrasi, *rechtstaat* dikatakan sebagai” Negara kepercayaan timbal balik (*de staat van het wederzids vertrouwen*) yaitu kepercayaan dari rakyat pendukungnya bahwa kekuasaan yang diberikan tidak akan disalahgunakan dan kepercayaan dari penguasa bahwa dalam batas kekuasaannya dia mengharapkan kepatuhan dari rakyat pendukungnya.

D. Common Law

Paham *the rule of law* dalam system hukum Anglo Saxon pada hakikatnya tidak berbeda dari paham *rechtsstaat* dalam system hukum system hukum eropa continental karena memiliki makna inti *the laws which govern and not men*. Sistem hukum eropa continental *Rechtsstaat* muncul sebagai suatu sistem yang rasional dan revolusioner terhadap absolutism. Sedangkan system hukum Anglo Saxon *the rule of law* berkembang secara evolusioner sebagai usaha untuk melepaskan diri system absolutism berkenan dengan ini, Brewer-

²³⁴Ibid. hlm. 76.



Charias, dengan mengajukan W.Holdsworthn mengungkapkan bahwa “...the etat de droit came into being on the continent as rational system substuting the Ancien Regim, the rule of law is directly Lingked to the medieval doctrine of the “Reign of law”(..etat de droit muncul di Eropa Kontinental sebagai suatu system rasional yang menggantikan Ancient Regime, the rule of law berhubungan langsung dengan dokrin”Reign of law “ dari abad pertengahan²³⁵.

Konsep The Rule Of Law oleh A.V. Dicey yaitu mempunyai tolak ukur/unsur-unsur sebagai berikut:

1. Supremasi hukum atau supremacy of law.
2. Persamaan didepan hukum, atau equality before the law.
3. Konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perseorangan atau the constitution based on individual right²³⁶

Keberadaan system hukum Anglo Saxon yang disebut sebut Common Law Sistem, adalah merupakan salah satu perangkat penting dalam upaya mendorong pemerintahan yang demokratis, sekaligus menghindari totalitarianisme. Dengan konsep yang ada, maka pemerintahan yang didasarkan pada kepentingan rakyat. Di sinilah hukum bekerja dan ditegakkan, yaitu menghindari totalitarianism nmenyusup kedalam system pemerintahan.

Friedman yang dikutip oleh Sunarjati Hartono berpendapat, bahwa kata “rule of law” dapat dipakai dalamarti formal (in formal sense) dan dalam arti material (ideological sense. Dalam arti formal, maka rule of law tidak lain adalah “organized public power” atau kekuasaan umum yang teroganisit. Dalam pengertian ini setiap organisasi hukum (termasuk organisasi yang dinamakan Negara) mempunyai rule of law, sehingga kita dapat berbicara tentang rule of lawdari RRC, Prancis, Jerman, cekoslowakian dan sebagainya.

²³⁵Marwan Effendy, Op. Cit. hlm. 61-17.

²³⁶Zairin Harahap, Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara, Cet. III, PT. Radja Grafika, Jakarta: 2002. hlm. 10.



Sudah barang tentu bukan dalam arti formal ini kita pakai rule of law itu, tetapi dalam arti materiil. Artinya, dalam arti materiil inilah, yang menyangkut ukuran-ukuran tentang hukum yang baik dan hukum yang buruk. Dalam arti ini kita dapat berbicara tentang just atau unjust last²³⁷.

Dalam membahas gagasan A.V Dicey Hadjon mengemukakan pendapat Dicey yang mengetengahkan tiga arti dari "the rule of law" ; pertama, subremasi absolut atau predomuniasi dari "regular law" untuk menentang dari pengaruh dari "arbitrary power" dan meniadakan kesewenang-wenanga, prerogative atau "discretionary authority" yang luas dari pemerintah; kedua , persamaan dihadapan hukum atau penundukan yang sama dari semua golongan kepada "ordinary court"; ini bearti bahwa tidak ada orang yang berada diatas hukum, baik pejabat maupun warga Negara biasa berkewajiban untuk mentaati hukum yang sama; tidak ada peradilan administrasi Negara. Ketiga, konstitusi adalah hasil dari "the ordinary law of the land", bahwa hukum konstitusi bukanlah sumber tetapi merupakan konsekuensi peradilan; singkatnya, prinsip-prinsip hukum privat melalui peradilan dan parlemen sedemikian diperluas sehingga membatasi Crown dan pejabat-pejabatnya²³⁸

E.C.S Wade dan Godfrey Phillips dalam bukunya "Constituional and Administrative Law" mengemukakan kritik-kritik terhadap pengertian pertama the rule of law dari Dicey. Pertama, terhadap pengertian pertama dipermasalahkan mengenai pengertian "*regular law*", masalah "*arbitrary power*"; kedua, terhadap pengertian "*equality before the law*" dipermasalahkan mengenai penggolongan dalam masyarakat berdasarkan pertimbangan social/-ekonomi ataupun status hukum, juga mengenai peradilan administrasi yang dewasa ini di anggap sama baiknya dengan perlindungan hukum yang dilakukan oleh "ordinary court". Ketiga, permasalahan konstitusi sebagai

²³⁷Donald A. Rumokoy, Perkembangan Tipe Negara Hukum dan Peranan Hukum Administrasi Negara di dalamnya, S.F. Marbun dkk., Dimensi-Dimensi Hukum Administrasi Negara, UII Press, Yogyakarta, 2001, hlm. 8.

²³⁸Philipus M. Hadjon, Op. Cit. hlm. 80.



akibat dari “*ordinary law of the land*” yang di dasarkan atas keyakinan bahwa “*common law*” memberikan perlindungan hukum yang lebih baik terhadap warga Negara daripada perlindungan terhadap konstitusi tertulis²³⁹. Terhadap permasalahan ini Wade dan Godfey Philips mengemukakan tiga sanggahan, yaitu : pertama, common law tunduk kepada modifikasi oleh parlemen, dengan demikian ada kemungkinan banyak kebebasan fundamental diganti oleh “statute”; kedua, *common law* tidak menjamin keadaan social-ekonomi dari warga Negara; ketiga meskipun tetap esensial bahwa “ *legal remedies*” pengalaman Negara-negara barat menunjukkan bahwa perlu diletakkan batas-batas terhadap kekuasaan legislative agar tidak melanggar hak-hak asasi manusia dan di pihak lain, *The Eropean Convention Of Human Rights* telah menunjukkan “*supra -national remedies*”

E. **Sosialist Legality**

Substansi *socialist legality* berbeda dengan konsep Negara hukum *rechtstaats* maupun *rule of law*. Dalam Negara hukum *socialist legality*, hukum ditempatkan di bawah sosialisme. Hukum adalah alat untuk mencapai sosialisme. Hak perseorangan dapat di salurkan kepada prinsip-prinsip sosialisme, meskipun hak tersebut patut mendapatkan perlindungan²⁴⁰. *Socialist Law* adalah nama resmi untuk system hukum di Negara-negara komunis. Kata sosialis ketika digunakan dalam hubungannya dengan hukum mengandung banyak arti berbeda di antara para ahli hukum. Pada dasarnya, kata “sosialis” menandakan filosofi dan ideology yang berdasarkan yang pada umumnya mengacu ke pemikiran “*Marxist-Leninist*”. Ideology sosialis selalu dihubungkan dengan prinsip bahwa keseluruhan hukum adalah instrument dari kebijakan ekonomi dan social, dan kebijakan *common law* dan *civil law* menggambarkan kapitalis, borjuis, imperialis, eksploitasi masyarakat, ekonomi dan pemerintahan. Teori Marxist dibangun di atas dasar doktrin

²³⁹*Ibid.* hlm 81.

²⁴⁰Zairin Harahap, Acara Peradilan Tata Usaha Negara, Edisi revisi: Rajawali Pers, 2005. Hlm. 12.



“dialektikal/historical materialism” yang berpendapat bahwa masyarakat bergerak menuju berbagai tingkatan dan fase di dalam menjalaninya, dan itu merupakan evolusi dan pembangunan. Itu kemungkinan dimulai tanpa system hukum, kemudian menjadi salah satu kepemilikan buruh, diikuti dengan tingkat dari abad pertengahan, sebelum bergerak menjadi kapitalisme, kemudian sosialisme sebelum akhirnya hukum bertambah buruk di dalam masyarakat tanpa kelas tanpa kepentingan terhadap system hukum apapun karena semua manusia akan saling membicarakan keadilan satu sama lain.

Teori Marxist-Leninist mengagung-agungkan kedudukan istimewa ekonomi dalam hubungan kemasyarakatan, dengan mengambil kekuatan mengikat dari politik dan hukum. Dalam istilah internasional, teori Marxist-Leninist berarti pengasingan dari dunia Barat, kadang-kadang meninggalkannya dengan interaksi yang selektif dengan pihak komunis asing.

Tradisi hukum sosialis bukan terutama didasarkan pada peranan peraturan perundang-undangan atau yurisprudensi, melainkan pada dasar kebijaksanaan ekonomi dan social. Menurut pandangan ini, hukum adalah instrument (alat) kebijaksanaan dalam bidang ekonomi atau social (*instrument of economic and social policy*)²⁴¹

Hukum, ketika digunakan oleh pemimpin Soviet hanya menjadi alat belakang dalam merencanakan dan mengelola ekonomi dan struktur social dari Negara. Hukum adalah bagian sederhana dari ideology super struktur yang mengontrol kenyataan material dari produksi di mana ditetapkan dan didenfinisikan dalam kata dari fungsi politik.

Kelompok Negara-negara yang telah menerima *socialist law* dapat dibagikan ke dalam dua kategori utama:

1. Yurisdiksi sosialis kuno, seperti Polandia, Bulgaria, Hungaria, Czechoslovakia, Rumania, Albania, republik Rakyat China, Republik

²⁴¹Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, CV. Mandar Maju, Bandung: 1995, hlm. 19.



Rakyat Vietnam, Republik Rakyat Demokratik Korea, Mongolia (merupakan system hukum Nasionalnya yang tertua di dalam kelompok ini) dan Kuba.

2. System hukum sosialis yang terbaru atau yang kemudian berkembang, seperti Republik Demokratik Kamboja, Laos, Mozambique, Angola, Somalia, Libya, Ethiopia, Guinea dan Guyana.

Partai komunis adalah badan yang benar-benar memerintah dan merencanakan pada system hukum sosialis. Sekali itu diputuskan sebagai bagian dari kebijakan, mereka mengkomunikasikan rencana mereka ke seluruh lembaga Negara dan kebijakan ini akan diikuti legislatif, eksekutif, dan yudisial.

Dalam konteks *socialist legality*, maka keberadaan organ atau lembaga-lembaga Negara juga merupakan sesuatu yang tidak terpisahkan. Misalnya, keberadaan organ Negara independen di Negara sosialis Cuba, ada yang disebut dengan *standing committee of the national people's Congress*, atau *Territorial Delegate of the Ministry of Science*, yang sejenis lembaga ilmu pengetahuan Indonesia. Selain itu, di Cina dikenal juga *the National Working Committee on Children and Women under the state Council*, seperti Komisi Nasional Hak Asasi Perempuan dan Komisi Perlindungan Anak di Indonesia. Visi misi Lembaga ini adalah:

1. Untuk mengkoordinasikan dan mempromosikan berbagai pekerjaan departemen pemerintah pada perlindungan hak-hak dan kepentingan anak-anak dan perempuan.
2. Untuk mengoordinasikan dan mempromosikan pembentukan dan pelaksanaan program-program pengembangan anak-anak dan perempuan;
3. Untuk mengoordinasikan dan mempromosikan departemen pemerintah yang terkait untuk menyediakan uang yang diperlukan, tenaga kerja dan bahan-bahan untuk bekerja pada anak-anak dan perempuan;



4. Untuk membimbing, mendorong dan memeriksa pekerjaan komite bekerja pada anak-anak dan perempuan di berbagai provinsi, daerah otonom dan kota langsung di bawah pemerintah pusat.

F. Negara Hukum Integralistik

UUD 1945 pra-amandemen dinilai banyak pihak bertentangan dengan teori konstitusi modern. Ada gagasan yang saling bertentangan antara paham kedaulatan rakyat dan paham integralistik, antara paham Negara hukum dan kekuasaan. Rumusan UUD 1945 terlalunsederhana dan multitafsir untuk mengatur kehidupan berbangsa dan bernegara. Banyak kekosongan dalam pengaturan prinsip HAM, pembatasan jabatan presiden, kewenangan antar lembaga Negara. Dahulu sering kita sering mendengar kritik tentang dominannya posisi pemerintah (eksekutif) terhadap legislative (DPR) dalam mekanisme hubungan antar kelembagaan Negara berdasarkan UUD 1945. DPR tunduk pada keinginan pemerintah alias 'stempel kekuasaan'.²⁴²

Pemikiran Soepomo, pakar hukum adat, yang menurut banyak pihak itu mempengaruhi perumusan UUD 1945 dengan apa yang disebutnya sebagai ide Negara 'integralistik' atau paham Negara 'kekeluargaan'. Soepomo berpandangan bahwa prinsip persatuan antara pimpinan dan rakyat dan prinsip persatuan dalam Negara seluruhnya, cocok dengan piker ketimura. Dikatakannya, hal itu tidak lain merupakan ciptaan kebudayaan Indonesia sendiri. Struktur social Indonesia meliputi antara aliran pikiran dan semangat kebatinan, struktur kerohanian yang bersifat dan cita-cita tentang persatuan hidup, antara persatuan *kawulo gusti*, persatuan dunia luar dan dunia batin, persatuan *mikrokosmos* dan *makrokosmos*, persatuan rakyat dan pemimpinnya. inilah yang disebut Soepomo sebagai ide integralistik atau ide totaliter bangsa Indonesia yang akan diwujudkan dalam susunan tata

²⁴²Jimly Assadiqie, *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen Dalam Sejarah: Tela'ah Perbandingan Konstitusi Berbagai Negara*. Cet. 1., Ui Press, Jakarta: 1996. Hal. 122.



negaranya yang asli²⁴³. Dalam susunan persatuan antara rakyat dan pemimpinnya itu segala golongan golongan diliputi semangat gotong royong dan kekeluargaan yang disebutnya sebagai struktur social asli Indonesia. Hakikat Republik Indonesia merupakan 'Republik Desa' yang besar dengan unsur dan wawasan modern. Ia mencontohkan dasar persatuan dan kekeluargaan yang terdapat di Negara Dai Nipon cocok dengan corak masyarakat Indonesia²⁴⁴.

Di antara pihak yang menentang gagasan Soepomo adalah Logemann, pakar hukum tatanegara berkebangsaan Belanda. Ia menyatakan cita Negara integralistik adalah cita 'Negara organis'. Dengan gagasan Negara sebagai organisasi dari suatu organis, dikatakan oleh Logemann, Soepomo (bersama lain-lainnya) telah menyambut 'pusaka lama' Indonesia yang terwujud dalam 'Desa Indonesia Lama'. Logemann mempertanyakan, apakah mungkin struktur desa yang agraris dan sebagian besar autharkis dapat dipindah tanamkan ke dalam struktur Negara modern²⁴⁵, sedangkan Marsilam menilai pemikiran Soepomo tersebut di pengaruhi oleh ide pemikiran 'nasional-sosialis' Jerman atau ide 'Hegelian'²⁴⁶. Sedangkan Ismail Suny tidak dapat menerima anggapan pendiri Negara kita sewaktu merumuskan dan mengesahkan UUD 1945 bertolak dari postulat paham kenegaraan integralistik.

Soepomo menjelaskan:

Negara ialah suatu masyarakat yang integral, segala golongan, segala bagian, segala anggotanya berhubungan erat satu sama lain dan merupakan persatuan masyarakat yang organis. Yang penting dalam Negara yang berdasar aliran

²⁴³A. Hamid S. Attamimi, peranan Keputusan Presiden RI Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara: Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang berfungsi Pengaturan Dalam Kurun Waktu Pelita I- Pelita IV Diserstasi: Jakarta: 1990. Hlm. 59.

²⁴⁴*Ibid.* hlm. 59.

²⁴⁵*Ibid.* hlm. 60.

²⁴⁶Marsilam Simanjuntak, Unsur Hegelian Dalam Pandangan Integralistik, Skripsi FH UI, Jakarta: 1989, tidak diterbitkan. Baca buku Marsilam Simanjuntak Pandangan Negara Integralistik, Pustaka Utama Grafiti: 1994.



pikiran integral ialah penghidupan bangsa seluruhnya. Negara tidak memihak kepada suatu golongan yang paling kuat, atau yang paling besar, tidak menganggap kepentingan seseorang, sebagai pusat, akan tetapi Negara menjamin keselamatan hidup bangsa seluruhnya sebagai persatuan yang tak dapat dipisahkan²⁴⁷.

Soepomo menolak perspektif individualis Eropa Barat karena menghasilkan Imperialisme dan system eksploitasi; perspektif kelas pada kediktatoran proletariat juga dibuang karena meskipun sesuai dengan kondisi khas di Uni Soviet, perspektif ini bertentangan dengan sifat asli masyarakat Indonesia. Kemudian dia mengajukan dua model Negara integralsitik yang, dalam beberapa hal dapat dijadikan teladan. Pertama, ia menyebut Negara Jerman Nazi. Bukan karena Jerman menjadi sekutu kuat Jepang Melawan Ameika Serikat, namun karena ia sudah menyadari kekalahan mutlak Jerman Nazi dan mengatakan, "lain Negara ialah Negara Jerman sekarang." Ia mengutip asas-asas Nazi mengenai *Die Ganze der politischwen Eintheit des Volkes*" (keseluruhan kesatuan politik rakyat)," *ein totaler fuhrerstaat*" (Negara dibawah kepemimpinan mutlak), dan "*Blut-und-Boden-Theorie*" yang artinya sebagai kesatuan darah dan wilayah antara pemimpin dan rakyat. Soepomo mengatakan bahwa sudut pemikiran nasionalis-sosialis, asas kesatuan antara pemimpin dan rakyat serta prinsip kesatuan seluruh Negara sesuai dengan pemikiran Timur²⁴⁸.

Contoh yang kedua ialah Negara totalizer Jepang. Soepomo mengatakan bahwa Negara itu dibentuk atas dasar ideology mengenai kesatuan kekal, lahir dan bathin antara yang paling mulia *Tenno Heika* (Kaisar), Negara dan rakyat, sedangkan keluarga tertinggi. Soepomo menganggap bahwa dasar kesatuan

²⁴⁷H. Muhammad Yamin, Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945, Jilid I, Yayasan Prapanca, Jakarta hlm. 111.

²⁴⁸Adnan Buyung Nasution, Aspirasi Pemerintahan Konstitusional Indonesia: Studi Sosio-Legal Atas Dewan Konstituante 1956-1959. Cetakan kedua, Pustaka Utama Grafiti: 2001. Hlm. 90.



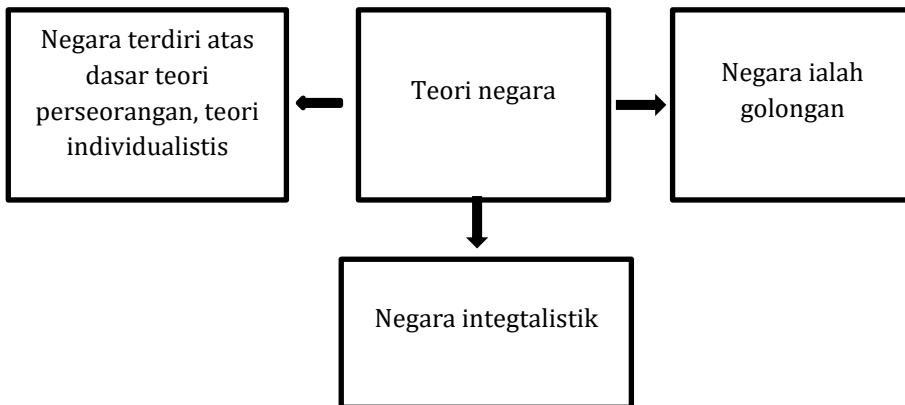
dan asas kekeluargaan ini pantas diterapkan pada Negara Indonesia yang akan dibentuk ²⁴⁹.

Dalam konteks yang lain, Simanjuntak melihat adanya hubungan antara ajaran Spinoza dengan teori integralistik Soepomo itu, menyangkut mengenai hal-hal mengenai hak-hak alam dan hak-hak sipil, mengenai kebebasan berpendapat, mengenai kedaulatan pimpinan, mengenai kepentingan umum di atas kepentingan perseorangan, yang semuanya itu ditulis dalam *Tractatus Theologico-politicus* dan *Ethics*, dan dirangkum kembali dalam buku terakhir Spinoza, yang sebenarnya belum selesai dan baru diterbitkan setelah filsuf itu meninggal dunia (1677), yaitu *Tractatus politicus (political Treatise)*. Tetapi yang lebih penting, yang mendasari hal-hal tersebut, adalah prinsip filsafat Spinoza yang menganggap bahwa pada hakikatnya zat (substansi) sejati dalam alam ini hanya ada satu, dan segala sesuatunya berupa kesatuan atau keesaan karena berasal dan bisa dimbelikan ke zat yang sama itu, yang Esa (manunggal, dalam Bahasa Jawa). Zat (substansi) dikatakan sejati, kalau adanya tidak tergantung pada sesuatu yang lain diluarnya (*self-caused, atau causa sui*). Zat bersifat menentukan dirinya sendiri. Sedangkan keberadaan segalanya yang lain ditentukan oleh (terbuat dari) zat yang sama itu. Karena adanya Tuhan itu yang mutlak, dan bersama adanya alam tidak mungkin terdapat dua zat berbeda, maka Tuhan dan alam adalah satu, zat tunggal, satu-satunya, yang terwujud dalam bentuk (atribut) yang tidak terhingga banyaknya. Inilah paham monism atau juga *paintesme* Spinoza. Paham ini diuraikan secara sistematis dalam bagian pertama bukunya *Ethics*, karenanya menolak dualism Cartesian yang menganggap badan (materi, lebih tepat) dan bathin (mind) sebagai dua zat berlainan. Keastuan inilah atau dalam istilah yang dipakai pada tahun empatpuluhan itu, persatuan yang menjadi titik temu penting dengan pilihan Soepomo.

²⁴⁹H. Muhammad Yamin. Op. Cit. hlm. 112. Atau dilihat juga Adnan Buyung Nasution, Ibid. hlm. 90.



Ada tiga teori Negara menurut Soepomo, yakni:



sumber: diolah dari Marsilam Simanjuntak, pandangan Negara integralistik, pustaka Utama Grafit, Jakarta, 1994, hlm. 84-85.

Dalam penjelasannya terhadap hal ini, Supomo²⁵⁰ menjelaskan: pertama, Negara terdiri atas dasar teori perseorangan, teori individualis, sebagaimana diajarkan oleh Thomas Hobbes dan John Locke (abad ke 17), Jean-Jacques Rousseau (abad ke-18) Herbert Spencer (abad ke-19), H. J Laski (abad ke-20). Menurut aliran pikiran ini, Negara ialah masyarakat hukum (*legal society*) yang disusun atas kontrak antara seluruh seseorang dalam masyarakat itu (*contract social*). Susunan hukum Negara yang berdasar individualisme terdapat dinegeri Eropa Barat dan di Amerika. *Kedua*, Negara ialah golongan Negara ialah teori "golongan" dari Negara (*class theory*) sebagai diajarkan oleh Marx, Engels dan Lenin. Negara dianggap sebagai alat dari suatu golongan (*sesuatu klasse*) untuk menindas *klasse* lain. Negara ialah alat bagi golongan yang mempunyai kedudukan dari ekonomi yang paling kuat untuk menindas golongan-golongan lain, yang mempunyai kedudukan yang lembek. Negara kapitalistis, ialah perkakas *bourgeoisie* untuk menindas kaum buru, oleh karena itu para Marxis menganjurkan revolusi politik dari kaum buruh untuk

²⁵⁰Marsilam Simanjuntak, Pandangan Negara Intergalistik, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, hlm. 84-85.



merebut kekuasaan Negara agar kaum buruh dapat menindas kaum *bourgeoisie*.

Ketiga. Teori Integralistik, teori ini di ajarkan oleh Spinoza Adam Mulle, Hegel, dan lain-lain (abad 18 dan 19). Menurut pikiran ini Negara ada tidak untuk menjamin kepentingan masyarakat seluruhnya sebagai persatuan. Negara ialah suatu susunan masyarakat yang integral, segala golongan, segala bagian, segala anggotanya berhubungan erat satu sama lain dan merupakan persatuan masyarakat orang organis. Yang terpenting dalam Negara berdasar aliran pikiran integral ialah penghidupan bangsa bangsa seluruhnya. Negara tidak memihak kepada sesuatu golongan yang paling kuat, atau yang paling besar, tidak menganggap kepentingan seseorang sebagai pusat, akan tetapi Negara menjamin keselamatan hidup bangsa seluruhnya sebagai persatuan yang tak dapat dipisah-pisahkan.

Supomo memberi contoh susunan tata Negara yang asli, yang totalizer atau integralistik itu, dalam masyarakat Indonesia:

Menurut sifat tata Negara Indonesia yang asli, yang sampai zaman sekarang pun masih dapat terlihat dalam suasana desa baik di Jawa, maupun di Sumatera dan kepulauan-kepulauan Indonesia lain, maka para pejabat Negara ialah pemimpin yang bersatu jiwa dengan rakyat dan para pejabat Negara senantiasa berwajib memegang teguh persatuan dan keseimbangan dalam masyarakat. Kepala desa, atau kepala rakyat berwajib menyelenggarakan keinsyafan keadilan rakyat “memegang adat” (kata pepatah minangkabau) senantiasa memperhatikan segala gerak-gerik dalam masyarakatnya dan untuk di maksud itu, senantiasa bermusyawarah dengan rakyatnya atau dengan kepala-kepala keluarga dalam desanya, agar upaya pertalian batin antara pemimpinnya, antara golongan-golongan rakyat satu sama lain, segala golongan diliputi oleh semangat gotong-royong, semangat kekeluargaan²⁵¹

²⁵¹Ibid. hlm 90-91.



Simanjuntak menafsirkan gagasan tersebut dengan mengatakan; disini Supomo memperkenalkan beberapa analisis totalizer atau integralistik yang dikatannya asli Indonesia, yang terutama menyangkut hubungan ideal pemimpin dan rakyat antara lain:

1. Pejabat (pejabat) Negara ialah pemimpin yang bersatu jiwa dengan rakyat.
2. Kepala rakyat memberi bentuk pada rasa keadilan dan cita-cita rakyat.
3. Pemimpin selalu bermusyawarah dengan rakyatnya atau dengan wakil-wakil (kepala keluarga).
4. Suasana persatuan pemimpin dan rakyat, dan antara golongan-golongan rakyat, bersemangat kekeluargaan dan gotong-royong²⁵².

G. Negara Hukum Pancasila

Para pendiri Negara telah memilih suatu paradigm bernegara yang tidak hanya mengacu pada tradisi hukum Barat, melainkan juga berakar pada tradisi asli Bangsa Indonesia. Paradigma bernegara itu dirumuskan dengan memadukan secara paripurna lima prinsip bernegara, yakni Ketuhanan (*theisme*), kemanusiaan (*humanisme*), kebangsaan (*Nasionalisme*), kerakyatan (*demokrasi*), dan keadilan social (*sosialisme*) ke dalam suatu konsep pancasila. Kelima prinsip pancasila itu mengandung nilai universal, tetapi juga memiliki basis partikularitas pada tradisi bangsa Indonesia. dimensi unoversalitas dan partikularitas itu menyebabkan adanya ketegangan konseptual dalam pancasila yang menunjukkan bahwa para pendiri Negara Indonesia hendak mendirikan Negara bangsa berciri modern, tetapi berbasis pada tradisi bangsa Indonesia. Demikian pula halnya, para pendiri ngara mengadopsi konsep Negara hukum dari Rechtsstaat pada tradisi hukum Eropa Kontinental, tetapi berupaya memberi muatan substantive yang berbasis pada tradisi bangsa

²⁵²Ibid. hlm 91



Indonesia sehingga pada akhirnya dapat dihasilkan suatu konsep Negara hukum Indonesia²⁵³.

Hamid S. Attamimi mengatakan bahwa dalam kaitannya dengan hukum yang berlaku bagi bangsa dan Negara Indonesia, Pancasila telah dinyatakan kedudukannya oleh para pendiri Negara ini sebagaimana terlihat dalam UUD 1945 dalam penjelasan umum. Disana ditegaskan, bahwa Pancasila adalah cita hukum (*rechtsidee*) sebaiknya yang menguasai hukum dasar Negara, baik hukum dasar yang tertulis maupun hukum dasar yang tidak tertulis. Untuk itu kita perlu mengetahui apakah cita hukum itu²⁵⁴.

Cita hukum menurut Attamimii ialah terjemahan dari *Rechtsidee*. Berbeda dengan terjemahan yang digunakan dalam penjelasan UUD 1945, *Rechtsidee* sebaiknya diterjemahkan dengan “cita hukum” dan bukan dengan “cita-cita hukum”, mengingat “cita” ialah gagasan, rasa, cipta, pikiran, sedangkan “cita-cita” ialah “keinginan, kehendak, harapan yang selalu ada dipikiran atau dihati”.

Selanjutnya “cita hukum” (*Rechtsidee*) perlu dibedakan dari pemahaman atau konsep kita tentang hukum (*rechtgriff*). Cita hukum ada didalam cita kita, sedang pemahaman atau konsep tentang hukum merupakan kenyataan dalam kehidupan yang berkaitan nilai yang kita inginkan (*wertbezogene*), dengan tujuan mengabdikan kepada nilai-nilai yang ingin kita capai (*eine Werte zu dienen*). Dan dalam pemahaman atau konsep kita tentang hukum terhampar, bahwa hukum adalah kenyataan yang bertujuan mencapai nilai-nilai hukum, mencapai cita hukum.

²⁵³Aidul Fitriadi, Pancasila dan Arsitektur Negara Hukum Indonesia: Upaya Dekolonisasi dan Rekonstruksi Tradis, Prosiding Konferensi dan Dialog Nasional Negara Hukum, dengan tema: Negara Hukum Indonesia kemana akan melangkah? Jakarta, 9-10 Oktober 2012, hlm. 92.

²⁵⁴A. Hamid S. Attamimi, Pancasila Cita Hukum dalam Kehidupan Hukum Bangsa Indonesia, dalam Pancasila sebagai Ideologi dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bermasyarakat, Berbangsa dan Bernegara, disunting oleh Oetoyo Oesman & Alfian, Jakarta: BP 7 Pusat, 1992, hlm. 67.



Dengan perkataan lain, pemahaman atau konsep kita tentang hukum bertujuan merealisasikan cita hukum yang ada pada gagasan, rasa, cipta dan pikiran kita dalam kenyataan²⁵⁵.

Rudolf Stamler mengatakan bahwa.” Cita hukum ialah konstruksi pikir yang merupakan keharusan bagi mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan masyarakat. cita hukum berfungsi sebagai bintang pemandu (Leistern) bagi tercapainya cita-cita hukum masyarakat. Meski merupakan titik akhir yang tidak mungkin dicapai, namun cita hukum memberi manfaat karena ia mengandung dua sisi “dengan cita hukum kita dapat menguji hukum positif yang berlaku, dan kepada cita hukum yang mengarahkan hukum positif sebagai usaha dengan sanksi pemaksa menuju suatu yang adil (“zwangversuch zurn Richtigen). Oleh karena itu, menurut Stammler, keadilan ialah usaha atau tindakan mengarahkan hukum positif kepada cita hukum. Dengan demikian maka hukum yang adil (richtiges Recht) ialah hukum positif yang memiliki sifat yang diarahkan oleh cita hukum untuk mencapai tujuan-tujuan masyarakat²⁵⁶.

Menurut Mohammad Noor Syam sesungguhnya secara filosofis-ideologis-konstitusional bangsa Indonesia menegakkan kemerdekaan dan kedaulatan dalam tatanan Negara Proklamasi sebagai NKRI berdasarkan pancasila UUD 1945. Asas dan identitas fundamental, bersifat imperative; karenanya fungsional sebagai asas kerohanian-normatif-filosofis-ideologis dalam UUD 1945²⁵⁷.

Bahwa sesungguhnya UUD Negara adalah jabaran dari filsafat Negara pancasila sebagai ideology nasional (Weltanschauung); asas kerohanian Negara jati diri bangsa. Karenanya menjadi asas normatif-filosofis-

²⁵⁵*Ibid.* hlm 68.

²⁵⁶*Ibid.* hlm. 68.

²⁵⁷Mohammad Noor Syam, Sistem Filsafat Pancasila (Tegak Sebagai Sistem Kenegaraan Pancasila-UUD Proklamasi 45), Makalah disajikan dalam Konggres Pancasila diselenggarakan UGM MK RI 30 31 Mei dan 1 Juni 2009 di Kampus UGM Yogyakarta.



konstitusional bangsa; menjwai dan melandasi cita budaya dan moral politik nasional, terjabar secara konstitusional:

1. Negara berkedaulatan rakyat (=Negara demokrasi: sila IV=system demokrasi pancasila
2. Negara kesatuan, Negara bangsa (nation state, wawasan nasional dan wawasan nusantara: sila III), ditegakkan sebagai NKRI.
3. Negara berdasarkan atas hukum (rechtsstaat): asas supremasi hukum demi keadilan dan keadilan social: oleh semua untuk semua (sila I-II-IV-V); sebagai system Negara hukum pancasila.
4. Negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab (sila I-II) sebagai asas moral kebangsaan kenegaraan RI; ditegakkan sebagai budaya dan moral manusia waega Negara dan politik kenegaraan RI.
5. Negara berdasarkan asas kekeluargaan (paham persatuan: Negara melindungi seluruh tumpah darah Indonesia dan seluruh rakyat Indonesia. Negara mengatasi paham golongan dan paham perseorangan: sila III-IV-V); ditegakkan dalam system ekonomi pancasila²⁵⁸

H. Negara Hukum Postmodern

Istilah pasca atau postmodern adalah merupakan istilah yang digunakan untuk melakukan kritik terhadap praktik-praktik modernitas. Kritik dan persinggungan antara dunia modern yang telah menciptakan kemunduran digugat oleh teori pasca modern. Di dalam teori pascamodern, kekuatan-kekuatan modern beserta segala implikasi yang ditimbulkannya telah membawa banyak kemunduran bagi peradaban manusia. Sebab itu, hukum modern yang cenderung melindungi kekuatan status quo ekonomi, politik dan kebudayaan materilistis di gugat oleh postmodernisme sebagaimana yang dikatakan Rosenau, akumulasi pengalaman peradaban barat adalah industrialisasi, urbanisasi, kemajuan teknologi, Negara bangsa, kehidupan dalam “jalur cepat”. Namun mereka meragukan prioritas-prioritas modern:

²⁵⁸*Ibid.* hlm 108-127.



seperti karir, jabatan, tanggungjawab personal, birokrasi, demokrasi liberal, toleransi, humanism, egalitarisme, penelitian objektif, kriteria evaluasi, prosedeur netral, peraturan impersonal dan rasionalisme²⁵⁹.

Dengan demikian, pertama-tama manusia modern dapat dipahami sebagai ‘mahluk’ yang tersentak dari ketepukauannya terhadap alam, sehingga ‘mental partisipasi’ yang membenamkan manusia ke dalam prose-proses kosmos menjadi sikan distansi. Manusia mengalami keretakan dari kosmosnya. Proses ‘menjadi sadar’ ini merayap terus melahirkan proses-proses lain. “alam yang bernyawa” dibunuhnya lewat proses sekularisasi. Dari dukungan entitas-entitas kolektifnya, muncullah individu yang bereksistensi melalui proses individualiasi. Manusia bukan lagi menghuni” ruang sosiomistis”, melainkan muncul melampaui masyarakat dan roda tradisinya. Terhadap waktu sekuler yang menempatkan manusia dalam ritme-ritme repetitive, proses kesadaran melerasi lingkaran itu dan merentangkannya menjadi waktu yang linear. Dihadapan manusia, alternative-alternatif diciptakan. Manusia menghayati sejarahnya sebagai perubahan-perubahan unik mengarah kepada progress. Seluruhnya ini pada gilirannya dapat di asalkan pada proses kemampuan nalurianya kearah rasio lewat proses rasionalisasi²⁶⁰.

Menurut Stanley J. Grenz, ada enam narasi di dunia ini yang menjadi tulang punggung berkembangnya aliran postmodern, yaitu:

1. Narasi tentang mitos kemajuan versi dunia Barat
2. Narasi Marxisme tentang revolusi dan sosialisme internasional.
3. Narasi fundamentalis Kristen mengenai perlunya kembali ke masyarakat yang diperintah oleh nilai-nilai Kristen dan Alkitab

²⁵⁹George Ritzer, *The Post Modern Socal Theory*, diterjemahkan oleh Muhammad Taufik, *Teori Sosial Postmodern*, Cetakan Keempat, Kreasi Wacana kerja sam Juxtapose, Yogyakarta: 2008. Hlm 19.

²⁶⁰F. Budi Hardiman, *Melampaui Positivisme dan Modernitas: Diskursus Filosofis Tentang Metode Ilmiah dan Problem Modernitas*, Kanisius, Pustaka Filsafat: 2003, hlm 74.



4. Narasi fundamentalis Islam mengenai perlunya kembali ke masyarakat yang diperintah oleh nilai-nilai islam menurut Qur'an dan Sunnah Nabi Muhammad
5. Narasi Hijau mengenai penolakan terhadap mitos kemajuan dan perlunya kembali masyarakat diatur oleh nilai-nilai ekologis.
6. Narasi paradigm baru mengenai lompatan besar dan mendadak pada cara baru untuk menjadi manusia dan cara baru untuk mengerti dunia²⁶¹.

Konsep ini sudah berhubungan dengan kebaikan dari modernitas. Bahwa modernitas yang berjalan mundur atau justru menimbulkan dehumanitas, justru keabsahannya harus digugat. Kata Chris Barker:

"modernity is marked by the post-medieval rise of industrialization, capitalism, surveillance and the nation state system. Consequently, postmodernity, ought logically to be a post-industrial, post-capitalist and stateless society²⁶².

Hukum-hukum kapitalisme yang mementingkan keuntungan dalam masyarakat pasca industrial adalah merupakan bagian dari kajian penting dalam masyarakat pasca modernisme. Menurut Bryan Turner teoritikus postmodernis pada dasarnya lebih menitikberatkan pada destabilisasi tanda-tanda modern yang klasik dan destruksi total kaidah-kaidah simbolik. Dalam konteks ini, mungkin teoritikus postmodernisme kontemporer yang paling penting adalah Baudrillard, yang reaksinya terhadap teori tradisional dan kritis menjadi bagian utama dari analisisnya mengenai lenyapnya individu borjuis dan identifikasinya terhadap bentuk penandaan 'yang mengambang' yang secara radikal menyimpang dari cara-cara yang dipakai modernitas agung²⁶³.

²⁶¹Stanley J. Grenz, A Primer on Postmodernism. Terjemahan, penerbit Yayasan Andi, 2001. Periksa juga di dalam Munir Fuady, Sosiologi Hukum Kontemporer, Interaksi Hukum, Kekuasaan dan Masyarakat, Citra Adyta Baktui, Bandung: 2007. Hlm 141.

²⁶²Chris Barker, The Sage Dictionary of Cultural Studies, Sage Publication, California: 2004. Hlm. 159.

²⁶³Bryan Turner, The Theories of Modernity and Postmodernity. Diterjemahkan oleh Imam Baehaqi dan Ahmad Baidlowi, Teori-Teori Sosiologi Modernitas Postmodernitas, Pustaka Pelajar, Cetakan ke tiga Yogyakarta: 2008. Hlm 150.



Keadaan pasca modern terlihat bahwa ada "fenomena keretakan" manusia dalam proses modernisasi. Menurut Hardiman, corak-corak kesadaran modern: individuasi, progress, sekularisasi, tak lain merupakan fenomenan keretakan-keretakan kesadaran manusia. Tema-tema keretakan ini dibahas secara luar oleh Peter Berger sebagai 'polarisasi antara yang sama sekali transenden dan yang sama sekali manusiawi', atau menurut kategori Horkheimer sebagai pergeseran 'akal budi objektif ke akal budi instrumentalis'. Tema-tema ini menerangkan adanya keretakan dalam kesadaran manusia, sehingga bukan lagi memahami realitas sebagai suatu keutuhan yang bernilai pada dirinya, melainkan dengan cara distansi, realitas menjadi serpih-serpih yang berjarak satu sama lain. Dengan polarisasi antara yang sama sekali transenden dan yang sama sekali manusia membebaskan diri dari misteri, dan makna-makna metafisik²⁶⁴.

Kritik tajam mereka terhadap modernitas sebagai satu kondisi social adalah karena patologi yang di idap oleh modernitas menimbulkan berbagai pertanyaan. Seperti kenapa industrialisasi yang melewati tapal batas nilai justru menciptakan dehumanisasi, juga keadaan manusia yang makin lama mengalami bias. Modernitas berhenti berputar menciptakan sejarah, sebab itu sedang menuju jurang kematian.

Hukum social dalam terma modernitas tidak berlaku, bahkan tidak ada lagi limitasi masyarakat. Nilai, adat bahkan sudah keadaban sebagai cita-cita transenden manusia imanen sudah tidak bisa dijawab oleh modernitas. Postmodernitas muncul mengugat keabsahan sejarah yang telah di susun rapi oleh modernitas. Bahkan bagi kelompok postmodernitas beragumen, bahwa postmodernitas mengalami keterputusan sejarah dengan modernitas.

Tetapi selain itu, kritik tajam terhadap postmodernitas juga dating dari berbagai penjur. Bagi Terry Eagleton (1966) dan Christopher Norris (1990, 1993, 1994), postmodernitas sudah habis, sudah tamat riwayatnya, dan

²⁶⁴F. Budi Hardiman, Op. Cit. hlm. 84.



sudah ketinggalan zaman. Di mata mereka, postmodern adalah sebuah kegagalan, sebuah ilusi. Di antara kritik-kritik terhadap ajaran postmodern tersebut:

1. Dengan teori dekonstruksinya, postmodern yang seharusnya menganalisis dengan teliti, tetapi justru ingin membongkar cerita-cerita besar tersebut akan tetap eksis dan tidak mungkin ditumbangkannya. Adalah tidak mungkin hilang cerita-cerita besar yang benar seumpama cerita yang berkenan dengan moralitas, cerita harkat kemanusiaan, cerita bahwa manusia tidak boleh dijadikan sebagai sarana semata-mat, atau cerita tentang hak asasi manusia.
2. Postmodern ingin menggantikan cerita besar dengan sekumpulan cerita-cerita kecil, tetapi postmodern buta terhadap kenyataan bahwa dalam cerita kecil pun mengandung kebusukan-kebusukan tertentu.
3. Paham postmodern menutup mata terhadap pemisahan pada factor ideology dengan prinsip-prinsip etika universal. Mereka mengkritik narasi-narasi besar, seperti liberalism, marxisme, kapitalisme, universalisme, padahal yang seringkali jelek dalam narasi hanya factor ideologisnya saja.
4. Paham postmodern adalah kontradiktif. di satu pihak paham mendobrak setiap narasi besar demi narasi-narasi kecil, padahal di pihak lain usaha untuk menyingkirkan narasi besar demi narasi kecil sendiri juga merupakan narasi besar dengan jangkauan yang universal²⁶⁵.

Kritik terhadap postmodern adalah merupakan kilas balik dari beberapa penjaga proyek modernitas. Bahwa modernitas dengan segala rasionalisasi yang dibangunnya, justru memberikan harapan bagi masa depan. Bahkan mereka menuduh bahwa postmodern adalah suatu kondisi yang kehilangan akar sejarah. Tidak memiliki dasar historisitas. Sehingga dengan demikian,

²⁶⁵Munir Fuady, Sosiologi Hukum Kontemporer, Interaksi Hukum, Kekuasaan dan Masyarakat, Citra Aditya Bakti, Bandung: 2007. Hlm. 143-144.



bahwa dasar historisitas sebagai suatu bangunan episteme dalam masyarakat dan ilmu social tidak dimiliki oleh postmodern.

Aliran *critical legal studies* tersebut sebenarnya merupakan terusan dari ajaran hukum pada awal abad ke-20 dimana hukum dipandang sebagai suatu instrumen yang dapat membawa masyarakat mencapai tertin social. Karena itu, aliran hukum pada awal abad ke-20 tersebut didominasi oleh jajaran yang bersifat pragmatis, yang hidup dan berkembang pada era yang pragmatis pula. Sayangnya aliran hukum yang berkembang sejak awal abad ke-20 tersebut, yang mengatakan hukum sebagai alat untuk mencapai ketertiban social, ternyata telah gagal memformulasikan ketertiban dan kepentingan social tersebut, disamping gagal pula menemukan metode yang tepat untuk mencapainya. Oleh sebab itu tidak mengherankan pula jika apa yang merupakan konsep hukum tentang Negara berkesejahteraan social.

I. Negara Hukum Pascakolonial

Istilah Negara pascakolonial adalah untuk menemukan suatu kajian baru bagi Negara yang pernah mengalami penjajahan. Penjajah atau kolonialis meninggalkan tanah jajahannya, tidak pergi begitu saja dan tanpa jejak. Namun, aa sejumlah jejak yang di tinggalkan oleh kolonialis atas tanah jajahan mereka. Selain benda-benda yang berupa symbol kesewangan-wenangan kolonialis, yang paling berbahaya, bahkan lebih berbahaya dari senjata dan granat adalah merupakan “pengetahuan” dan “keyakinan”. Arkeologi fisik yang berbentuk benda hanyalah merupakan bagian dari tanda untuk menegaskan, bahwa ini adalah tanah jajahan pada masa lalu, namun apabila yang ditinggalkan adalah “pengetahuan” dan “keyakinan” seperti hukum dan undang-undang colonial, kota colonial, atau perangkat bahasa maka perlu dicurigai sebagai sesuatu yang paling berbahaya, lebih berbahaya dari pada”senjata” granat dan tank” sebagai symbol kekerasan dan dominasi.

Apabila kita merujuk Ahmad Baso dengan sangat menohok menjelaskan maksud dari studi pasca colonial katanya, saya tidak ingin mengungkap detail-detail fakta baru dalam sejarah masa lalu yang tidak ditemukan oleh studi



sebelumnya. Saya bergumul dengan masa kini, apa yang bisa dikatakan sebagai” momen-momen pasca colonial” pada masa kini. Maka, menulis” dokumen kekinian”lebih mirip dengan merekam peristiwa yang masih berlangsung yang masih hidup, seperti halnya saya merekam peristiwa pengadilan wartawan Tempo ketika sang hakim menggunakan hukum warisan colonial, sedangkan sang terhukum ingin menggunakan argument serupa dari masa colonial ; ada harapan baru terhadap presiden yang baru terpilih dalam pemilu 2004 untuk menciptakan “ketentraman dan keamanan kondusif” seperti halnya Belanda dulu menciptakan kondisi serupa dalam bahasa *rust en order*, ada perdebatan tentang kodifikasi hukum islam yang merujuk pada pengetahuan colonial; ada hantu” piagam” Jakarta dalam segenap diskusi tentang Departemen Agama, tentang penegakkan Syariat Islan di daerah-daerah tentang kebangkitan kedaerahan dan seterusnya. Dengan kata lain semakin panjang deretan peristiwa masa kini, maka semakin relevan pula suatu tujuan kritis atas masa lalu²⁶⁶.

Dengan demikian Negara hukum pasca colonial adalah suatu Negara yang masih belum memiliki hukum sendiri, di mana hukum yang digunakan adalah masih warisan masa lalu, dan hukum yang dibuat di masa kini masih merupakan bagian dari warisan “pemikiran” masa lalu. Ini bisa dilihat dalam beberapa banguan dasar hukum kita, seperti:

1. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana
2. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata
3. Sebagian hukum agrarian
4. Hukum adat yang di konstruksi oleh Snouck Hurgronje.

Sehingga tampak bahwa dari sinilah dimulai studi yang mengawali bahwa Indonesia adalah merupakan Negara hukum pasca colonial. Sebagai suatu momen penting dalam sejarah yang dibuat, momen pasca colonial sebagai suatu kajian sejarah masa kini, yang menghadirkan masa lalu, akan

²⁶⁶Ahmad Baso, *Islam Pasca Kolonial: Perselingkuhan Agama, Kolonialisme dan Liberalisem*, Mizan Bandung: 2005, hlm. 35.



memberikan implikasi bagi kelanjutan suatu Negara merdeka sebagai Negara hukum. Indonesia gagap menarik diri untuk terlibat dalam keadaan masa lalu, yang terus menerus, bahkan arkeologi pengetahuan masa lalu dipelihara secara terus-menerus sebagaimana yang kita lihat di atas.



BAB 29

PANDANGAN TOKOH TENTANG NEGARA HUKUM

1. Nicolo Machiavelli

Nicolo Machiavelli lahir di Florence, Italia pada Tahun 1469 dan ia pada hidup dimasa puncak keemasan Lorenzo yang Agung. Karyanya yang sangat terkenal adalah *Il principe* (sang pangeran). Ide dasar karyanya adalah ia membuang jauh pengaruh agama terutama Kristen. Ia lebih realistis melihat problem-problem yang di alami bangsa Italia kala itu seperti perang saudara, saling berebut kekuasaan, anarkisme yang akhirnya tak pernah mampu membawa rakyat dan Bangsa Italia menjadi satu Negara Nasional. Gawatnya lagi, hampir tidak ada tokoh yang dapat mengatasi dan mempersatukan Bangsa-bangsa Italia, tidak juga Paus. Itu semua sungguh membuat Machiavelli prihatin. Atas dasar Italia mengemukakan gagasannya untuk menyatukan Italia sehingga dapat jaya²⁶⁷.

Dalam usaha mewujudkan cita-cita itu, raja harus merasa dirinya tidak terikat oleh norma-norma agama atau pun norma-norma akhlaq. Raja di anjurkan agar jangan berjuang dengan mentaati hukum; raja harus menggunakan kekuasaan dan kekerasan seperti halnya juga binatang²⁶⁸.

Machiavelli melihat Negara berada dalam dua kulub, yakni kekuasaan ada anarki. Anarki adalah tindakan melawan hukum dan aturan. Oleh karena itu, tugas seorang pemegang kekuasaan adalah mempertahankan dan

²⁶⁷Sobirin Malian, *Gagasan Perlunya Konstitusi Baru Pengganti UUD 1945*, UII Press, Yogyakarta: 2001. Hlm 28.

²⁶⁸Marbun, S.F., dkk, *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta: UII Press, 2001. Hlm. 4.



memperluas wilayah kekuasaannya. Menurut Machiavelli, politik dan moral adalah dua bidang tidak memiliki hubungan yang sama sekali. Yang diperhitungkan hanyalah kesuksesan, sehingga tidak ada perhatian pada moral di dalam urusan politik, baginya hanya satu kaidah etika politik: yang baik adalah apa saja yang memperkuat kekuasaan raja²⁶⁹.

Buku *sang pangeran*, memperlihatkan bagaimana gagasannya mengilhami teori-teori politik modern. Ia telah menjadi kitab politik klasik yang dirujuk zaman ke zaman oleh berbagai ahli. Gagasannya yang di anggap radikal terhadap konsep politik dan “soal cara mempertahankan kekuasaan “menjadi salah satu pemantik dari tulisan Machiavelli.

Machiavelli menganjurkan untuk meninggalkan moralitas dan nilai-nilai kesusilaan jika mau membuat Negara menjadi Negara yang kuat. Kecerdikan menghalalkan segala cara adalah merupakan sesuatu yang mutlak diperlukan bagi seorang raja/pangeran jika mau mendapatkan kekuasaan yang kuat. terbentuknya Negara nasional Italia hanya bisa didapat jika seorang raja/pangeran mampu menciptakan ketakutan bagi masyarakatnya.

Machiavelli mengatakan bahwa seorang pangeran juga dihormati ketika dia bisa menjadi baik itu sebagai teman yang setia maupun musuh yang tangguh, yaitu dengan kata lain, ketika tanpa persyaratan apapun, di umumkan bahwa dirinya mendukung salah satu kubu melawan kubu lainnya, yang mana tindakannya akan jauh lebih menguntungkan daripada bersikap netral. Karena jika dua dari tetangga anda yang sama-sama kuat saling berselisih, mereka ini memiliki ciri-ciri dimana, jika salah satunya menaklukkan, maka anda punya pilihan untuk takut padanya ataupun tak takut. Apapun itu akan selalu lebih menguntungkan bagi anda untuk mengumumkan posisi anda, dan menyatakan perang dengan gigih karena pertamanya kalau anda tak mengumumkan posisi anda, maka tak terkecuali anda akan jatuh menjadi pemangsa sang penakluk, memberikan rasa kenikmatan dan kepuasan bagi

²⁶⁹Franz Magnis-Suseno, Kuasa dan Mortal, Jakarta: Gramdeia, 1988, hlm. 9.



dia yang telah berhasil menaklukkan dan anda tak memiliki alasan lain yang bisa ditawarkan, ataupun apapun untuk melindungi atau menampung anda. Karena dia yang menaklukkan tak menginginkan teman-teman yang bersikap ragu-ragu yang tak bisa membantunya di saat-saat datanya cobaan. Dan dia yang kalah juga tak akan menampung anda karena anda, dengan pedang di tangan, membela takdirnya.

2. Thomas Hobbes

Thomas Hobbes dilahirkan di Malmesbury, sebuah kota kecil yang berjarak 25 kilometer dari London. Ia dilahirkan pada tanggal 15 April 1588. Ketika Hobbes dilahirkan armada Spanyol sedang menyerbu Inggris. Ayah Hobbes adalah seorang pendeta di Wetsport, bagian dari Malmesbury. Ayahnya bermasalah dengan pihak gereja sehingga melarikan diri dari kota tersebut dan meninggalkan Hobbes untuk diasuh oleh pamannya, kemudian ia meninggal pada tahun 1679. Karyanya yang paling terkenal adalah *Leviathan dan De Quo* yaitu kekuasaan absolut raja-raja Inggris²⁷⁰.

Pada tahun 1603-1608, Hobbes belajar di Magdalen Hall, Oxford pada usia 14 tahun. menurut kesaksian pribadi Hobbes ia tidak menyukai pelajaran fisika dan logika Aristoteles. Ia lebih suka membaca mengenai eksplorasi terhadap penemuan tanah-tanah baru serta mempelajari peta-peta bumi dan bintang-bintang. Oleh karena itulah, astronomi adalah bidang sains yang mendapat perhatian dari Hobbes dan terus digeluti oleh Hobbes. Kemudian pada masa selanjutnya Hobbes juga menyesali karena ia tidak mempelajari matematika saat menempuh pendidikan di Oxford²⁷¹.

Ahmad Suhelmi Mengatakan bahwa “Hobbes mengibaratkan Negara sebagai Leviathan, sejenis monster (mahluk raksasa) yang ganas, menakutkan dan bengis yang terhadap dalam kisah perjanjian lama. Mahluk raksasa ini selalu mengancam keberadaan mahluk-mahluk lainnya. Leviathan tidak hanya ditakuti tapi juga dipatuhi segala perintahnya. Hobbes menjuluki Negara

²⁷⁰Juhaya S. Praja, Aliran-Aliran Filsafat dan Etika, Kencana, Jakarta: 2005, hlm. 105-110.

²⁷¹Simon Petrus L. Tjahyadi, Petualangan Intelektual, Kanisius Yogyakarta: 2004, hlm. 227-236.



kekuasaan (*machtsstaat*) sebagai Leviathan. Negara ini menimbulkan rasa takut kepada siapapun yang melanggar hukum Negara, Negara Leviathan tak segan-segan menjatuhkan vonis hukuman mati. Negara Leviathan harus kuat. Jika lemah akan timbul anarkhi, perang sipil mudah meletus dan dapat mengakibatkan kekuasaan terbelah²⁷².

Berbeda dengan Suhelmi, Frans Magnis-Suseno²⁷³ Menguraikan bahwa "Pemikiran Hobbes mengenai Negara terhadap di dalam karya besarnya yang berjudul *leviathan*". Leviathan adalah nama binatang dalam motologi Timur Tengah yang amat buas. Di dalam filsafat Hobbes, Leviathan merupakan simbola suatu system Negara. Seperti Leviathan, *Negara haruslah berkuat mutlak dan ditakuti oleh semua rakyatnya, karena hanya dengan cara inilah manusia-manusia dapat mengalami keterlambatan dan kebahagiaan.*

Menurut Hobbes, Setiap individu mengatakan kepada individu lainnya bahwa, *"I authorize and give up my right of governing myself, to this man, or to this Assembly of men, on this condition, that thou give up thy right to him and Authorise all his Actions in like manner"* dengan kata-kata seperti itu, terbentuklah Negara yang dianggap dapat mengakhiri anarkhi yang menimpa individu dalam keadaan alamiah²⁷⁴. Dengan perjanjian seperti itu terbentuklah *the great Leviathan* atau *commonwealth or rather to speak more reverently of that mortal God, to which we owe under the Immortal God, our peace and defence*, pihak yang memperoleh kekuasaan akan mewakili mereka yang telah berjanji tadi²⁷⁵. Jadi, bagi Hobbes isi perjanjian bersama ini mengandung dua segi: *pertama* perjanjian antara sesama sekutu, sehingga tercipta sebuah persekutuan dan *dua* perjanjian menyerahkan hak dan kekuasaan masing-masing kepada seorang atau majelis secara mutlak²⁷⁶. Dalam perjanjian itu

²⁷²Ahmad Suhelmi, *Pemikiran Politik Barat*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2007, hlm. 165.

²⁷³Franz Magnis Suseno, *Filsafat Sebagai Ilmu Kritis*, Kanisius, Yogyakarta: 1992, hlm. 71-72.

²⁷⁴Thomas Hobbes, *Leviathan*. Everyman's Library; New York: E.P Dutton & Company; London: J.M Dent and Sons, 1950. Hlm. 89.

²⁷⁵Deliar Noer, *Pemikiran Politik di Negeri Barat PT*. Rajawali, Jakarta: 1982, hlm. 79.

²⁷⁶*Ibid.* hlm. 79.



juga disepakati untuk saling menyerang dan hidup mematuhi undang-undang. Hanya ada satu hak yang tidak diserahkan kepada Negara, hak untuk mempertahankan diri²⁷⁷.

Menurut Peter Mahmud Marzuki²⁷⁸. Ada satu situasi yang disebut oleh Hobbes sebagai *status naturalis*, yaitu keadaan alamiah, suatu keadaan pranegara. Ia selalu berspekulasi bahwa pada situasi *status naturalis*, manusia bersifat egois, suka menyakiti sesamanya, brutal, dan agresif. Situasi sebetulnya harus diakhiri dengan perjanjian masyarakat sehingga terwujud *status civilis*.

Status naturalis oleh Hobbes diartikan sebagai suatu keadaan tanpa adanya pemerintahan yang teratur. Di dalam perang ini oleh Hobbes semua orang dianggap mempunyai kekuatan yang sama, Oleh karena itulah, dalam situasi demikian menurut Hobbes tidak ada benar atau salah baik secara moral maupun secara hukum. Semua orang mempunyai hak yang sama atas semua benda dan keuntungan merupakan satu-satunya ukuran keabsahan suatu hak untuk mempertahankan jiwa dan raganya dan dengan segala kekuatan yang dimilikinya ia menghadapi serangan dari pihak lain²⁷⁹.

Mengingat pandangan Thomas Hobbes ini berpeangkal dari suatu spekulasi, kata Peter Mahmud Marzuki²⁸⁰. Pandangan yang dikemukakan olehnya merupakan suatu pandangan yang bersifat spekulatif. Hal ini berbeda dengan pandangan Aristoteles dan Thomas Aquinas, yang justru berpeangkal dari kondisi nyata manusia sebagai makhluk bermasyarakat.

Di dalam pandangannya tentang manusia, Hobbes berpendapat bahwa seluruh perilaku manusia ditentukan oleh kebutuhan mempertahankan diri atau takut akan kehilangan nyawa. Dengan mengetahui hal tersebut, Hobbes merasa mampu menjawab pertanyaan bagaimana manusia harus bersikap baik, yaitu kuasailah rasa takut mati mereka. Bila manusia diancap dan dibuat

²⁷⁷Suhelmi, Op, Cit., hlm. 76.

²⁷⁸Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 113.

²⁷⁹*Ibid.* hlm 113-114.

²⁸⁰ *Ibid*



takut, ia akan dapat mengendalikan emosi dan nafsunya, sehingga kehidupan social dapat terjamin. Oleh karena itu, Negara haruslah menekan rasa takut mati dari warga negaranya, supaya setiap orang berbuat baik²⁸¹. Dalam hal ini, Schmid mengurai pikiran Hobbes ini sebagai berikut²⁸².

Hobbes hendak mengingatkan bahwa Negara dibentuk atas *kerelaan* individu-individu untuk meletakkan seluruh hak mereka tanpa sisa. Hobbes meletakkan Negara sebagai “mahluk raksasa yang mengerikan”, monster yang menakutkan, yang menghisap darah individu-individu atau kelompok yang telah sukarela” meletakkan hak mereka tanpa sisa.

3. John Locke

John Locke lahir pada 29 Agustus 1632 dan meninggal 28 Oktober 1704 pada umur 72 tahun. Ia adalah seorang filsuf dari Inggris yang menjadi salah satu tokoh utama dari pendekatan empirisme. Selain itu di dalam bidang filsafat politik, Locke juga dikenal sebagai filsuf Negara liberal²⁸³. Bersama dengan rekannya, Isaac Newton, Locke dipandang sebagai salah satu figure terpenting di era pencerahan. Selain itu Locke menandai lahirnya era Modern dan juga era pasca-Descartes (post-cartesian) karena pendekatan Descartes tidak lagi menjadi satu-satunya pendapat yang dominan di dalam pendekatan filsafat waktu itu²⁸⁴. Kemudian Locke juga menekankan pentingnya pendekatan empiris dan juga pentingnya eksperimen-eksperimen di dalam mengembangkan ilmu pengetahuan²⁸⁵.

Hingga usia pertengahan 30-an, kehidupannya kurang menggairahkan, paling tidak begitulah yang terlihat. Akan tetapi selama lebih dari tiga dasawarsa dari 1667 ia terlibat secara intens dengan keributan politik nasional Inggris. Dalam usia 50-an, untuk pertama kali dan dengan mendadak sontak ia menjadi orang

²⁸¹Simon Petrus L. Tjahjadi, *Petualangan Intelektual*, Kanisius, Yogyakarta: 2004. Hlm. 227-236.

²⁸²J.J. von Schmid, *Ahli-Ahli Pikir Besar tentang Negara dan Hukum*, Pustaka Sarjana, Jakarta: 1965, hlm. 173-172.

²⁸³Franz Magnis Suseno, *Filsafat sebagai ilmu kritis*, Kanisius, Yogyakarta: 1992. Hlm 73-74.

²⁸⁴R.S. Woolhouse. *Locke*. In the *Blackwell Companion to Philosophy* Second Edition. Nicholas Bunnin & E.P. Tsui-James, eds. 682. Blackwell Publishing, Malden: 2003.

²⁸⁵*Ibid.* hlm 682.



yang amat termashur. Semenjak itu, hampir semua korespondennya mungkin telah menggambarannya tanpa ironi, sama seperti Lady Mary Calverley, sebagai “tokoh terbesar dunia”. Tatkala hal itu menjadi kenyataan, termashurlah ia sebagai seorang filsuf akibat publikasi atas tulisannya, dan terutama pada tahun 1689, akibat terpublikasinya karya agung *The Essay Concerning Human Understanding*.

Ayah dan Ibu Locke berasal dari pedangan yang puritan, pembuat pakaian di pihak bapak, dan penyamak kulit di pihak ibu. Penghasilan ayahnya sebagai pengacara dan arena hakim setempat di sommerset tidaklah besar. Meskipun memiliki juga sebidang tanah, semua ini tidak cukup untuk dapat membuatnya hidup sebagai seorang bangsawan tetapi memadai untuk memungkinkan anaknya, pada tahun-tahun kemudian, mengabadikan namanya pada halaman judul karya besarnya.

Pandangan Locke tentang Negara terdapat di dalam bukunya yang berjudul “dua tulisan tentang pemerintahan (Two Treatist of civil Government)”. Ia menjelaskan pandangannya itu menganalisis tahap-tahap perkembangan masyarakat. Locke membagi perkembangan masyarakat menjadi tiga, yakni keadaan alamiah (The State of nature), keadaan perang (the state of war), dan Negara (commonwealth)²⁸⁶.

a. Pertama, the state of nature (tahap keadaan alamiah)

Keadaan alamiah adalah tahap pertama dari perkembangan masyarakat. Konsep Locke ini serupa dengan pemikiran Hobbes namun bila Hobbes menyatakan keadaan alamiah sebagai keadaan “perang semua lawan semua”, maka Locke berbeda. Menurut Locke, keadaan alamiah sebuah masyarakat manusia adalah situasi harmonis, dimana semua manusia memiliki kebebasan dan kesamaan hak yang sama. Dalam keadaan ini, setiap manusia bebas menentukan dirinya dan menggunakan apa yang dimilikinya tanpa tergantung kepada kehendak orang lain. Meskipun

²⁸⁶Simon Petrus L. Tjahjadi, *Petualangan Intelektual*, Kanisius, 2004, Yogyakarta: hlm. 236-247.



masing-masing orang bebas terhadap sesamanya, namun tidak terjadi kekacauan karena masing-masing orang hidup berdasarkan ketentuan hukum kodrat yang diberikan oleh Tuhan. Dengan demikian Locke menyebut manusia dan merupakan pemberian Allah. Konsep ini serupa dengan konsep hak asasi manusia (HAM) di dalam masyarakat modern²⁸⁷.

b. Kedua, the state of war (Tahap Keadaan Perang)

Tahap kedua adalah keadaan perang. Locke menyebutkan bahwa ketika keadaan alamiah telah mengenal hubungan-hubungan sosial maka situasi harmoni mulai berubah. Penyebab utamanya adalah terciptanya uang. Dengan uang, manusia dapat mengumpulkan kekayaan secara berlebihan, sedangkan didalam keadaan alamiah tidak ada perbedaan kekayaan yang mencolok karena setiap orang mengumpulkan secukupnya untuk konsumsi masing-masing. Ketidaksamaan kekayaan membuat manusia mengenal status tuan-budak, majikan-pembantu, status-status yang hierarkis lainnya keadaan alamiah yang harmonis dan penuh damai tersebut kemudian berubah menjadi keadaan perang ditandai dengan permusuhan, kedengkian, kekerasan dan saling menghancurkan. Situasi seperti ini berpotensi memusnahkan kehidupan manusia jika tidak ada jalan keluar dari keadaan perang²⁸⁸.

c. Ketiga, Tahap terbentuknya Negara

Locke menyatakan bahwa untuk menciptakan jalan keluar dari keadaan perang sambil menjamin milik pribadi, maka masyarakat sepakat untuk mengadakan “perjanjian asal” inilah saatnya lahir Negara persemakmuran (commonwealth). Dengan demikian, tujuan berdirinya Negara bukanlah untuk menciptakan kesamarataan setipa orang, melainkan untuk menjamin dan melindungi milik pribadi setiap warga Negara yang mengadakan perjanjian tersebut²⁸⁹.

²⁸⁷Ibid

²⁸⁸Ibid. hlm. 48.

²⁸⁹Ibid



Di dalam perjanjian tersebut, masyarakat memberikan dua kekuasaan penting yang mereka miliki didalam keadaan alamiah kepada Negara. Kedua kuasa tersebut hak untuk menentukan bagaimana setiap manusia mempertahankan diri, dan hak untuk menghukum setiap pelanggar hukum kodrat yang berasal dari Tuhan. Ajaran Locke ini menimbulkan dua konsekuensi:

- a. Kekuasaan Negara pada dasarnya adalah terbatas dan tidak mutlak sebab kekuasaannya berasal dari warga masyarakat yang mendirikaninya. Jadi Negara hanya dapat bertindak dalam batas-batas yang ditetapkan masyarakat terhadapnya.
- b. Tujuan pembentukan Negara adalah untuk menjamin hak-hak asasi warga, terutama hak warga atas harta miliknya. Untuk tujuan inilah, warga bersedia melepaskan kebebasan mereka dalam keadaan alamiah yang di ancam bahaya perang untuk bersatu didalam Negara²⁹⁰.

Marzuki menyatakan bahwa John Locke mengambil alih pikiran-pikiran abda pertengahan mengenai superioritas dan kekuatan mengikat prinsip-prinsip moral terhadap penguasa²⁹¹.

Tetapi menurut Marzuki, Locke memodernisasi pikiran Thomas Hobbes dalam menggambarkan hakikat kemanusiaan yang bersifat individualistis dan menyatakan hak-hak alamiah yang tidak dapat di asingkan²⁹². Menurut John Locke setiap pribadi mempunyai hak-hak alamiah yang dibawah sejak lahir yaitu hak hidup, hak atas kebebasan dan hak milik²⁹³.

4. Baron de Montesquieu

Pada tanggal 18 Januari 1686, pada bulan yang sama dengan *Bill of Right*, lahirlah Charle-Louis de Secondat Baron de Montesquieu di Chateau de La Brede, sebuah puri abad ke lima belas yang terletak di dekat Bordeaux di daerah perkebunan anggur barat daya Prancis. Montesquieu, kemudian di aush

²⁹⁰Ibid.

²⁹¹Peter Mahmud Marzuki, Op.Cit. hlm. 115.

²⁹²Wolfgang Friedman, Legal Theory, Steven & Sons, London, 1949, hlm. 51.

²⁹³Ibid.



oleh seorang pengemis (gelandangan) yang berasal dari desa La Brede, bahkan pada tiga tahun pertama usianya, dia dirawat oleh para petani di penggilingan La Brede. Karena latar belakang inilah, sehingga ia mempunyai jiwa sosial yang sangat tinggi terhadap kemiskinan dan orang-orang yang papa. Ia belajar bicara dengan logat patois, yakni logat Gascon yang kasar dan udik, yang tidak pernah hlang dari dirinya dan seirng dia tunjukan untuk mengkritik budaya gemerlap dan budi bahasa kota Paris pada Abad kedelapan belas²⁹⁴.

Setelah menyelesaikan studinya di July pada tahun 1705, Montesquieu melanjutkan studinya pada bidang ilmu hukum di Universitas Bordeaux. Hal ini dilakukannya karena ia menyadari bahwa suatu saat dia akan mewarisi kedudukan pamannya yang tak memiliki anak sebagai *President A Mortier* di Parlemen Bordeaux. Tiga tahun kemudian, dia menerima gelar sarjana muda dibidang hukum dari Universirtas Bordeaux dan pada 12 Agustus 1708, mendapatkan izin menjalankan praktek hukum dan pada 14 agustus 1708 dia diterima sebagai advokat dalam Parlemen Bordeaux. Pada tahun yang sama juga, dia mulai menggunakan gelar” *Seigneur de Montesquieu*”. Montesquieu kemudian mulai 1709 sampai 1713 menetap di Paris untuk meneruskan studi ilmu hukum dan pelajaran lainnya. Di sinilah dia mulai berkenalan dan bersahabat dengan seorang pendeta Oratorian, Nicolas Desmolets, yang kemudian berperan besar karena dari pendeta inilah, Montesquieu banyak meminjam buku-buku yang kemudian menjadi sumber bagi karya Spicilige, yang ibarat menjadi gudang intelektual tempat montesquiwu menyimpan berbagai pemikirannya mengenai persoalan ilmiah dan sejarah. Montesquieu juga sangat tertarik mengkaji persoalan-persoalan tentang agama dan keyakinan.

Gagasan Montesquieu mengenai lembaga Negara hamper sama dengan gagasan John Locke. John Locke megajukan tiga lembaga kekuasaan yang

²⁹⁴Pembahasan dan Analisis trhadap biografi dan pemikiran Baron de Montesquieu merujuk pada sumber utama, buku Montesquieu, *The Spirit of Laws: Dasar-Dasaar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, Nusamedia, Bandunf, (tt). Karya ini diterjemahkan oleh M, Khoirul Anam,



harus terpisah, yaitu kekuasaan legislatif, eksekutif, dan federative, maka Montesquieu juga mengajukan tiga lembaga kekuasaan Negara. Tiga lembaga yang diajukan oleh Montesquieu adalah, kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif.

Sumbangan Montesquieu yang besar terhadap Negara hukum adalah teori pemisahan kekuasaan. Kekuasaan legislatif adalah kekuasaan eksekutif adalah kekuasaan yang menjalankan undang-undang yang dibuat oleh legislatif, sedangkan kekuasaan yudikatif adalah kekuasaan yang akan mengadili pelanggaran terhadap undang-undang yang dibuat oleh legislatif. Kekuasaan ini harus terpisah dari kekuasaan lain. Berbeda dengan Locke yang menempatkan kekuasaan federative sebagai kekuasaan terakhir. Karena kekuasaan federative menurut Locke adalah kekuasaan yang melakukan diplomasi keluar serta menjaga keamanan Negara. Sementara itu, Montesquieu memberikan kewenangan untuk melakukan diplomasi atau hubungan dengan Negara lain itu adalah tugas Eksekutif. Konsep kenegaraan inilah yang melahirkan istilah adanya "separation of power" atau pemisahan kekuasaan antara tiga lembaga Negara tadi.

Dalam memulai pembahasan tentang pemisahan kekuasaan, Montesquieu berbicara dalam konteks konstitusi inggris. Menurutnya dalam setiap pemerintahan ada tiga jenis kekuasaan yakni legislatif, eksekutif yang menangani urusan hukum antarbangsa dan eksekutif yang menangani urusan hukum sipil.

Jelas sekali Montesquieu tidak memperkenalkan pemisahan secara tegas antara cabang-cabang kekuasaan. Juga tidak diperkenalkan mengenai kekuasaan yudikatif otentik, melainkan kekuasaan yudikatif itu adalah merupakan kekuasaan eksekutif yang menangani urusan hukum.

Jelas sekali pernyataan Montesquieu bahwa kekuasaan Yudikatif yang kita kenal saat ini, sebenarnya adalah kekuasaan Eksekutif yang menangani urusan hukum sipil. Hal inilah yang menyebabkan kenapa kekuasaan yudikatif



(hakim agung) tidak dipilih secara langsung di Negara-negara demokrasi yang menerapkan konsep trias politica, seperti Amerika Serikat dan Indonesia. Hanya eksekutif dan legislatif yang dipilih secara langsung sementara yudikatif selalu dipilih melalui mekanisme lain yang tidak dilakukan secara langsung. hal ini ternyata disebabkan oleh konsep dasar Montesquieu semula hanya mengenal dua pilar kekuasaan yakni legislative dan eksekutif.

Dalam mengutip Montesquieu, Utrecht mengatakan bahwa: "Il a dans chaque etat fortes des pouvoirs, la puissance legislative, la puissance executrice des choses qui dependent du troitcivio. Mail les juges de la nation ne font, comme nous avons dit, quela bouche qui peononce les arole de la loi; des etres inanimés qui n'en peuvent moderer ni la force la riguer" (di tiap-tiap Negara ada tiga kekuasaan; legislatif, kekuasaan yang menjalankan hal-hal tentang hukum sipil (Undang-undang). Tetapi para hakim bangsa seperti twlah kami katakan diatas hanya mulut yang mengucapkan perkataan-perkataan yang tercantum dalam undang-undang; mereka adalah mahluk yang tidak berjiwa dan tidak dapat mengubah kekuasaan atau kekuatan undang-undang itu)²⁹⁵.

E. Utrecht menafsirkan gagasan Montesquieu dan mengatakan" yang dikemukakan oleh Montesquieu adalah suatu "pemisahan kekuasaan "separation des pouvoirs). Dalam tiga kekuasaan: kekuasaan legislatif (la puissance executrice) dan kekuasaan yudikatif (la puissance de juger). Masing-masing kekuasaan itu mempunyai lapangan pekerjaan sendiri harus dipisah-pisahkan yang satu dari yang lain. Ketiga kekuasaan tersebut ketiga fungsi dipegangoleh tiga badan kenegaraan yang berlainan²⁹⁶.

Menurut Montesquieu, dalam suatu Negara selalu ada orang-orang dipandang istimewa karena keturunan, kekayaan atau kehormatannya. Tetapi jika mereka harus dibaurkan dengan rakyat banyak dan harus memilik bobot satu suara tunggal seperti orang-orang lainnya, kebebasan khalayak itu menjadi

²⁹⁵E. Utrecht, Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986, hlm. 17.

²⁹⁶Ibid. hlm. 18.



perbudakan bagi mereka, dan mereka tidak akan tertarik untuk mendukungnya, karena kebanyakan dari keputusan rakyat akan menentang mereka.

Kekuasaan legislatif dengan demikian dijalankan oleh badan yang terdiri atas kaum bangsawan dan orang-orang yang dipilih untuk mewakili rakyat, yang masing-masingnya mewakili majelis dan pertimbangan mereka sendiri-sendiri juga pandangan dan kepentingan sendiri-sendiri.

Di antara tiga kekuasaan tersebut, kekuasaan yudikatif dalam kadar tertentu hampir tidak ada artinya. Dengan demikian, hanya tinggal dua; dan karena keduanya ini memerlukan satu kekuatan pengatur yang mengawasi mereka. Maka salah satu bagian badan legislatif yang terdiri atas kaum bangsawan dipandang amat tepat untuk tujuan ini.

Menurut Carlos Joachim Friedrich, Montesquieu mempertahankan prinsip yang konsisten dan memiliki cakupan luas. Ia membedakan antara tiga bentuk pemerintahan; republik, monarki, despotism dan ketiganya dikelompokkan lagi berdasarkan dimiliki-tidaknyanya landasan hukum sedangkan despotisme tidak. Dengan demikian jelas bahwa despotism atau tirani, dalam pandangan Montesquieu tidak memiliki aturan hukum sama sekali; dia mengutuk despotisme yang berkuasa, menebar ketakutan. Despotismem memiliki hukum, yang dimiliki hanyalah kebiasaan. Yang dimaksud ialah bahwa hukum dan lebih khususnya lagi konstitusi, memiliki signifikansi yang sangat umum, bahkan sangat mutlak. Doktrin terkenal mengenai pemisahan kekuasaan, yang berkaitan dengan nama Montesquieu, tergolong dalam konteks ini²⁹⁷.

Dalam konteks inilah Montesquieu sebagaimana yang didiraikan oleh Carl Joachim Friedrich, mendefinisikan hukum sebagai hubungan yang diperlukan antara benda (*les reports necessaires qui derivent de la nature choses*) dan dalam konteks ini dia menekankan bahwa semua makhluk memiliki hukumnya

²⁹⁷Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum: Perspektif Historis*, Nusamedia, Bandung, 2010, hlm 132.



sendiri-sendiri. Oleh Destutt de Tracy, menyatakan bahwa hukum bukanlah jalinan hubungan semacam itu²⁹⁸.

Menurut Montesquieu, dalam prinsip pemerintahan ini “rakyat sangat pantas memilih orang-orang yang hendak mereka beri kepercayaan untuk menjalankan sebagai kewenangan mereka”. Mereka misalnya mengetahui bahwa seseorang sangat berpengalaman dalam perang dan meraih kemenangan yang berpengalaman dalam perang dan meraih kemenangan yang istimewa; dengan demikian sangat mungkin untuk memilihnya menjadi federal.

Kedua, prinsip monarki. Menurut Montesquieu, pemerintahan monarki mensyaratkan adanya kedudukan terpandang, tingkatan, dan juga keturunan bangsawan. Sifat kehormatan memerlukan keistimewaan dan gelar-gelar terkemuka, maka semua itu ditempatkan dengan benar dalam pemerintahan ini.

Menurut Montesquieu, dalam sebuah republik ambisi merupakan hal yang merusak. Tetapi, dalam sebuah monarki ambisi mendatangkan efek yang baik; ambisi membuat pemerintahan hidup, dan dengan adanya kelebihan ini maka pemerintahan menjadi tidak berbahaya karena bisa terus-menerus di awasi.

Montesquieu mengatakan, jika dikaji secara filosofis, benar bahwa “kehormatan yang menggerakkan unsur-unsur pemerintahan semacam ini adalah kehormatan palsu”; namun meskipun palsu, kehormatan ini berguna bagi public sebagai mana halnya kehormatan sejati mungkin akan terbukti berguna bagi masing-masing pribadi.

Dengan nada bertanya Montesquieu mengatakan, “bukankah hal yang luar biasa, bila orang terdorong untuk melakukan tindakan sulit yang memerlukan semangat dan ketabahan luar biasa, tanpa balasan apapun kecuali kemasyhuran dan reputasi yang muncul dari tindakan itu sendiri.

²⁹⁸Ibid. hlm 134.



Kedua, prinsip pemerintahan depotik; salah satu prinsip pemerintahan despotic adalah” menciptakan ketakutan” sementara mengenai kebijakan, tidak ada sama sekali untuk itu, dan kehormatan akan menjadi hal yang amat berbahaya.

Didalam despotism, kata Montesquieu, kekuasaan penguasa yang begitu besar dilimpahkan sepenuhnya kepada orang yang disukai. Orang-orang yang mampu menegakkan nilai mereka sendiri bisa menciptakan revolusi. Dengan demikian, rasa takut harus menekan seluruh semangat mereka dan memadamkan api ambisi yang sekecil apapun.

Suatu pemerintahan yang moderat bisa mengendorkan roda penggeraknya kapan saja ia menghendaknya dan tanpa merasakan bahaya apapun. Pemerintahan seperti itu mengukuhkan dirinya dengan hukum dan kekuataanya sendiri. Tetapi ketika seorang penguasa despotic untuk sesaat berhenti menggunakan tangannya, ketika ia beri tidak bisa langsung memecat orang yang telah ia beri amanat untuk menjabat kedudukan tertinggi, maka segala sesuatunya berakhir, karena tidak ada lagi rasa takut sebagai roda penggerak pemerintahan ini maka rakyat dibiarkan tanpa ada yang melindungi mereka

5. Jean-Jacques Rousseau

Jean-Jacques Rousseau lahir di Jenewa, Swiss, pada tanggal 28 juni 1712 sebagai putra seorang pembuat jam. Karyanya yang paling monumental adalah *du contract sosial; ou principes du Droit Politique* (tentang kontrak sosial, atau prinsip politik, 1762). Rousseau meninggal pada tanggal 2 juli 1778.

Pada waktu masih bayi, ibunya meninggal, dan sejak itu ia diasuh oleh ayahnya. Pada usianya yang keenam tahun ayahnya harus meninggalkan Genewa untuk menghindari hukum penjara akibat perselisihannya dengan aparaturnegara. Sejak saat itu, ia diasuh oleh keluarga dari ibunya. Pada usianya yang keenam belas tahun, ia pergi dari rumah dan mulai mengembara. Dalam pengembaraannya ia di tiba di Provinsi Savoy, tempat ia berjumpa dengan Madam de Warens. Madam de Warens, kemudian memberikan tempat



tinggal pada Rousseau, dan kemudian hari menjadi kekasihnya. Dalam pertemuannya dengan Madam de Warens inilah Rousseau belajar seni dan music, dan membaca banyak buku yang terdapat dalam perpustakaan wanita itu²⁹⁹.

Titik balik dalam hidup Rousseau adalah ketika ia melihat suatu pengumuman sayembara menulis di suatu akademi di Dijon. Sayembara tersebut merupakan lomba penulisan artikel dengan tema apakah kemajuan seni dan teknologi memurnikan atau justru merusak moralitas? Ketika membaca pengumuman itu, ia serasa mendapatkan wangsit. Saat itu kepalanya pusing, matanya berkunang-kunang, dan bagaikan seorang yang kerasukan. Ia pun menulis suatu artikel yang berjudul *Discourse on The Art and Science*, yang memuat ulasan bahwa kemajuan seni dan teknologi di Eropa bukannya mengembangkan dan memurnikan, melainkan justru merusak moralitas umat manusia. Ia menjadi pemenang pertama dengan artikelnya itu, dan langsung terkenal. Dengan artikel itu, Rousseau menempatkan diri sebagai oposisi dari para pemikir penceraham, yang sangat optimis bahwa kemajuan masyarakat bisa dicapai melalui kemajuan seni dan teknologi³⁰⁰.

Menurut Rousseau, rangka politik atau pemerintahan, tidak pernah bisa mengikat dirinya sendiri, bahkan dengan pihak luar, untuk melakukan tindakan yang merendahkan kesepatan awal, misalnya mengalienasikan bagian-bagiannya atau menyerah kepada pemerintahan lain. Melanggar kesepakatan awal dengan melakukan hal tersebut sama artinya dengan membunuh eksistensinya sendiri. Dengan tindakan seperti itu, pemerintah tidak akan menjadi apapun dan tidak bisa melahirkan apapun (*nothing create nothing*).

Asosiasi seperti pemerintah menurut Rousseau didirikan atas kesepakatan seluruh individu, sehingga pemerintah tidak memiliki kepentingan mereka.

²⁹⁹Reza A. A Wattimena, *Melampaui Negara Hukum Klasik, Locke- Roesseau-Habermas*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, hlm. 52-53.

³⁰⁰Ibid.



Konsekuensinya, kekuasaan pemerintah harus mengakomodasi dan memastikan tidak ada individu yang tersakiti.

Dalam memuja Rousseau, Immanuel Kant, menganggap Rousseau sebagai “Newtonnya dunia moral”, dia menyebutnya demikian karena Rousseau menunjukkan bahwa keberadaan sejati manusia adalah otonomi etisnya, bahwa kebebasan merupakan bagian dari materi, dan bahwa hukum dan Negara hanya bisa dipahami berdasarkan realitas dasar ini³⁰¹.

Menurut Rousseau, kehendak umum ini perlu dipahami sebagai otoritas final dalam semua keputusan mengenai hukum dan dengan demikian, diberi pengertian yang sangat demokratis dan tidak terbatas. Bagi Rousseau, hukum merupakan inti dari kehidupan sosial³⁰². Sebuah masyarakat tanpa hukum pada akhirnya bukanlah masyarakat yang sesungguhnya. Hal ini dibahas sebagai kasus marginal dalam pengertian tian dan despotism.

Terhadap hal ini, Carl Joachim Friedrich mengutip Rousseau yang mengatakan bahwa, “kehendak tetap dari semua warga Negara merupakan kehendak umum; berkat kehendak itu, mereka menjadi warga Negara dan bebas. Ketika undang-undang diajukan dalam majelis perwakilan rakyat, yang ditanyakan oleh rakyat bukanlah apakah majelis itu menyetujui atau menolak pengajuan itu, melainkan apakah undang-undang itu selaras dengan kehendak umum, yang merupakan kehendak mereka. Tiap orang dalam memberikan suaranya, mengemukakan pendapatnya melalui; dan kehendak umum diketahui melalui perhitungan suara³⁰³.

Rousseau mengatakan bahwa; kehendak kita selalu untuk kebaikan kita, namun kita tidak selalu mengetahui yang baik itu seperti apa.... Kehendak umum, selalu tetap, tidak dapat diubah, dan murni; namun ia tunduk pada

³⁰¹Carl Joachim Friedrich, *The philosophy of Law in Historical Perspektif*, The University of Chicago Press, 1969. Diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien, menjadi Carl Joachim Friedrich, *filsafat hukum, perpektif Historiam*, Nusamedia, Bandung, 2010, hlm. 154.

³⁰²Ibid. hlm. 155.

³⁰³Ibid. hlm. 156.



kehendak lain yang menerabas wilayah, bahkan, ketika seorang menjual suaranya demi uang, ia tidak memusnahkan kehendak umum dalam artinya, dia hanya memungkirinya³⁰⁴.

Menurut Rousseau, dibawah system absolutism, masyarakat tidak akan bebas, dan dalam demokrasi parlementer orang-orang hanya bebas disaat pemilu, hanya sekali setiap empat atau lima tahun. Menurut Rousseau, tujuan legislasi seharusnya bukan membatasi kebebasan individu, melainkan justru memperbesar kebebasan itu. Karena itulah kedaulatan harus ada di tangan rakyat, dan harus ada di tangan mereka selamanya³⁰⁵.

Dalam lingkungan alami, menurut Hans Fink orang-orang memiliki kebebasan untuk melakukan apapun yang mereka kehendaki, namun dalam kenyataannya kebebasan itu, akan selalu sangat dibatasi oleh campur tangan orang lain. Dalam masyarakat yang bebas, individu akan mendapatkan kebebasan abru, kebebasan seorang warga Negara, dan kebebasan ini hanya dibatasi oleh 'kehendak umum'. Kehendak umum adalah masyarakat; dan karena kehendak individu terangkum dalam kehendak umum. Ia tidak bisa benar-benar dibatasi olehnya. Jadi, jenis legislasi yang kehendaki oleh Rousseau adalah ekspresi langsung atau kehendak rakyat³⁰⁶.

Menurut Montesquieu, penguasa bisa menjalankan urusan pemerintah kepada rakyat atau kepada mayoritas rakyat, sehingga warga Negara lebih sebagai hakim daripada hanya sebagai individu. Bentuk pemerintahan ini disebut dengan demokrasi. Jika membatasi pemerintah pada sekelompok kecil, sehingga warga Negara lebih sebagai pribadi khusus (swasta) daripada sebagai hakim. Bentuk pemerintahan semacam ini disebut dengan aristokrasi. Akhirnya penguasa bisa mengonsentrasikan seluruh pemerintahan di tangan seorang hakim atau penguasa tunggal. Bentuk ketiga ini merupakan bentuk

³⁰⁴Ibid.

³⁰⁵Hans Fink, Op. Cit. hlm. 79.

³⁰⁶Ibid. hlm. 79-80.



pemerintahan yang paling umum dan disebut pemerintahan monarkhi atau pemerintahan kerajaan.

Menurut Rousseau bahwa ketiga bentuk ini atau dua bentuk pemerintahan yang pertama, yakni monarki dan aristokrasi, mengakui adanya tingkatan, sedangkan demokrasi mengakui adanya perbedaan-perbedaan yang luas karena bisa mencakup seluruh rakyat. Aristokrasi bisa jadi membatasi diri secara tegas dari separuh rakyat bahkan pada kemungkinan jumlah paling kecil.

Rousseau menguraikan pandangannya tentang demokrasi, aristokrasi dan monarki secara terpisah sebagai berikut: pertama, Demokrasi, dalam pandangannya terhadap demokrasi, Rousseau mengatakan bahwa” yang menciptakan hukum mengetahui lebih baik daripada siapapun tentang bagaimana hukum itu dilaksanakan dan ditafsirkan”. Untuk memperoleh konstitusi yang baik kata Rousseau, kekuasaan eksekutif dan legislative harus menjadi satu-kesatuan. Namun, atas penyatuan ini dia meragukan pula mengenai kualitas pemerintahan, bahkan dianggapnya tanpa pemerintahan. Kedua, Aristokrasi, di dalam aristokrasi, ada dua pribadi moral yang sangat berbeda, pemerintah dan penguasa, dan akibatnya terdapat dua kehendak umum, yakni satu umum dalam hubungannya dengan warga negara dan yang lainnya umum dalam hubungan dengan para anggota administrasinya. Oleh karena itu, meskipun pemerintah bisa meregulasi kebijakan internalnya selama berkuasa, dia tidak pernah bisa berbicara kepada masyarakat atas nama penguasa, karena dari rakyat sendiri ada fakta yang tidak dilupakan. Menurut Rousseau, ada tiga macam aristokrasi, yakni alamiah, fakultatif dan turun temurun, yang pertama hanya untuk rakyat yang sederhana, yang ketiga merupakan bentuk yang paling buruk untuk semua bentuk pemerintahna, dan yang kedua adalah bentuk yang terbaik dan yang paling tepat dari pemerintahan aristokrasi.

Menurut Rousseau, jika bentuk pemerintahan ini mengandung dalam dirinya sendiri ketidakseimbangan naisb, dapat disesuaikan dengan tujuan agar



kaidah administrasi persoalan public bisa dipercayakan kepada mereka yang paling sanggup memebrikan seluruh waktunya untuk menanganami persoalan-persoalan tersebut. Ketiga, monarki, dalam bentuk pemerintahan monarki, menurut Rousseau, orang menganggap pangeran sebagai seorang pribadi moral dan pribadi kolektif, serta dipositari kekuasaan eksekutif dalam Negara.

6. Robert Morrison Maciver

Robert Morrison Maciver lahir, 17 April 1882 di Stornoway, Outer Hebrides, Skotlandia dan meninggal pada 15 juni 1970 di New York City. Beliau adalah seorang pendidik yang menyatakan keyakinan akan kompatibilitas individualism dan sosial organisasi. Kekuatan kreatifnya untuk membuat perbedaan antara Negara dan masyarakat memunculkan teori-teori baru demokrasi, multikelompok koeksistensi, dan sifar otoritas³⁰⁷.

Maciver menempuh pendidikannya di Universitas of Oxford. Setelah ia mendapatkan gelar Ph.D. dari University of Edinburg pada tahun 1915, MacIver mengajar ilmu politik di University of Toronto pada tahun 1915-1927 dan disana ia menulis *Community: sebuah Studi Sosiologi* (1917) dan *Elements of Social Science* (1921). MacIver kemudian pergi ke Amerika Serikat, pada saat itu ia bergabung dengan fakultas Barnard College pada tahun 1927-1936. Kemudian, ia adalah guru besar filsafat politik dan sosiologi di Columbia University pada tahun 1929-1950. MacIver menguatkan gagasan bahwa masyarakat berevolusi dari Negara-negara yang sangat komunal untuk orang-orang di mana fungsi individu dan kelompok berafiliasi yang sangat khusus. Ia merasa bahwa sosiolog harus menghindari memaksakan nilai-nilainya sendiri pada fakta sosial. MacIver juga menekankan bahwa evolusi sosial tidak selalu setara dengan kemajuan sosial, yang ia rasakan hanya bisa diukur dengan penilaian pribadi.

Gagasan MacIver tentang Negara hukum yang akan dikaji dalam tulisan ini adalah bersumber dari bukunya *The Modern State*, (1926), buku ini

³⁰⁷Biografi dan pemikiran MacIver ditulis beberapa orang. Misalnya, Harry Alpert (editor) *Robert M. MacIver: Teacher and Sociologys*. Northampton, Mass: 1953.



menunjukkan pandangan komprehensif MacIver mengenai Negara secara runut dan terstruktur. Dalam konteks inilah penulis melihat MacIver merumuskan Negara hukum sebagai salah satu ending dari pemikirannya tentang Negara yang semula memiliki asal-usul dari keluarga dan struktur sosial masyarakat³⁰⁸.

Maciver mula-mula bertanya tentang Negara. Menurutnya Negara adalah suatu susunan kelas, organisasi satu kelas yang terdiri atas kelas-kelas lainnya. Definisi ini dikutip oleh MacIver dan Oppenheimer, meskipun dianalisis lebih jauh olehnya. Bahkan Negara dianggap sebagai satu-satunya organisasi yang mengatasi kelas-kelas dan mewakili masyarakat sebagai satu keutuhan. Ada yang menafsirkan sebagai satu system kekuasaan, ada pula sebagai suatu system kesejahteraan.

Karena gagasannya dominan ke arah pemikiran politik, MacIver membedakan masyarakat dalam "makna sosial" dan masyarakat dalam "makna politik". Keluarga, gereja, perkumpulan-perkumpulan yang proses pembentukannya sama sekali tidak memiliki hutang budi pada Negara. Begitu juga dengan kekuatan sosial lain, seperti kebiasaan dan persaingan yang muncul dalam masyarakat yang dapat dilindungi atau diubah-ganti oleh Negara, tetapi secara nyata Negara tidak dapat membentuknya. Mereka inilah yang disebut sebagai masyarakat dalam makna sosial. Sementara, masyarakat dalam makna politik adalah kelembagaan-kelembagaan yang diikat oleh aturan.

Oleh karena itu, menurut MacIver, kelembagaan yang benar-benar disebut sebagai "politik". Didalam politik, kata MacIver, ada dua mesin utama penguasaan politik, yakni, "kedaulatan yang dijalankan oleh pemerintah Negara" dan "hukum sebagai mesin terpenting untuk menjalankannya". Oleh karena itu, MacIver membagi kedaulatan dalam berbagai tingkatan:

³⁰⁸Gagasan Robert Morrison MacIver, *The Modern State*, (1926), telah diterjemahkan oleh Martono, menjadi *Negara modern* diterbitkan atas kerjasama antara yayasan penerbitan Franklin Jakarta-New York yang diterbitkan oleh Penerbit Aksara Baru, Jakarta, 1984.



a. Pertama, Kehendak Umum

Kehendak umum bukanlah kehendak "daripada" Negara, tetapi kehendak "untuk" Negara, kehendak untuk mempertahankannya. Kehendak ini Nampak dalam rasa kepatuhan dan patriotism, dalam kesediaan menerima keputusan golongan terbanyak atau keputusan pemerintah menurut konstitusi meskipun kita tidak meyakini kebenarannya, dalam kepercayaan yang kita berikan pada metode hukum dan konstitusi sebagaimana adanya, apapun juga nanti konsekuensinya bagi kita dengan rasa kesatuan politik yang berada di atas pertentangan partai dan politik, selalu saja tradisi dan emosi kolektif yang dipertahankan.

b. Kedua, Pemegang Kedaulatan Yang Tinggi

Pada titik ini, akan kita sebut kekuasaan yang menentukan politik pada tingkat akhir. Itulah kehendak Negara tegas MacIver. Tidak mungkin politik yang menentukan paling akhir, karena soal politik selalu terjadi perpecahan dan perbedaan pendapat. Karena itu, istilah "kehendak rakyat" jarang sekali bahkan tidak pernah ada karena yang disebut kehendak rakyat adalah kehendak seluruh rakyat. Dalam Negara demokrasi sekalipun, tidak ada dan tidak mungkin rakyat secara keseluruhan berkehendak. Bahkan dalam bentuk Negara apapun, pemerintahan yang berkuasa merupakan pilihan semua warga Negara.

c. Ketiga, Pemegang Kedaulatan Dalam Lapangan Legislatif atau Lebih Tegas, Pemerintah.

Di dalam tingkatan yang ketiga ini, kedaulatan mendapatkan perumusan yang sejelas-jelasnya, mendapatkan bentuknya yang pasti. Didalamnya, termaktub hak eksklusif selama waktu yang diberikan oleh "pemegang kedaulatan tertinggi" untuk membuat pengaturan yang berlaku umum dan mutlak dalam lingkungan wilayahnya, tertulis maupun tidak tertulis, bersama-sama dengan menggunakan hak priveledge untuk menggunakan



kekerasan dalam mempertahankan undang-undang dan menegakkan penguasa-penguasa Negara, eksekutif maupun kehakiman yang berkewajiban melaksanakannya. Lembaga-lembaga yang melaksanakan kewenangan inilah yang disebut sebagai "pemerintah Negara".

Dalam pembahasannya tentang Negara, MacIver juga berbicara mengenai eksistensi undang-undang. Menurutnya, undang-undang merupakan hasil suatu proses pembentukan yang berbelit. Meskipun demikian, suatu undang-undang sudah dirumuskan secara pasti berdasarkan berbagai pertimbangan dan analisis-analisis yang disesuaikan dengan rumus-rumus tertentu berdasarkan ketentuan peraturan yang berlaku. Dari bentuknya saja, dapat dipahami bahwa suatu undang-undang disusun agar bisa bertahan dalam suatu jangka waktu yang lama, bukan disusun hanya untuk menjawab dan menyelesaikan persoalan yang muncul sewaktu-waktu dan kemudian tidak berlaku.

Menurut MacIver, Negara tetap harus "melindungi" kelompok dan organisasi masyarakat, meskipun mereka memiliki aturan dan kode organisasi tersendiri. Karena eksistensi Negara ada di atas mereka dan menaunginya, sehingga aktivitas dan tindakan organisasi Negara selama tetap dalam koridor hukum dan undang-undang harus tetap dibiarkan dan Negara melindunginya. Karena bagi MacIver, kesuksesan organisasi-organisasi itu menjalankan visi-visi dan program mereka, maka mereka juga membantu Negara mencapai tujuan-tujuan yang lebih spesifik.

Dalam menegaskan daya paksa Negara, MacIver mengatakan bahwa: "tidak hanya karena sifatnya yang umum mutlak, tetapi lebih-lebih karena sanksi paksanya, maka 'hukum suatu negara' mempunyai kompetensi yang terbatas". Menurutnya, dasar "tunduk terhadap hukum" bukanlah paksaan, tetapi kemauan untuk mentaati; walaupun demikian, hukum menjelma dirinya sebagai suatu yang imperatif. Secara umum, pandangan MacIver tentang Negara terbagi dalam empat buku. Buku pertama tentang timbulnya Negara;



buku kedua tentang kekuasaan dan fungsinya; buku ketiga tentang bentuk dan lembaga Negara; buku keempat tentang teori dan interpretasi.

Dalam konteks hukum Negara, bagaimanapun tujuan dan maksudnya selalu memiliki watak ekstern. Karena "ia adalah hukum bagi tuan maupun saya" yang dirumuskan dengan kata-kata yang tegas dan pasti yang bukan datang "dari tuan maupun dari saya", demikian MacIver menegaskan.

Dalam melihat konsepsi Negara hukum atau hubungna hukum dan Negara, MacIver menguraikan dengan baik bagaimana eksistensi hukum. MacIver mengatakan bahwa hukum itu ada dua, yakni, "hukum yang bersifat konstitusional dan" hukum yang berupa ketentuan legislative biasa". Kedua hukum tersebut memiliki perbedaan, terutama secara prosedur.

Kedua macam hukum ini memiliki sifat yang berbeda dan yang paling penting memiliki sanksi yang sama sekali berbeda. Sanksi undang-undang politik biasa terlalu terang dan tegas. Negara menghukum siapa saja yang melanggar, jika perlu dengan memakai bantuan paksaan. Ketentuan hukum seperti ini berada di bawah perlindungan yang nyata dari Negara. Negara menciptakan system hak dan kewajiban yang sangat luas dilakukannya kewajiban-kewajiban itu.

Undang-undang konstitusional menentukan kewajiban daripada pemegang-pemegang kedaulatan tertinggi dan pengadilan itu benar-benar memberi keputusan yang terakhir. Jika kekuasaan adalah benar-benar yang tertinggi dan pengadilan adalah benar-benar memberi keputusan yang terakhir, maka sanksi apakah yang akan diberikan oleh undang-undang yang mengaturnya?

Perbedaan antara pemerintah dan Negara terletak pada anggapan bahwa hukum konstitusional mengikat pemerintah, bukan mengikat Negara. Ia mengikat pembuat undang-undang dalam membentuk hukum. Dibelakang badan perundang-undangan, ada pemegang kedaulatan tertinggi. Dalam konteks ini, pemerintah diberikan kekuasaan tertentu. Termasuk penyelenggaraan undang-undang.



Pemerintah hanya menduduki "kekuasaan sementara" saja, karena kekuasaan tersebut dapat dicabut kembali oleh "pemegang kedaulatan" yang telah "menghadiahkan" kepadanya. Karena itu, "pemerintah memiliki ketergantungan" pada "kehendak yang lebih besar", yakni "kehendak rakyat". Kehendak rakyat sangatlah kuat sehingga dapat dipastikan bahwa di Negara-negara modern "hukum konstitusional" tidak memerlukan sanksi lain, selain "kehendak rakyat".

Karena itu, MacIver bersandar pada Negara hukum demokrasi yang diatur oleh konstitusi. Pandangan-pandangan MacIver cukup memperkuat eksistensi Negara hukum karena ia menghendaki eksistensi pengadilan sebagai salah instrument yang menegakkan hukum.

7. Hans Kelsen

Hans Kelsen lahir dari pasangan yahudi berbahasa Jerman di Prague pada tanggal 11 oktober 1881. Saat berusia tiga tahun, Kelsen dan keluarganya pindah ke Wina dan menyelesaikan masa pendidikannya. Kelsen adalah seorang agnostic, namun pada tahun 1905 Kelsen pindah agama menjadi katolik demi menghindari masalah integrasi dan kelancaran karir akademiknya. namun identitas Kelsen sebagai keturunan Yahudi tetap saja mendatangkan banyak masalah dalam hidupnya. Kelsen pada awalnya adalah pengacara public yang berpandangan sekuler terhadap hukum sebagai instrumen mewujudkan kedamaian. Pandangan ini diinspirasi oleh kebijakan toleransi yang dikembangkan oleh rezim Dual Monarchy di Habsburg³⁰⁹.

Sejak kecil kelsen sesungguhnya lebih tertarik pada bidang ilmu klasik dan humanism, seperti filsafat, sastra, logika, dan juga matematika. Ketertarikan inilah yang sangat memengaruhi karya-karyanya kemudian. Tahun 1906 Kelsen memperoleh gelar Doktor di bidang hukum. pada tahun 1905 Kelsen menerbitkan buku pertamanya berjudul *Die Staatslehre des Dante Alighieri*.

³⁰⁹Biografi Hans Kelsen yang paling lengkap adalah ditulis oleh Rudolf Aladar Metall, Hans Kelsen: *Leben und Werk* diterbitkan tahun 1969.



Pada tahun 1908 dia mengikuti seminar di Heidelberg yang diselenggarakan oleh Georg Jellinek. Tahun 1911 Kelsen mengajar di University of Vienna untuk bidang hukum public dan filsafat hukum dan menyelesaikan karya *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Pada tahun 1914 Kelsen menerbitkan dan menjadi editor *the Austrian Journal of public Law*³¹⁰.

Kelsen dikenal sebagai ahli hukum positivis dan memiliki pandangan-pandangan yang lebih kuat untuk mendukung seluruh asumsi teoritis kaum positivis. Itulah sebabnya, Kelsen lebih sering dijuluki sebagai penjaga gawang positivisme. Dalam kaitannya dengan teori hukum positivis, Hans Kelsen menamakannya dengan teori "hukum murni". Kelsen mengatakan teori hukum murni adalah teori hukum positif. Ia merupakan teori tentang hukum umum, bukan tentang tatanan hukum khusus. Ia merupakan teori hukum umum, bukan penafsirannya tentang hukum nasional atau internasional tertentu; namun ia menyajikan teori penafsiran³¹¹.

Kelsen mengatakan, ketika hukum dilukiskan sebagai "perintah" atau pernyataan "kehendak" dari pembuat undang-undang dan ketika tata hukum demikian dikatakan sebagai "perintah" kehendak" Negara, hal ini harus dipahami sebagai ungkapan kiasan. Seperti biasa, suatu analog dapat menjelaskan ungkapan kiasan ini. Situasi ketika suatu hukum "menetapkan", "menentukan" atau "mengharuskan" suatu tindakan tertentu, sesungguhnya persis sama dengan situasi ketika seseorang individu menghendaki individu lain untuk bertindak menurut suatu perintah. Satu-satunya perbedaan adalah bahwa ketika kita mengatakan suatu tindakan tertentu "ditetapkan", "ditentukan" atau "diharuskan" oleh suatu peraturan hukum, kita menggunakan suatu abstraksi yang menyingkirkan tindakan kehendak

³¹⁰Nicoletta Bersier Ladavac, Hans Kelsen (1881-1973) Note and Bibliography, Themis Centre d' Etudes de Philosophie, de Sociologie et de Theorie du Droit, 8 Quai Gustave-Ador, Geneve. Lihat dalam Jilmy Asshiddiqie dan M. Ali Syafaat, *ibid* hlm. 2.

³¹¹Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley University of California Pres, California: 1978. Diterjemahkan menjadi *Teori Hukum Murni: Dasar-Dasar Hukum Normatif*, Nusamedia, Bandung: 2008. Hlm. 1.



psikologi yang dinyatakan oleh suatu perintah. Jika peraturan hukum adalah suatu perintah, maka peraturan hukum ini adalah suatu perintah yang tidak memasukkan unsur psikologis, begitulah sebutannya, yakni suatu perintah yang tidak mengandung suatu "kehendak" menurut pengertian psikologis. Ini diungkapkan oleh pernyataan bahwa orang "harus" menjalankan tindakan yang diharuskan oleh hukum. Sebuah "norma" adalah suatu peraturan yang menyatakan fakta bahwa seseorang harus bertindak menurut suatu cara tertentu, tanpa mengandung arti bahwa seseorang benar-benar "menginginkan "atau" menghendaki" orang itu bertindak menurut cara tersebut³¹².

Pandangan Kelsen tentang cara Negara hukum tidak begitu banyak dikaji secara keseluruhan. Para ahli memfokuskan diri pada pandangan Kelsen tentang pure theory of law, "teori hukum murni".

Dalam melihat Negara, Kelsen sangat jernih dan terstruktur menguraikannya. Ia memulai konsepnya dengan "menyaksikan", apakah Negara adalah entitas sosiologis atau entitas hukum. Kelsen mengatakan bahwa istilah "Negara" kadang-kadang digunakan dalam pengertian yang sangat luas menyebut "masyarakat", atau bentuk khusus dari masyarakat, tetapi istilah inipun sangat sering digunakan dalam pengertian yang sangat sempit untuk menyebut istilah organ khusus masyarakat misalnya pemerintah, atau para subjek pemerintah, "bangsa" atau wilayah yang mereka diami.

Kelsen mempersoalkan Negara dari segi istilah yang dipersonifikasikan dalam dua kutub. Konsepnya yang melihat Negara sebagai "suatu masyarakat", merupakan istilah sosiologis karena Negara dalam makna yang tidak bisa di batasi, jelas merupakan himpunan-himpunan masyarakat, penyatuan dari bangsa-bangsa yang terpisah, suku-suku yang tidak sama, kelompok-kelompok yang berbeda dan wilayah geografis yang saling terpisah.

³¹²Hans Kelsen, Ibid. hlm. 42.



Itulah sebabnya Kelsen menghendaki agar Negara dibahas dari “teori hukum murni”. Dimana” Negara dipandang sebagai fenomena hukum, sebagai badan hukum”, dan cukup mengagetkan Kelsen menyebutnya dengan istilah ”sebagai korporasi”. Negara menurut Kelsen” adalah komunitas yang diciptakan oleh suatu tatanan hukum nasional (sebagai lawan dari tatanan hukum internasional). Negara sebagai badan hukum adalah suatu personifikasi dari yang membentuk komunitas ini. Oleh sebab itu, dari sudut pandang hukum, persoalan Negara tampak sebagai persoalan tatanan hukum nasional. dalam konteks inilah, Kelsen melegitimasi pandangannya dalam melihat tatanan hukum positif. Karena “wujud empiric dari hukum positif menurut Kelsen adalah tatanan hukum nasional yang satu sama lain dihubungkan dengan tatanan hukum internasional.

8. Gouw Giok Siong

Gouw Giok Siong yang juga dikenal dengan nama Sudargo Gautama, adalah seorang pakar hukum perdata internasional dan hukum antargolongan. Ia lahir di Jakarta pada 1928. Ia meraih gelar doktor ilmu hukum universitas Indonesia pada tahun 1955 dalam usia 27 tahun dengan disertasi segi-segi hukum peraturan perkawinan Tjampuran. Gouw adalah guru besar di fakultas hukum UI³¹³.

Pada tahun 1947, Gouw menempuh pendidikan di fakultas hukum universitas dan lulus menyandang gelar meester in de rechte (Mr) pada 18 Desember 1950. Masa kuliah yang singkat ini menunjukkan kecerdasannya. Lima tahun kemudian di universitas yang sama, Gouw meraih gelar doctor ilmu hukum dengan disertasi segi-segi hukum peraturan perkawinan Tjampuran. Ini merupakan disertasi hukum pertama yang ditulis dan dipertahankan dalam bahasa Indonesia.

³¹³Penulis berusaha melacak biografi kehidupan GOUw Giok Siong namun hanya tulisan-tulisan singkat di berbagai media online. Namun tulisan yang cukup baik, meskipun tidak menuturkan biografi adalah tulisan Yu Un Oppusungu.



Ditahun 1958, Gouw menjadi guru besar luar biasa fakultas Hukum Universitas Indonesia di almamaternya sendiri dengan memberikan pidato pengukurhan dengan judul hukum Antargolongan, hukum yang hidup”. Sekaligus menggunakan promotor Gouw sendiri, Prof. G. J. Resink yang mengajar mata kuliah untuk hukum perselisihan hukum antargolongan. Sudargo Gautama juga mengajar mata kuliah yang sama di Perguruan Tinggi Ilmu Kepolisian.

Gouw terlibat dalam kasus hukum internasioan lainnya, seperti dalam kasus OPEC, kasus Hotel kartika Plaza, kasus pertamina versus kartika thahir. Kepakaran hukum Gouw Giok Siong ini di akui dunia internasional dengan menjadi guru besar tamu di Universitas Amsterdam, Sydney, NUS Singapura. Sudargo Gautama ataua gelar lengkapnya Prof. Dr. Gouw Siong, SH. Meninggal dunia pada tahun 2008.

Sebagaimana telah disebut di atas, Gouw Giok Sioang adalah nama asli dari sudargo Gautama, penulis menggunakan buku yang diterbitkan tahun 1955 dengan judul pengertian *tentang Negara hukum* yang diterbitkan oleh penerbitan Keng Po sebagai referensi tunggal dalam pembahasan ini. Ada cetakan tahun 2973 oleh penerbit almumni Bandung, nama penulis sudah diubah menjadi Sudargo Gautama. Bagi pembaca yang ingin menelusuri langsung sumber aslinya, penulis buku ini seluruhnya bersumber dari buku tersebut³¹⁴.

Pemikiran Gouw Giok Siong tentang Negara hukum ia mulai dengan membahas mengenai sifat-sifat Negara hukum. Menurutnya banyak pendapat orang-orang yang menggunakan istilah Negara hukum, tetapi tidak sesuai dengan arti yang sebenarnya sehingga setidaknya-tidaknya nyatalah bahwa bagi banyak orang nyata, apakah isi sebenarnya dari istilah yang sangat populer tersebut. Istilah Negara hukum ini, demikian Gouw Giok Siong, telah menjadi

³¹⁴Gouw Giok Siong, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Penerbitan Keng po 1955. Di samping buku ini, buku-bukunya yang lain, seperti *Hukum Perdata Internasional Indonesia* yang diterbitkan oleh PT Kinta Jakarta sebanyak 3 jilid.



pokok pikiran filsafat dengan renungan-renungan yang mendalam sejak berabad-abad.

Sejak abad ke 17, menurut Siong, didunia barat orang sudah memikirkan cita-cita akan suatu Negara hukum. Siong mengatakan, *cita-cita sudah dipikirkan pada waktu itu, karena istilah 'Negara hukum' sebenarnya baru mulai tampil ke muka dalam abad ke 19*. Cita-cita tentang Negara hukum ini selaras dengan perkembangan aliran individualism. Sejak dahulu orang sudah memikirkan masalah hubungan antara Negara dan perseorangan.

Menurut Siong, cita-cita Negara hukum pada asalnya sangat dipengaruhi oleh aliran individualism. Dalam dunia Barat, ide Negara hukum telah medapat dorongna kuat dari Renaissance dan reformasi. Manusia pribadi meminta pengakuan hukum yang lebih layak. Hal ini sebagai reaksi atas kekuasaan tak terbatas yang telah merambah dari raja-raja yang sangat terkenal sebagai zaman absolutisme.

Istilah Negara hukum menurut Siong memiliki hubungan yang tak terpisah yang diambil dari dua istilah, yakni, 'negara' dan istilah 'hukum'. Para ahli hukum sudah sependapat bahwa rentan istilah 'hukum' ini tidak dapat diberikan suatu definisi yang lengkap dan memuaskan semua pihak.

Menurut Siong: dalam Negara hukum yang mengakui hak kebebasan agama, kebebasan mengeluarkan pendapat, kebebasan berkumpul dan melakukan rapat kita saksikan adanya hak-hak dari perseorangna terhadap Negara. Pemerintah umpamanya tidak dapat memaksakan sesuatu warganya untuk memeluk sesuatu agama yang tertentu. Pemerintah tidak dapat mencampuri dalam hal pemilihan agama.

Salah satu jalan sebaik-baiknya untuk mendekati tercapainya cita-cita Negara hukum menurut Siong adalah dengan merujuk kembali kepada Montesquieu yang mengajukan tentang pemisahan kekuasaan. Harus dipisahkan *kekuasaan badan perundang-undangan, kekuasaan penyelenggara dan kekuasaan*



mengadili, hingga tiga kekuasaan ini tidak berada dalam satu Negara dalam satu tangan.

Argumentasi Siong yang cukup tegas adalah, "apabila seseorang merasa dirugikan oleh perbuatan-perbuatan Negara yang dianggapnya telah melanggar hukum atau mengurangi hak-haknya secara tidak sah, maka Negara dapat dituntut di muka pengadilan oleh orang yang bersangkutan. "negara harus bertanggung jawab dan dapatdihukum pula karena perbuatannya yang melanggar hukum". Ini bearti bahwa dihadapan pengadilan, Negara dan perseorangan keduanya secara sama rata dalam kedudukannya dapat memperoleh peradilan.

Menurut Siong, kekuasaan seseorang untuk menuntut Negara di muka hakim, bilamana yang belakangan ini menurut anggapannya telah melanggar hukum adalah suatu corak lain daripada Negara hukum. Kekuasaan dari seorang pribadi inilah yang dinamakan kekuasaan untuk menentukan nasib sendiri.

Dengan mengutip Soediman Kartohadiprojo, Siong menguraikan 'selama Negara itu bukan mesin', maka segala tindakan Negara dalam praktik sehari-hari dilakukan oleh manusia-manusia pula. Karena taka da manusia yang tak memiliki cacar, maka segala tindakan dan pekerjaannya pun tidak sempurna. Maka kalau orang yang diberi kekuasaan dalam Negara itu tidak dapat menjalankan kekuasaan dengan jiwa perikemanusiaan dan keadilan, maka tak akan mungkingah dicapai suatu Negara hukum, sungguhoun andai kata ketentuan-ketentuan yang merupakan pengikatan itu demikian bagus dan rapi.

Dalam hal ini, bukan hanya mereka yang berkuasa harus terdorong oleh jiwa keadilan dan perikemanusiaan. Juga pada orang-orang di dalam Negara, diperlukan jiwa dan hasrat demikian." Apa gunanya diberikan kekuasaan untuk menuntut Negara di depan pengadilan apabila Negara menjalankan tindakan-tindakan yang melawan hukum jikalau orang-orang itu tidak merasa



bahwa keadilan dilanggar oleh Negara dan disebabkan itu mereka tidak menjalankan kekuasaannya tadi”.

Siong mengatakan:

Bahwa asas legaliteit merupakan dasar anasir paling utama dalam Negara hukum. Tindakan penguasa harus bersandarkan dan bersumber pada undang-undang. Penguasa tidak boleh keluar dari rel-relnya, batas-batas patokan yang sudah ditentukan semua dalam undang-undang. Undang-undang ini telah dibuat berdasarkan persetujuan dari wakil rakyat dalam badan pemebri suara rakyat.

Sekali lagi Siong mengutip Kranenburg, bahwa dalam menjalankan tugas-tugasnya Negara bukan menunaikan kewajiban untuk memelihara hukumnya, melainkan kewajiban untuk memelihara kebudayaanya. Tetapi adalah benar, bahwa dalam berbuat demikian, segala tindakan Negara harus berpedoman pada keadilan.” Bahwa dalam menunaikan tugasnya, Negara harus berpegang teguh pada keadilan dan peraturan hukum yang berlaku.”

Dalam pembahasan selanjutnya, Siong mulai merambah ke Prancis di masa revolusi sebagai alasan arumentasinya, dan mengutip filsuf terkemuka yang mengajukan social contract pada masa itu, yakni Roussau. Berkat pengaruh ide-ide Rousseau, rakyat Perancis memperoleh penghargaan yang lebih layak dari penguasa, dibandingkan sebelum revolusi. Muncul ajaran tentang “kedaulatan rakyat” (*leer van volkssouvereinteit*). Sebagai reaksi atas kekuasaan absolut dari raja-raja dengan para pendukungnya golongan bangsawan dan agama maka dikemukakan teori tentang kedaulatan rakyat. Teori kedaulatan mengutamakan atau mengedepankan rakyat yang telah sukarela menggabungkan diri dengan membuat suatu “social contract”. Kedaulatan rakyat yang merupakan sumber dari segala kekuasaan. Penguasa semata-mata memperoleh hak-hak mereka dari rakyat.” Apa yang dikehendaki rakyat, itulah baru yang dapat dinamakan hukum”.



Di samping Rousseau, Siong juga mengutip Jellinek, tokoh kenegaraan bahkan mendapatkan gelar sebagai bapak ilmu Negara. Negara demikian Jellinek harus dipandang sebagai yang pada asalnya dilimpahi dengan kekuasaan memerintah secara tak terbatas. Dalam alam pikirannya, penghubung antara Negara dan hukum sebenarnya adalah tegas dan mudah sekali. Hukum tidak lain daripada kemauan Negara. Negara harus memerintah dan memerintah ini tidak lain daripada menyuruh orang lain takluk dengan tak bersyarat kepada kemauannya. Dan kemauan Negara ialah hukum. Jadi tegasnya hukum berasal dari Negara. hukum harus dilihat sebagai hasil dari kemauan Negara yang berdaulat. Hukum merupakan keseluruhan dari perintah yang diberikan oleh penguasa yang berdaulat. Tidak benar bahwa hukum itu semata-mata berasal dari Negara, bahwa diluar tidak ada hukum.” Kesadaran hukum yang membuat hukum berkuasa”. Dengan adanya kesadaran hukum ini, dan mengakui bahwa hukum adalah primer dan lebih tinggi derajatnya daripada Negara. Hukum ini berada di atas Negara, dan Negara hanya dapat berkuasa karena berdasarkan hukum.

Siong juga mengutip Kelsen, yang mengatakan bahwa “hukum dan Negara adalah identik”. Ketertiban hukum dan ketertiban Negara pada hakikatnya adalah pengertian yang sama. Negara sendiri adalah hukum. Negara adalah suatu ketertiban kaidah (normenordening), yaitu suatu ketertiban Negara(staatsorde). Negara adalah suatu system yang teratur. Hukum adalah suatu system yang teratur, maka ketertiban Negara adalah sama dengan ketertiban hukum.

Sementara dalam mengutip Leon Duguit, Siong mengatakan bahwa siapapun tidak boleh menutup mata terhadap pertumbuhan historis kekuasaan dalam suatu Negara. Orang-orang kuat telah tampil ke muka sebagai penguasa dan orang-orang lemah harus tunduk pada kemauan mereka. Akan tetapi, yang lebih penting dalam hal ini adalah bahwa “kekuasaan penguasa dibatasi oleh hukum”. Kekuasaan mereka harus digunakan selaras dengan aturan-aturan hukum. Disinilah ditemukan kembali pokok pikiran suatu Negara hukum.



Salah satu pembahsan penting terkait dengan engara hukum, Siong tidak lupa menyertakan pembahasannya tentang pemilu sebagai salah satu elemen penting dari Negara hukum, menurutnya:

Untuk pengertian yang baik daripada masalah Negara hukum tidak dapat dilupakan uraian tentang pemilihan wakil-wakil rakyat. Telah kita kemukakan sebagai salah satu sendi asasi daripada Negara hukum bahwa setiap orang mempunyai hak terhadap Negara. Hak ini dapat dilaksanakan, baik di dalam maupun diluar hukum. Didalam hukum, antaranya dengan jaln yang telah disediakan oleh undang-undang, yaitu mengajukan perkara dihadapan hakim sehari-hari terhadap pemerintah.

Selain perlindungan hukum, ada perlindungan lain lagi yang disediakan oleh undang-undang bagi rakyat yang menjadi warga Negara dari suatu Negara hukum. Yang dimaksudkan itu adalah bahwa pihak rakyat dalam Negara hukum selalu dapat memengaruhi, setidak-tidaknya turut serta dalam menentukan batas patokan berjalannya pihak penguasa *suatu Negara hukum tanpa adanya badan perwakilan rakyat susah dapt dilaksanakan menurut pengertian yang modern tentang Negara hukum*. Sebaliknya, adanaya perwakilan rakyat ini, belum bearti bahwa kita jumpai suatu Negara hukum.

“kemauan rakyat adalah dasar kekuasaan penguasa”

“Negara tidak dapat bertindak sewenang-sewenag, walaaupun berkuasa”. Kekuasaan Negara bersumber dan diberikan oleh rakyat”. Inilah sendi utama negara hukum.

Hak untuk memilih dan dipilih semata-mata adalah hak daripada anggota-anggota suatu Negara. Ibarat suatu perkumpulan atau suatu perseroan terbatas, hanya anggota atau pemegang saham yang dapat memberikan suara, maka demikian pula dengan hak suara dalam pemilihan umum. Dalam konteks inilah terlihat bahwa manusia dijunjung tinggi dalam Negara hukum.

Seorang warga Negara merupakan seseorang yang menjadi “hamba” dalam suatu Negara, tetapi dipihak lain ia pun merupakan orang yang berkuasa.



Warga Negara dalam konteks ini seolah-olah termasuk onderdanen”, tetapi di lain pihak ia juga menjadi pembuat undang-undang. Di satu pihak warga Negara merupakan orang yang diperintahkan, tetapi dipihak lain ia juga merupakan orang yang memerintah.

9. Jurgen Habermas

Jurgen Habermas adalah seorang filsuf dan sosiolog dari Jerman. Ia adalah generasi kedua dari Mazhab Frankfurt. Jurgen Habermas adalah penerus dari teori kritis yang ditawarkan oleh para pendahulunya (Max Horkheimer, Theodor Adorno dan Herbert Marcuse). Teori kritis yang dipaparkan oleh para pendahulunya berakhir dengan kepesimisan atau kebuntuan (. Akan tetapi, teori kritis tidka berhenti begitu saja, Jurgen Habermas telah membangkitkan kembali teori itu dengan paradig baru³¹⁵.

Jurgen Habermas dilahirkan pada tanggal 18 juni 1929 di Kota Dusseldorf, Jerman. Dia dibesarkan di kota Gummersbach, kota kecil dekat dengan Dusseldorf. Ketika ia memasuki masa remaja diakhir perang dunia II, ia dan bangsanya baru menyadari akan kejahatan rezim national-sosialis di bawah kepemimpinan Adolf Hitler. Mungkin hal ini lah yang mendorong pemikiran Habermas tentang pentingnya demokrasi di negaranya³¹⁶.

Habermas melanjutkan studi di Universitas Gottingen ia mempelajari kesusastraan, sejarah, dan filsafat (Nicolai Hartmann) serta mengikuti kuliah psikologi dan ekonomi. Setelah itu, ia meneruskan studi filsafat di Universitas Bonn dan pada tahun 1954 meraih gelar "doctor filsafat" dengan sebuah disertasi berjudul *Das Absolut und die Geshichte* (yang absolut dan sejarah) merupakan studi tentang pemikiran shelling³¹⁷. Bersamaan denganitu, ia

³¹⁵Catatan mengenai biografinya Habermas banyak ditemukan dan berserak diberbagai sumber dan karya ilmiah. Catatan terbaik dan komprehensif tentang Habermas adalah buku Thomas McCharthy, *The Crutical Theory of Jurgen Habemas*, Massachusetts, MIT Press, 1982. Telah diterjemahkan oleh Nurhadi ke dalam bahasa Indonesia, *Teori Kritis Jurgen Habermas*, Kreasi, Wacana, Yogyakarta: 2006.

³¹⁶Ibid. baca juga Franz Magnis Suseno, *75 Tahun Jurgen Habermas*, Basis, 11-12, November, Desember, 2004, hlm. 4.

³¹⁷Ibid.



mulai lebih aktif dalam diskusi-diskusi politik. Hal ini juga yang mendorong Habermas untuk masuk ke partai nasional socialist Germany³¹⁸.

Habermas lebih banyak dikenal sebagai tokoh teori kritis karya-karyanya terutama yang diterjemahkan atau gagasannya yang ditulis ulang di Indonesia, banyak yang menonjolkan aliran pemikirannya sebagai tokoh dan pemikir mazhab Frankfurt. Menurut Jurgen Habermas, teori kritis bukanlah teori ilmiah, yang biasa dikenal dikalangan public akademis dalam masyarakat kita. Jurgen Habermas menggambarkan teori kritis sebagai suatu metodologi yang berdiri didalam ketegangan dialektis antara filsafat dan ilmu pengetahuan (sosiologi). Teori kritis tidak hanya berhenti pada fakta-fakta objektif, yang umumnya di anut oleh aliran positivistic. Teori kritis berusaha menembus realitas sosial sebagai fakta sosiologis, untuk menemukan kondisi yang bersifat trasendental yang melampaui data empiris. Dapat dikatakan, teori kritis merupakan kritik ideology. Teori kritis ini dilahirkan olehw Mazhab Frankfurt memiliki maksud membuka seluruh selubung ideologis dan irasionalisme yang telah melenyapkan kebebasan dan kejernihan berpikir manusia modern³¹⁹. Akan tetapi, semua itu konsep teori kritis yang ditawarkan oleh para pendahulu Jurgen Habermas (Max Horkheimer, Theodor Adorno, dan Herbert Marcuse) mengalami sebuah kemacetan atau berakhir dengan kepesimisan³²⁰. Akan tetapi, teori ini tidak berakhir begitu saja, Jurgen Habermas sebagai penerus Mazhab Frankfurt membangkitkan kembali teori tersebut dengan sebuah paradigm baru³²¹.

Habermas, seperti yang kita kenal, adalah seorang tokoh Marxisme Barat. Kritik-kritiknya atas basis epistemologis pada Marxisme ortodoks pada tahun 1960-an juga atas patologi-patologi masyarakat kapitalis liberal pada tahun 1980-an, menjadi sangat relevan bagi kehidupan internal di Negara kita pada

³¹⁸Listiyono (dkk) Epistemologi Kiri, Jogjakarta: AR-Ruzza=media. 2007. Hlm 220.

³¹⁹F. Budim Hardiman, Kritik Ideologi, Penerbit Kanisius, Yogyakarta: 2009. Hlm. 33.

³²⁰F. Budi Hardiman, Menuju Masyarakat Komunikatif, Penerbit Kanisius, Yogyakarta: 2009. Hlm. 14.

³²¹Franz Magnis Suseno, Pijar-pijar Filsaft, Penerbit Kanisius, Yogyakarta: 2005. Hlm. 152-153.



waktu itu³²². Menurut Habemas, politik selalu dipengaruhi dua aspek. Aspek tersebut adalah faktisitas hukum dan validitas hukum. Rehg menambahkan,” dalam dimensi validitas hukum, faktisitas dan validitas sekali lagi saling bersilang, tapi kali ini keduanya tidak menyatu, seperti pada institusi tradisional dalam dunia kehidupan. Dalam modus hukum tentang validitas, faktisitas hukum sekali lagi bersilang dengan penciptaan hukum yang yang mengklaim dirinya rasional karena menjamin adanya kebebasan. Ketegangan antara kedua elemen faktisitas dan validitas semakin intensif dalam operasionalisasi hukum tersebut” faktisitas hukum menekankan kepastian hukum demi rumusan yang ada pada hukum itu sendiri, sedangkan validitas hukum menekankan bahwa hukum harus dapat dilegitimasi secara moral. Kedua unsur ini selalu mengalami ketegangan³²³. Tatanan yang dilumpuhkan kekuatan normatifnya dan direduksi menjadi jalinan kepentingan yang tindih, dan oleh karena itu, hanya didasarkan pada sanksi, walaupun secara teoritis tatanan seperti itu memang tidak mustahil dan itupun hanya demi kepentingan asumsi³²⁴. Habermas sebenarnya ingin menegaskan bahwa tumpang tindih kepentingan dalam sebuah komunitas sosial harus beradab akan diatue oleh aturan normatif, yang tentu saja dalam konteks ini adalah state. Negara adalah merupakan komunitas yang membutuhkan keteraturan sosial, sehingga perangkat untuk menegakkan keteraturan sosial itu adalah hukum. Disinilah hukum Negara berfungsi, sebagai aparatur normative. Negara dibentuk untuk menegakkan keteraturan sosial, sehingga tercipta masyarakat beradab. Dengan mengutip Parson, Habermas mengatakan, bahwa jabatan atas pertanyaan bagaimana tatanan sosial bisa lahir adalah bahwa institusi tidak hanya mengandung nilai, tetapi juga mengintegrasikan nilai

³²²Reza A.A Wattimena Melampaui Negara Hukum Klasik, Locke-Rousseau-Habermas, Kaniso=ius, Yogyakarta: 2007. Hlm. 117.

³²³Ibid. hlm. 120.

³²⁴Ibid. hlm. 282.



dengan kepentingan. Orientasi actor terhadap tatanan yang legitim tidak boleh mengesampingkan orientasi mereka terhadap kepentingan mereka sendiri³²⁵.

Mengintegrasikan nilai dan komunitas sosial yang berbeda justru akan memengaruhi berbagai variasi sosial yang hidup dalam masyarakat. Di sinilah tugas Negara menjadi penting. Kata Habermas hukum positif tidak lagi dapat menarik legitimasinya dari nilai-nilai moral yang lebih tinggi, tetapi hanya dari prosedur pembentukan formasi kehendak kolektif yang rasional, dengan demikian penciptaan, penciptaan hukum-hukum legal, yang dilakukan dengan mengacu pada hak-hak universal, yakni kebebasan individu, harus diselesaikan melalui pemenuhan hak partisipasi dan komunikasi yang menjamin kesempatan yang sama bagi masyarakat yang menggunakan kebebasan berkomunikasi mereka³²⁶.

Menurut Watimenna, pendekatan normatif Habermas terhadap hukum dan politik dan politik di masyarakat majemuk membutuhkan sebuah, katakanlah, suplemen dalam rupa analisis tentang fungsi hukum legal positif dalam membentuk masyarakat modern yang stabil dan dinamis. Hukum modern dibentuk dalam konteks pembentukan stabilitas di dalam masyarakat modern yang majemuk, sehingga ia memiliki fungsi yang bersifat regulative. Habermas berpendapat terhadap hukum semacam ini, yakni yang bersifat normative dan yang bersifat fungsional, tidaklah dapat dipisahkan. Dasar dari sebuah Negara demokrasi tidaklah dapat diciptakan dari proses abstraksi, yang melampaui dimensi positif dan koersifnya. Hukum modern dibentuk dalam cita-cita untuk menciptakan masyarakat yang intergratif dan dinamis. Dalam hal ini hukum menjadi pengikat di antara berbagai kepentingan yang berbeda-beda di dalam masyarakat³²⁷.

³²⁵ Ibid. hlm. 282.

³²⁶ Ibid. hlm. 118.

³²⁷ Reza Antonius Alexander Watimenna, Jürgen Habermas” The Inclusion Of The Other” Menyoroti Masyarakat Majemuk: <http://averroes.or.id/2008/07/24> www.averroes.or.id.



Menurut Habermas, sarana organisasional hukum formal, kendati di dasarkan pada representasi hukum pasca tradisional, tidaklah terbuka untuk persaingan dari sisi ilmu atau seni karena dia secara struktural mirip dengan tatanan moral. Justru sistem hukum berkembang, seiring dengan semakin kompleksnya sistem ekonomi dan administrasi. Sistem ini bahkan semakin tidak dapat digoyahkan ketika sumber moral yang memberikan motif-motif yang diperlukan bagi sistem telah kering³²⁸.

Habermas menegaskan, pada tahap perkembangan inilah struktur kesadaran modern dapat dimasukkan ke dalam sistem hukum sebagaimana halnya dengan hukum privat borjuis, yang terutama dipilah-pilah menurut tiga bagian formal: positivitas, legalisme, dan formalitas³²⁹.

Dalam konteks positivitas, hukum modern dilihat sebagai hukum yang diputuskan secara positif. Hukum tersebut tidak dikembangkan dengan cara menafsirkan tradisi yang diakui dan disucikan; namun, hukum ini mengekspresikan kehendak pembuat hukum untuk mengatur urusan-urusan sosial secara konvensional dengan cara organisasi yudisial.

Dalam konteks legalisme, di samping kepatuhan umum terhadap hukum, hukum modern tidak memberikan motif moral apapun kepada subjek hukum; hukum modern melindungi kecenderungan pribadi di dalam batas-batas yang telah ditentukan. Bukan disposisi jahat yang diberi sanksi, melainkan perilaku menyimpang dari norma (menghendaki adanya akuntabilitas dan rasa bersalah).

Sedangkan dalam konteks formalitas, hukum modern mendefinisikan domain-domain di mana individu-individu sebagai pribadi dapat dengan sah membuat pilihan bebas (*willkur*). Kebebasan memilih subjek hukum ini dalam wilayah tindakan pribadi yang netral secara moral dan terkait dengan konsekuensi

³²⁸Jürgen Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Band I: Handlungsrationality gesellschaftliche Rationalisierung. Suhrkamp Verlag, 1981.

³²⁹*Ibid.* hlm 320.



hukum bersifat niscaya. Interaksi berdasarkan konsekuensi hukum privat ini kemudian dapat diatur secara negatif, dengan cara membatasi hak yang diakui secara prinsipil (alih-alih diatur secara positif, melalui tugas-tugas kongkret dan semboyan substantive). Di wilayah ini, segala hal yang tidak dilarang secara hukum dapat diijinkan.

Ketiga unsur structural tersebut mengacu pada pola validitas hukum dan keputusan hukum, karena kriteria kepatutan dan pemberian sanksi, dan akhirnya cara diaturnya tindakan hukum. Ketiganya menentukan suatu system tindakan yang di dalamnya diasumsikan bahwa individu berperilaku secara strategis, yaitu bahwa mereka, pertama mematuhi hukum sebagai kesepakatan yang dibuat dimuka umum yang secara sah dapat di ubah kapanpun; kedua mengejar kepentingan-kepentingan mereka tanpa memperhatikan pertimbangan moral; dan ketiga, sejalan dengan orientasi-orientasi tindakan ini, mereka menciptakan keputusan optimal dalam kerangka kerja hukum yang telah ada (yaitu, dalam kaitan dengan konsekuensi-konsekuensi yang secara hukum memang layak). Dengan kata lain, di asumsikan bahwa subjek hukum memanfaatkan otonomi pribadi mereka secara rational-bertujuan (Jurgen Habermas, 2006: 320).

Positivism, legalisme, dan formalitas secara umum merupakan ciri-ciri institusionalisasi yang mengikat secara hukum atas wilayah strategi tindakan yang menjadikan baik. Ketiganya mengeksplisitkan bentuk yang menjadikan hukum modern dapat memenuhi imperative fungsional perniagaan ekonomis yang diatur melalui pasar. Namun, fungsionalisasi system ini merupakan konsekuensi dari struktur hukum, di mana tindakan rasional-bertujuan dapat menjadi universal; fungsionalitas ini mungkin terbentuk dengan sendirinya. Dengan kata lain, fakta bahwa hukum modern bersifat fungsional bagi institusionalisasi tindakan rasional bertujuan tidak menjelaskan unsur struktural yang membuat fungsi-fungsi tersebut bisa terpenuhi. Bentuk hukum modern harus lebih dijelaskan menurut pengertian struktur kesadaran



moral pascatradisional yang menjadi bagiannya (Jurgen Habermas, 2006: 320).

Positivisasi, legalisasi dan formalisasi hukum berarti bahwa validitas hukum tidak dapat lagi dipenuhi dengan otoritas tradisi moral yang diterima apa adanya melainkan memerlukan suatu landasan otonom, yaitu landasan yang tidak hanya bergantung pada tujuan-tujuan yang telah di takdirkan. Kesadaran moral hanya dapat memenuhi persyaratan tersebut pada level pascakonvensional. Di sinilah pertama kali lahir ide bahwa norma-norma hukum secara prinsip terbuka untuk dikritik dan perlu justifikasi; perbedaan norma dan prinsip tujuan; konsep dihasilkannya melalui norma menurut prinsipnya pandangan tentang kesepakatan rasional tentang aturan-aturan yang mengikat secara normative (maupun pandangan tentang suatu kesepakatan yang pertama kali membuka kemungkinan bagi relasi kontraktual); wawasan tentang kaitan antara universalitas dan dapat di justifikasinya norma-norma hukum; konsep kompetisi umum subjek hukum secara abstrak; konsep tentang kekuasaan untuk menciptakan hukum subjektivitas; dan seterusnya. Konsep-konsep dasar pascatradisional dan moralitas ini pertama kali berkembang dan di sistematisasikan di dalam teori-teori hukum alam modern. Model untuk menjustifikasikan norma-norma hukum adalah suatu kesepakatan tanpa paksaan, yang dibuat oleh orang-orang yang berkepentingan, di dalam perannya sebagai partner kontraktual yang secara prinsip bebas dari tradisi dalam bahaw Weber diterangkan bahwa validitas yang didasarkan pada consensus tradisional digantikan oleh validitas yang didasarkan pada consensus rasional (Jurgen Habermas, 2006: 321).

Dalam kaitannya dengan Negara dan legitimasi, Habermas mengajukan tesisnya mengenai krisis legitimasi. Menurut Habermas, deficit legitimasi terjadi dalam system privatisasi sipil dilemahkan oleh perluasan rasionalitas administratif itu sendiri:



Suatu defisit legitimasi berarti bahwa tidak ada kemungkinan bagi perangkat administrative untuk menjalankan struktur normative efektif sejauh diperlukan (Jurgen Habermas, 2006: 483).

Jika hilangnya legitimasi dapat digantikan oleh imbalan yang sesuai dengan system uang, keberhasilan, hiburan, keamanan, dan sebagainya maka tidak ada alasan mengapa krisis legitimasi harus terjadi. Negara kesejahteraan pada akhirnya menjadi tempat tinggal yang nyaman dan aman; berdasarkan standar historis mungkin ini akan tampak megah (Thomas McCarthy, 2006: 483).

Di dalam kerangka hukum konstitusional dan ilmu politik, analisis mengenai norma-norma konstitusional yang berkenaan dengan realitas konstitusional mayoritas Negara demokrasi yang menjalankan hak-hak sosial sebagai fiksi yang terlembagakan tanpa pernah sanggup membongkarnya secara langsung sebagai entitas yang riil dalam tingkah laku publik kewargaan (Jurgen Habermas, 2008:328).

10. Michel Foucault

Michel Foucault lahir di Poitiers, 15 oktober 1926 adalah seorang filsuf Perancis, sejarawan ide, teoritis sosial, ahli bahasa dan kritikus sastra. Foucault lahir dengan nama Paul Michel Foucault (Biografi Foucault, 2001). Keluarganya berasal dari kalangan medis, hingga orang tuanya menginginkan ia memilih profesi yang sama. Tetapi Foucault justru tertarik pada studi filsafat, sejarah, dan, psikologi. Meski demikian, pemikiran Foucault berkaitan erat dengan bidang medis, khususnya psikopatologi (Foucault, 2002).

Pada 1946 ia menyelesaikan pendidikan di Ecole Normale Superieure. Menerima lisensi filsafat pada 1948 dan dua tahun kemudian, yakni tahun 1950 memperoleh lisensi dalam bidang psikologi. Ia juga mendapat diploma dalam psikopatologi pada tahun 1952.

Foucault memulai karir akademisnya dengan menjadi pengajar di Universitas Uppsala, Swedia untuk bidang sastra dan kebudayaan Perancis dari tahun 1955 hingga tahun 1958. Di samping itu, Foucault juga menjadi dosen di



berbagai universitas di Perancis. Pada tahun 1951, ditengah kesibukannya mengajar, ia terjun ke dunia politik dan bergabung dengan partai komunis perancis.

Buku yang paling menarik dari Foucault selain bukunya yang lain adalah *Disciplin and Punish* (1975). Buku ini dikonsentrasikan pada periode antara 1775 dan 1830-an suatu periode pada saat penyiksaan tahanan diganti dengan control atas mereka melalui aturan-aturan penjara (George Ritzer, 2008: 94).

Foucault (1975/1979: 78) melukiskan kecenderungan pada keadilan yang diselaraskan, pada pemetaan hukum (penal) yang lebih dekat dari tubuh masyarakat, control menjadi lebih premature dan sangat banyak (George Ritzer, 2008: 96). Sistem baru dirancang agar lebih manusiawi, tidak untuk mengurangi hukuman, tetapi untuk lebih memperbaiki hukuman; menghukum dengan memperhalus kekerasan boleh jadi, menghukum dengan sangat mutlak sepenuhnya; guna menyisipkan kekuasaan lebih dalam ke hukuman sampai ketubuh masyarakat (George Ritzer, 2008: 96).

Foucault menunjukan bahwa kekuasaan dikembangkan dengan disiplin dan menghukum (discipline and punish). Untuk itu, kekuasaan dilaksanakan dengan niat demikian Foucault bersabda. Foucault memfokuskan diri pada analisa masalah yang diterima sebagai intersubjectively, yakni pengetahuan tentang bagaimana melatih untuk mengelola keterkaitan-keterkaitan epistemik dari relasi kekuasaan. Foucault mengatakan, bahwa kuasa kepada orang adalah tindakan untuk mengganggu mereka. Foucault tidak menginginkan kekerasan, tetapi dia menghendaki kekuasaan sebagai presupposes kebebasan, dalam arti kekuasaan untuk menegakkan kedisiplinan dan menghukum yang melanggar kedisiplinan itu. Salah satu cara untuk menciptakan kedisiplinan adalah mengancam dengan kekerasan. Namun, agar tidak terjadi kekerasan dan ancaman untuk melakukan kekerasan, maka kekuasaan harus memproduksi pengetahuan, sehingga rakyat memiliki perilaku dan mengikuti karakter kekuasaan tersebut. Di



sinilah kedisiplinan itu terjadi, sehingga pada saat yang sama, hukuman dapat dihindari.

“today criminal justice functions and justifies itself only by this perpetual reference to something other than itself, by this unceasing reinscription in non-judicial systems. Its fate is to be redefined by knowledge”.

“A corpus of knowledge, techniques, scientific discourses is formed and becomes entangled with the practice of the power to punish” (Michel Foucault, 2009).

Ada empat persoalan yang menjadi fokus dari studi Foucault (fourth guidelines of Foucault’s study), dalam bukunya *Discipline and Punish*, yakni: Pertama, memusatkan studi pada mekanisme-mekanisme yang menghukum mereka secara ‘reflexif’ saja, tetapi meletakkannya dalam suatu rangkaian yang utuh, serta kemungkinan pengaruh positif bagi mereka atas hukuman yang diberikan, sekali pun ini kelihatannya marginal. Sebagai akibatnya, hukuman memiliki fungsi sosial yang kompleks.

Kedua, melakukan analisis terhadap metode-metode menghukum yang tidak hanya menilai konsekuensi hukum dari suatu perundang-undangan sebagai indikator berfungsinya hukum dalam struktur-struktur sosial, tetapi juga sebagai teknik untuk menegaskan posisi mereka sendiri di dalam ruang public (general field) dengan jalan kekuasaan. Hukuman dianggap sebagai siasat politis.

Ketiga, sejarah undang-undang hukum pidana dan sejarah ilmu pengetahuan manusia, adalah dua rangkaian yang terpisah, yang salah satunya muncul secara berlebihan, atau kedua-duanya saling mengganggu cara pandang masing-masing. Muncul pertanyaan, apakah mereka memiliki acuan umum yang berasal dari proses “*epistemologico-judicial*”, atau memiliki formasi teknik “kuasa” yang prinsip keduanya berasal dari “humanisasi system hukum pidana” (humanization of penal system) dan “pengetahuan tentang manusia” (of the knowledge of man).



Keempat, kita harus mencoba untuk menemukan, bahwa “jiwa” yang merasuk ke dalam peristiwa keadilan hukum adalah sesuatu yang “ilmiah”, dan dengan itu perlu disisipkan didalam praktuk hukum sebagai suatu corpus yang utuh dari ‘pengetahuan ilmiah’, bukan pengaruh dari suatu perubahan bentuk, yang ditempuh oleh “tubuh” yang dengan sendirinya adalah diinvestasikan oleh adanya hubungan kekuatan.

Konsepsi kekuasaan Foucault yang paling tersohor ini, ditafsirkan oel Awaluddin Marwan dengan mengatakan “kekuasaan menurut Foucault terdefiniskan ke dalam berbagai bentuk”, yakni: pertama, kekuasaan bukan dapat di satu tempat atau beberapa tempat saja, melainkan ia hadir dimanamana, hadir di berbagai tempat. Kehendak untuk saling menguasai dari Nietzsche yang menjadi ruh di nsini bahwa tiga kategori tipikal masyarakat yang berkenan dengan kehendak untuk berkusa (the will tp power). Tiga kategori tersebut adalah barbar, normal dan asketik. Masyarakat tipe barbar tipe terburuk, selalu kehendak melakukan konfrontasi fisik dan menggugulkan peperangan untuk melakukan penguasaan terhadap individu atau masyakat lain. Lalu, masyarakat normal disebutkan sebagai kelompok sosial yang persuasive, artinya melakukan penguasaan satu sama lain dengan cara meyakinkan dan komunikasi verbal atau non verbal supaya orang atau masyarakat lain tersebut bisa mengikuti kehendak hatinya. Kemudian masyarakaty astetik, terdiri dari individu yang menemukan nilai dan normanya sendiri berfokus pada penguasaan terhadap dirinya sendiri. Kedua, kekuasaan bukan refresif melainkan produktif sifatnya, power is not simply repressive but it is productive (Awaluddin Marwan, 53: 55).

11. Jimly Asshidiqie

Jimly Asshiddie adalah guru besar hukum tata Negara yang juga trlibat dalam pergulatan politik. Latar belakang ini sangat pas dengan tantangan yang dihadapi Mahkamah Konstitusi, lembaga baru di era reformasi itu, dia berhasil membawa MK meniti lekuk liku perjalanan bangsa dan Negara Indonesia untuk selamat dari jebakan ketidakpastian masyarakat yang sedang bergolak.



Untuk menjamin kepastian hukum sekaligus politik, dia memimpin MK untuk memutuskan perkara-perkara dasar (Jimly Asshique, Biografi, 2006-2007).

Walau politik gunjang-ganjing, dia terus bekerja untuk mengambil keputusan. Bahkan letika lampu padam akibat krisis energy, dia tetap melanjutkan siding dengan menyalakan lilin. Jika hukum tertinggal oleh arus politik, Indonesia akan teus terjebak dalam lingkaran krisis. Maka keputusan tak boleh ditunda walau sehari. Jimly adalah akademisi Indonesia yang menjabat sebagai anggota Dewan Pertimbangan Presiden sejak 25 januari 2010. Sebelumnya dia menjabat sebagai Ketua Mahkamah Konstitusi pertama (2003-2008) dan diakui sebagai peletak dasar bagi perkembangan gagasan modernisasi peradilan di Indonesia. Dia meraih gelar sarjana hukum dari Universitas Indonesia (UI) pada 1982, kemudian menyelesaikan jenjang pendidikan S2-nya di perguruan tinggi yang samapada 1987.

Gelar doktor kemudian disandanginya dari Universitas Indonesia pada 1990 dan Van Vollenhoven Institute, serta Rechts-faculiteit, Universitas Leiden, Program doctor by research dalam ilmu hukum (1990). Pada tahun 1998, Jinly memperoleh gelar Guru Besar penuh imlu hukum tata Negara UI sekaligus menjabat sebagai ketua penanggung jawab program Pascasarjana Biang Ilmu Hukum Tata Negara FHUI. Jimly yang dipilih oleh DPR sebagai Hakim Konstitusi sebelumnya pernah menjabat sebagai Asisten Wakil Presiden RI B.J Habibie.

Pada tanggal 6 oktober 2008, jimly melayangkan surat pengunduran diri dari jabatannya sebagai hakim Konstitusi setelah merasa selesai melaksanakan tugas sejarah dalam membangun dan mengokohkan keberadaan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia sebagai lembaga peradilan yang modern dan terpercaya. Terhitung tanggal 1 Desember 2008, jimly tidak lagi berstatus sebagai hakim Kosnstitusi RI dan akan kembali pada ladang pengabdianya di ranah akademis. Selain itu jimly juga dipercaya menjadi penasihat Komisi Nasioanl Hak Asai Manusia (2009), dan pernah menjadi Ketua Panitia seleksi



penasihat komisi pemberantasan korupsi (KPK) (200), dan dipercaya menjadi Ketua Dewan Kehormatan Komisi Pemilihan Umum (KPU) (2009-2010).

Mengkaji pemikiran Negara hukum Asshiddie dapat ditelusuri dalam berbagai buku-buku yang pernah ditulisnya. Penulis tidak mengambil atau merujuk salah satu dari buku-buku yang pernah ditulisnya, tetapi penulis ingin melihat dan merumuskan inti pemikiran Asshiddie terkait dengan Negara hukum yang tertuang dalam karya-karya yang ditulisnya.

Jimly Asshiddie mengemukakan bahwa” ada dua belas prinsip pokok Negara hukum (*rechtsstaat*) yang berlaku di zaman sekarang. Kedua belas prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya suatu Negara hukum modern (Jimly Asshiddie, 2007: 60).

Kedua belas prinsip poko tersebut dijabarkan oleh Asshiddie sebagai berikut:

a. **Pertama, supremasi hukum (supremacy of law)**

Adanya pengakuan normative dan empiric akan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum (*supremacy of law*), pada hakikatnya pemimpin tertinggi Negara yang sesungguhnya, bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum yang tertinggi. Pengakuan normative mengenai supremasi hukum adalah pengakuan yang tercermin dalam perumusan hukum dan/atau konstitusi, sedangkan pengakuan empiric adalah pengakuan yang tercermin dalam perilaku sebagian besar masyarakatnya bahwa hukum itu memang ‘supreme’. Bahkan dala republic yang menganut system presidential yang bersifat murni, konsitusi itulah yang sebenarnya lebih tepat untuk disebut pemerintahan presidential, tidak dikenal adanya pembedaan antara kepala Negara dan kepala pemerintahan seperti dalam system pemerintahan parlementer.

b. **Kedua, Persamaan dalam Hukum (Equality before the law)**

Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum pemerintahan, yang diakui secara normative dan dilaksanakan secara empiric. Dalam



rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dalam manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan 'affirmative actions' guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan, sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju.

c. **Ketiga, Asas Legalitas (Due Process of Law)**

Dalam setiap Negara hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (due process of law), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan. Dengan demikian, setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau 'rules and procedures' (*regels*). Prinsip normative demikian nampaknya seperti sangat kaku dan dapat menyebabkan birokrasi menjadi lamban. Oleh karena itu, untuk menjamin ruang gerak bagi para pejabat administrasi Negara dalam menjalankan tugasnya, maka sebagai pengimbang, diakui pula adanya prinsip 'frijsermessen' yang memungkinkan para pejabat administrasi Negara mengembangkan dan menetapkan sendiri 'beleid-regels' atau 'policy rules' yang berlaku internal secara bebas dan mandiri dalam rangka menjalankan tugas jabatan yang dibebankan oleh peraturan yang sah.

d. **Keempat, Pembatasan Kekuasaan**

Adanya pembatasan kekuasaan Negara dan organ-organ Negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertical atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. Sesuai dengan hukum besi kekuasaan, setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk



berkembang menjadi sewenang-wenang, seperti dikemukakan oleh Lord Acton, "Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely". Oleh karena itu, kekuasaan selalu harus dibatasi dengan cara memisahkan kekuasaan ke dalam cabang-cabang yang bersifat '*checks and balances*' dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain. Pembatasan kekuasaan juga dilakukan dengan membagi-bagi kekuasaan dalam beberapa organ yang tersusun secara vertical. Dengan begitu, kekuasaan tidak tersentralisasikan dan terkonsentrasi dalam satu organ atau satu tangan yang memungkinkan terjadinya kesewenang-wenangan.

e. **Kelima, Organ-organ Eksekutif Independen**

Dalam rangka membatasi kekuasaan itu, di zaman sekarang berkembang pula adanya pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat 'independent', seperti bank sentral, organisasi tentara, organisasi kepolisian dan kejaksaan. Selain itu, ada pula lembaga-lembaga baru seperti komisi hak asasi manusia, Komisi Pemilihan Umum, Lembaga Ombudsman, Komisi Penyiaran, dan lain sebagainya. Lembaga, badan atau organisasi-organisasi ini sebelumnya dianggap sepenuhnya berada dalam kekuasaan eksekutif, tetapi sekarang berkembang menjadi independen sehingga tidak lagi sepenuhnya merupakan mutlak seorang kepala eksekutif untuk menentukan pengangkatan ataupun pemberhentian pimpinannya.

f. **Keenam, Peradilan Bebas dan Tidak Memihak**

Adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak (independent and impartial judiciary). Peradilan bebas dan tidak memihak ini mutlak (harus ada) dalam setiap Negara hukum. Dalam menjalankan tugas judisialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun juga, baik karena kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi). Untuk menjamin keadilan dan kebenaran, tidak diperkenankan adanya



intervensi ke dalam proses pengambilan putusan keadilan oleh hakim, baik intervensi dari lingkungan kekuasaan eksekutif maupun legislatif ataupun dari kalangan masyarakat dan media massa.

g. **Ketujuh, Peradilan Tata Usaha Negara**

Meskipun peradilan tata usaha Negara juga menyangkut prinsip peradilan bebas dan tidak memihak, tetapi penyebutannya secara khusus sebagai pilar utama Negara hukum, tetap perlu ditegaskan tersendiri. Dalam setiap Negara hukum, harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga Negara untuk mengugat keputusan pejabat administrasi Negara dan dijalankannya putusan hakim tata usaha Negara (administrative court) oleh pejabat administrasi negara. Pengadilan tata usaha negara ini penting disebut tersendiri karena dialah yang menjamin agar warga negara tidak didzalimi oleh keputusan-keputusan para pejabat administrasi Negara sebagai pihak yang berkuasa. Jika hal itu terjadi, maka harus ada pengadilan warga Negara, dan harus ada jaminan bahwa putusan hakim tata usaha negara yang bersangkutan. Sudah tentu, keberadaan hakim peradilan tata usaha Negara itu sendiri harus pula dijamin bebas dan tidak memihak sesuai prinsip '*independent and impartial judiciary*' tersebut di atas.

h. **Kedelapan, Peradilan Tata Negara (Constitutional Court)**

Di samping adanya pengadilan tata usaha Negara yang diharapkan memberikan jaminan tegaknya keadilan bagi tiap-tiap warga Negara, Negara hukum modern juga lazim mengadopsikan gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi dalam system ketatanegaraannya. Pentingnya mahkamah konstitusi (*constitutional courts*) ini adalah dalam upaya memperkuat system 'checks and balances' antara cabang-cabang kekuasaan yang sengaja dipisah-pisahkan untuk menjamin demokrasi.

i. **Kesembilan, Perlindungan Hak Asasi Manusia**

Adanya perlindungan konstitusional terhadap hak asasi manusia dengan jaminan bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil.



Perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut dimasyarakat secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai ciri yang penting suatu Negara hukum yang demokratis. Setiap manusia sejak kelahirannya menyandang hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang bersifat bebas dan asasi. Terbentuknya negara dan demikian pula penyelenggaraan kekuasaan suatu negara tidak boleh mengurangi arti atau makna kebebasan dan hak-hak asasi manusia itu. Oleh karena itu, adanya perlindungan dan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia itu merupakan pilar yang sangat penting dalam setiap warga Negara yang tersebut sebagai Negara hukum.

j. **Kesepuluh, Bersifat Demokratis (Democratische Rechtsstaat).**

Dianut dan dipraktikannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup di tengah masyarakat. Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/ atau hanya untuk kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi. Karena hukum memang tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan akan rasa adil bagi semua orang tanpa terkecuali. Dengan demikian, Negara hukum melainkan ' *democratische rechtsstaat* ' atau Negara hukum yang demokratis. Dengan perkataan lain, dalam setiap negara hukum yang bersifat nomokratis harus dijamin adanya demokrasi, sebagaimana di dalam setiap negara demokrasi harus dijamin penyelenggaraanya berdasar atas hukum.

k. **Kesebelas, Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan bernegara (Welfare Rechtsstaat)**

Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. Cita-cita hukum itu sendiri, baik yang dilembagakan melalui gagasan



Negara demokrasi (democracy), maupun yang diwujudkan melalui gagasan Negara hukum (nomocracy) dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum. Bahkan sebagaimana cita-cita nasional Indonesia yang dirumuskan dalam Pembukaan UUD 1945, tujuan bangsa Indonesia bernegara adalah dalam rangka melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Negara hukum berfungsi sebagai sarana untuk mewujudkan dan mencapai keempat tujuan Negara Indonesia tersebut. Dengan demikian, pembangunan Negara Indonesia tidak akan terjebak menjadi sekedar *'rule-driven'*, melainkan tetap *'mission driven'*, tetapi *'mission-driven'* yang tetap didasarkan atas aturan.

l. **Keduabelas, Transparansi dan Kontrol sosial**

Adanya transparansi dan control sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peran serta masyarakat secara langsung (partisipasi langsung) dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran. Adanya partisipasi langsung ini penting karena system perwakilan rakyat melalui parlemen tidak pernah dapat diandalkan sebagai satu-satunya saluran aspirasi rakyat. Karena itulah, prinsip *'representation in ideas'* dibedakan dari *'representation in presence'*, karena perwakilan fisik saja belum tentu mencerminkan keterwakilan gagasan atau aspirasi. Demikian pula dalam penegakan hukum yang dijalankan oleh aparaturnya kepolisian, kejaksaan, pengacara, hakim, dan pejabat lembaga pemasyarakatan, semuanya memerlukan control sosial agar dapat bekerja dengan efektif, efisien serta menjamin keadilan dan kebenaran.



DAFTAR PUSTAKA

- A.Hamid S. Attamimi,' Peranan Keputusan Presiden RI dalam Penyelenggaraan Pemerintahan yang berfungsi Pengaturan dalam kurun waktu pelita I-pelita IV'. Desertasi: Jakarta: 1990.
- Abdul A'la Al-Maududi, *The Islamic Law and Constitution*, Islam, Mizan, Bandung: 1990.
- Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional Indonesia: Studi Sosio-Legal Atas Dewan Konstituante 1956-1959*. Cetakan kedua, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta:2001
- Ahmad Baso, *Islam Pasca Kolonial: Perselingkuhan Agama, Kolonialisme dan Liberalisme*, Mizan Bandung: 2005
- Ahmad Shuhelmi, *Pemikiran Politik Barat*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2007.
- Aidul Fitriadi, *Pancasila Arsitektur Negara Hukum Inonesia*, makalah yang disampaikan dalam pembahasan makalah panel 1 Konferensi dan Dialog Nasional Negara Hukum, sebagaimana yang menulis kutip dalam prosiding Konferensi dan Dialog Nasional Negara Hukum, Jakarta, 9-10 oktober 2012.
- Al. Andang L, Binawan, "Menurut Logika Legislasi," *Jentera Jurnal Hukum, Legislasi*, Jakarta, Edisi 10-Tahun III, 2005
- Alumni, Bandung, 2004.
- Andri, Y. (2009). *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Berkelanjutan*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada.
- Anwar Harjono, *Indonesia Kita: Pemikiran Berwawasan Iman-Islam*, Gema Insani Press, Jakarta: 1995
- Asshiddiqie, J. (2006). *Hukum Acara Pengujian Undnag-Undang*. Jakarta: KonPress.
- Atmadja, I. D. (2013). *Filsafat Hukum Dimensi Tematis & Historis*. Malang: Setara Press.
- Awaluddin Marwan, *Teori Hukum Kontemporer: Suatu Pengantar Postmodernsime Hukum*, Rangkang, Yogyakarta, 2010.
- Azhary. (1983). *Ilmu Negara Pembahasan Buku Kranenburg*. Jakarta: Penerbit Ghalia Indonesia.
- Bagir Manan, (Ed), *Kedaulatan Rakyat Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum, Kumpulan Esai Guna Menghormati Prof. Dr. R. Sri Soemantri M. SH*, Gaya Media Media Pratama, Jakarta: 1996
- Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, CV. Bandar Maju, Bandung: 1995.
- Bairly, S. (2006). *Constitutional Law*. New York: Hafner Press.



-
- Barnet, H. (2003). *Constitutional & Administration Law*. London: Cavendish Publisher.
- Bodenheimer, E. (1974). *Treatise on Justice*. New York: Philosophical Library Inc.
- Bryan Turner, *The Theories of Modernity and Postmodernity*. Diterjemahkan oleh Imam Baehaqi dan Ahmad Baidlowi, *Teori-Teori Sosiologi Modernitas Postmodernitas*, Pustaka Pelajar, Cetakan ke tiga Yogyakarta: 2008.
- Buckland, W. (1945). *Some Reflection on Jurisprudence*. London: At The University Press.
- Busroh, A. D. (1983). *Asas-asas Hukum Tata Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Carl Joachim Friedrich, (2004). *Filsafat Hukum Perspektif Historis*. Bandung, Nuansa dan Nusamedia.
- Carl Joachim Friedrich, *The philosophy of law in Historical Perspektif*, The University of Chicago Press, 1969. Diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien menjadi Carl Joachim Friedrich, *filsafat hukum, perspektif Historis*, Nusamedia, Bandung, 2010.
- Casper, J. D. (1972). *The politics of civil liberties*. New York: Harper & Row.
- Deliar Noer, *Pemikiran Politik di Negeri Barat*. PT Rajawali, Jakarta: 1982.
- Diponolo, G. (1975). *Ilmu Negara, Jilid 1 dan 2*. Jakarta: Penerbit PN. Balai Pustaka.
- Djokosutono. (1982). *Ilmu Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Donald Black, *sociological Justice*, Oxford University, Press, 1989.
- E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Ichtiar, Jakarta, 1962.
- Efriza, *Ilmu Politik: dari Ilmu Politik sampai Sistem Pemerintahan*, Alfabeta, Bandung: 2008.
- Ellydar Chaidir, *Hukum dan Teori Konstitusi*, Toal Media, Yogyakarta: 2007.
- F. Budi Hardiman, *Kritik Ideologi*, Penernit Kanisius, Yogyakarta,
- F. Budi Hardiman, *Melampaui Positivisme dan Modernitas: Diskursus Filosofis Tentang Ilmiah dan Problem Modernitas*, Kanisius, Pustaka Filsafat: 2003).
- Fachruddin, I. (2004). *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*. Bandung: Alumni.
- Fajar, A. M. (2013). *Teori-Teori Hukum Kontemporer*. Malang: Setara Press.
- Franz Magnis Suseno, *Filsafat Sebagai Ilmu Kritis*, Kanisius, Yogyakarta: 1992.
- Friedmann, W. (1967). *Legal Theory*. New York: Columbia University Press.
- Friedmann, W. (1972). *Law In A Changing Society*. New York: Columbia University Press.



-
- Fuady, M. (2006). *Teori Hukum Pembuktian (Pidana dan Perdata)*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- George Ritzer, *The Post Modern Social Theory*, diterjemahkan oleh Muhammad Taufik, *Teori Sosial Postmodern*, Cetakan Keempat, Kreasi Wacana kerja sama Juxtapose, Yogyakarta: 2008.
- Golding, M. (1966). *The Nature of Law*. New York: Random House.
- Gouw Giok Siong, *Pengertian tentang Negara hukum*, Penerbitan Keng po, 2008.
- Gurvitch, G. (1982). *Sociology of Law*. USA: Philosophical Library and Alliance Book Corporation.
- H. Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Jilid 1, Yayasan Prapanca, Jakarta: 1959.
- H.R Otje Salman dan Anton F, Susanto, *Aspek-Aspek Sosiologi Hukum*,
- Hadjon, P. M. (1990). *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (An Introduction Indonesia Administration Law)*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press.
- Hadjon, P. M. (2007). *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press.
- Hadjon, P. M. (2011). *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press.
- Hamzah Halim, *Persekongkolan Rezim Politik Lokal: Studi Atas Relasi Antara Eksekutif dan Legislatif, PuKAP-Indonesia, Makassar, 2009*.
- Handler, J. F. (1978). *Social Movements and the Legal System*. New York: Academic Press.
- Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley University Of California Press, California: Diterjemahkan menjadi *Teori Hukum Murni: Dasar-Dasar Hukum Normatif*, Nusamedia, Bandung
- Happy Susanto, *Menggagas Sosiologi Profetik: sebuah tinjauan awal*, *Jurnal Pemikiran Islam; International Institute of Islamic Thought Indonesia*, Vol. 1, No.2, juni 2003.
- Harris, J. (1979). *Law and Legal Science*. Oxford: Clarendon Press.
- Harris, J. (1982). *Law and Legal Science: An Inquiry Into The Concept Legal Rule and Legal System*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. (1963). *Law, Liberty, Morality*. USA: Stanford University Press.
- Hart, H. (1981). *The Concept Of Law*. Oxford: At the Clarendon Press.
- Huijbers, T. (1982). *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*. Yogyakarta: Yayasan Kanisius.
- Humphrey, M. (1933). *Modern Theories of Law*. London: Oxford University Press.



-
- Hutauruk, M. (1983). *Azas-Azas Ilmu Negara*. Jakarta: Erlangga.
- Ibrahim, M. K. (1981). *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. Bogor: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Iver, M. (1965). *Negara Modern*. Jakarta: Ictiar.
- Iwai, K. (1999). *Persons, Things and Corporation: The Corporate Personality Controversey and Comparative Corporate Governance*. *American Journal of Comparative Law*, Fall 1999, Vol.47, No.4, 21.
- J.J. Von Schmid, *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, Pustaka Sarjana, Jakarta: 1965.
- J.J. Von Schmid, *Pemikiran Tentang Negara Dan Hukum*, Pembangunan, Jakarta: 1988.
- Jennings, M. I. (1933). *Modern Theories of Law*. London, Inggris: Oxford University Press.
- Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Kontitusi Dan Pelaksanaanya Di Indonesia*, Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta: 1994.
- Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme di Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2004.
- Johnston, J. F. (1925). *Modern Conception of Law*. Chicago: T.H. Flood & Co.
- Juhaya S. Praja, *Aliran-Aliran Filsafat dan Etika*, Kencana, Jakarta: 2005.
- Jurgen Habernas, *Theori des Kommunikativen Handels*, Band I: Handlungrationalitat gesellschaftliche Rationalisierung, Suhrkamp Verlag, 1981. Diterjemahkan oleh Nurhadi, *Teori Tindakan Komunikatif: Rasio dan Rasionalisasi Masyarakat*. Buku I, Kreasi Wacana, Yogyakarta: 2006.
- K. Bertens, *Filsafat Barat Kontemporer Inggris Jerman*, Jakarta: Gramedia, 2002.
- K. Bertens, *Ringkasan Sejarah Filsafat*, Kanisius, Yogyakarta, 1976.
- Kahar Masyhur, (1985). *Membina Moral dan Akhlak*. Jakarta, Kalam Mulia.
- Kantaatmadja, K. (1981). *Ganti Rugi Internasional Pencemaran Minyak di Laut*. Bandung: Alumni.
- Kelsen, H. (1961). *The Pure Theory of Law*. Barkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Kelsen, H. (1967). *Pure Theory of Law*. Los Angeles, USA: University of California Press.
- Kranenburg, R. (1977). *De Grondslagen Der Rechtswetenschap*. Fakultas Hukum UGM: Yogyakarta.
- L. J. Van Apeldoorn, (1996). *Pengantar Ilmu Hukum*, cetakan kedua puluh enam. Jakarta, Pradnya Paramita.



-
- Listiyono (dkk), *Epistemologi Kiri*, Gramedia Pustaka Utama, 2007.
- Madjid H. Abdullah, *Penataan Hukum Organisasi Perangkat Daerah dalam Konteks Otonomi Daerah Berdasarkan Prinsip-Prinsip Tata Pemerintahan yang baik*, Disertasi Pasca sarjana Unhsd, Makassar, 2007.
- Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1955
- Martin, M. (1987). *The Legal Philosophy of HLA Hart*. Philadelphia, USA: Temple University Press.
- Marwan Effendi, *Kejaksaan RI: Posisi dan Fungsinya dari Perspektif Hukum*, Gramedia, Jakarta: 2005.
- Mauro Capelletti, *Judicial review in the Contemporary World*, The Ballbs Meriil Company, Inc., New York, 1971.
- Mertakusumo, S. d. (2011). *Teori Hukum*. Yogyakarta: Universitas Atma Jaya.
- Meuwissen, D. (2007). *Meuwissen tentang pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*. Bandung: Refika Adhitama.
- Michel Foucault, *La Volonte de Savoir: Ingin Tahu Sejarah Seksualitas*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta: 1976.
- Milovanovic, D. (1988). *A Primer in the Sociology of Law*. New York: Harrow and Heston.
- Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta: 1998.
- Moh. Manfud MD; 1965:50-51
- Mohammad Noor Syam, *Sitem Filsafat Pancasila (Tegak Sebagai Sistem Kenegaraan Pancasila-UUD Proklamasi 45)*, Makalah disajikan dalam Kongres Pancasila di selenggarakan UGM MK ARI 30-31 mei dan 1 juni, UGM, Yogyakarta, 2009
- Montesqueiu, *Membatasi Kekuasaan: Telaah Mengenai Jiwa Undang-undang di terjemahkan dari The Spirit of the Laws*, Gramedia, Jakarta: 1993
- Montesquieu, B. D. (1949). *The Spirit of the Laws*. New York: Hafner Press.
- Montgomery Watt, *Muhammad: Prophet and Statesma*, Oxford University Press, New York, 1964.
- Muhammad Iqbal, *Membangun Kembali Pikiran Agama dalam Islam*, terj. Goenawan Muhammad dkk, Tintamas, Djakarta: 1966.
- Muhammad Thahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari segi hukum islam, implementasinya pada periode Negara madinah dan masa kini*, cetakan keempat, Kencana Prenada Media Group, Jakarta: 2010.
- Muniir Fuady, *Sosiologi Hukum Kontemporer, Interaksi Hukum, Kekuasaan dan Masyarakat*, Citra Aditya Bakti, Bandung: 2007.
-



-
- Munzer, S. (1972). *Legal Validity*. Den Haag, Belanda: Martinus Nijhoff.
- Naning, R. (1983). *Gatra Ilmu Negara*. Yogyakarta: PT. Bina Ilmu.
- Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta: 1980.
- Oemar Seno Adji, *Prasarari dalam seminat ketatanegaraan UUD 1945*, Seruling Masa, Jakarta: 1966.
- Osborn, P. (1950). *Jurisprudence in a Nutshell*. London: Sweet & Maxwell, Limited.
- Padmo Wahyono, *Konsep Yuridis Negara Hukum Indonesia*, 1988.
- Paton, G. W. (1955). *A Text Book of Juriprudence*. Oxford: At The Clarendon Press.
- Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta: 2008.
- Phillipa k. Hitti, *Capital Cities of Arab Islam*, University of Minnesota, Minnesota, 1973.
- Phillipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyatdi Indonesia: sebuah studi tentang prinsip-prinsipnya, penanganannya oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan umum dan pembentukan peradilan administrasi Negara*, Bina Ilmu, Surabaya: 1987.
- Pound, R. (1954). *Outlines Lectures On Jurisprudence*. USA: Harvard University Press.
- Prasetya, R. (1976). *Dasar-Dasar Hukum Persekutuan*. Surabaya: Airlangga University Press.
- Priyatno, M. d. (2010). *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*. Jakarta: Kencana.
- Prodjohamidjojo, M. (2001). *Penerapan Pembuktian Terbalik dalam Delik Korupsi (UU No. 31 Tahun 1999)*. Bandung: CV. Mandar Maju.
- R. Subekti, H. T. (1995). *Kitab Undang-Undang Perdata*. Jakarta: Praja Paramita.
- R.A. Nicholson, *A Literacy History of the Arabs*, Cambrige University Press, New York, 1969.
- R.S. Woolhouse. *Locke* 2003:682
- Rahardjo, S. (1982). *Ilmu Hukum*. Bandung: Alumni.
- Rawls, J. (1971). *A Theory Of Justice*. USA: Harvard University Press.
- Remelink, J. (2003). *Hukum Pidana: Komentar Pasal-Pasal Terpenting dari KitabUndnag-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Reza A.A Wattimena, *Melampaui Negara hukum Klasik: Locke-Rousseau-Habermas*: Kanisius, Yogyakarta, 2007.



-
- Rido, A. (1977). *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan Yayasan, Wakaf*. Bandung: Alumni.
- Robert M. Maciver, *The Modern State*, (1926), telah diterjemahkan oleh Moertono, menjadi *Negara Modern* diterbitkan atas kerja sama antar Yayasan Penerbitan Franklin Jakarta-New York yang diterbitkan oleh Penerbit Aksara Baru, Jakarta, 1984.
- Roger Geraudy, *Janji-janji Islam*, Terj. HM. Rasyidi, Bulan Bintang, Jakarta: 1984.
- S.F Marbun, , 2001:4
- Salman, A. F. (2008). *Teori Hukum Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*. Bandung: Refina Aditama.
- Saragih, M. K. (1985). *Ilmu Negara*. Jakarta: Perintis Press.
- Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung: 2000.
- Selznick, P. N. (2010). *Hukum Responsif (Terjemahan)*. Bandung: Nusamedia.
- SF. Marbun, *Negara Hukum dan Keuasaan Kehakiman*, *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, No. 9 Vol 4-1997, Hal. 9.
- SF. Marbun, dkk, *Dimensi-dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, 2001.
- Siagian, M. (2005). *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Jakarta: KonPress.
- Sidharta, A. (1982). *Hukum dan Logika*. Bandung: Alumni.
- Sidharta, A. (2009). *Meuwissen tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*. Bandung: Refika Adhitama.
- Simmonds, N. (1986). *Central Issues In Jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell.
- Simmonds, N. (1986). *Central Issues In Jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell.
- Simon Petrus L, Tjahjadi, *Petualangan Intelektual*, Yogyakarta: Kanisisu 2004.
- Sobirin Malian, *Gagasan Perlunya Konstitusi Baru Pengganti UUD 1945*, FH UII Press, Yogyakarta: 2001.
- Soehino. (1980). *Ilmu Negara*. Yogyakarta: Penerbit Liberty.
- Soekanto, P. P. (1981). *Disiplin Hukum*. Bandung: Alumni.
- Soekanto, S. (2005). *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada.
- Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum, Paradigma, Metode Dan Dinamika Masalahannya*, ELSA-HUMA, Jakarta, 2002



-
- Soetandyo Wignjosoebroto, Negara Hukum dan Permasalahan Akses Keadilan di Negeri-negeri Berkembang Pasca Kolonial disampaikan dalam diskusi Pleno Konferensi dan Dialog.
- Stanley J. Grenz, A Primer on Postmodernism. Terjemahan, Penerbit Yayasan Andi, 2001.
- Stone, J. (1965). Human Law and Justice. USA: Stanford University Press.
- Suhrawardi K. Lunis, (2000). Etika Profesi Hukum, Cetakan Kedua. Jakarta, Sinar Grafika.
- Taylor, R. (1984). Good and Evil. USA: Prometheus Books.
- Ted Honderich, ed. The Oxford Companion to Philosophy, Oxford University Press, New York: 1995
- Thatcher, V. S. (1971). The New Webster Encyclopedia Dictionary of the English Language. Chicago, USA: Consolidated Book Publishers.
- Thomas Hobbes. Leviathan. Everymans Library: New York: EP Dutton & Company; London: J.M. Dent and Sons, 1950.
- Utrecht, E. (1960). Pengantar Hukum Administrasi Indonesia. Bandung: Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Padjajaran.
- Wahjono, P. (1977). Ilmu Negara Suatu Sistematis dan Penjelasan 14 Teori Ilmu Negara dari Jellinek. Jakarta: Penerbitan Khusus Melati Study Group.
- Zainal Abidin Ahmad, Piagam Nabi Muhammad SAW: Konstitusi Negara Tertulis yang Pertama di Dunia, Bulan Bintang, Jakarta, 1973.
- Zairin Harahap, Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara, Edisi revisi: Rajawali Pers, 2005.
- Zulfa, T. S. (2010). Kriminologi. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada.



BIODATA PENULIS

Assoc. Prof. Dr. H. Firman Freaddy Busroh., S.H., M.Hum., C.T.L., C.M.N.



Lahir di Palembang pada tanggal 03 Oktober 1978, merupakan dosen tetap di STIH Sumpah Pemuda dan juga sebagai Ketua STIH Sumpah Pemuda. Pendidikan penulis pada jenjang Strata 1 dijalani di Universitas Sriwijaya pada Fakultas Hukum lulus tahun 2001, selanjutnya penulis melanjutkan pendidikan pada Universitas yang sama Universitas Sriwijaya pada pendidikan Strata 2 Ilmu Hukum dengan gelar M.Hum lulus pada tahun 2005. Dan pada tahun 2016 penulis merampungkan pendidikan Doktor Ilmu Hukum pada Universitas

Borobudur Jakarta.

Email Penulis: firmanbusroh@gmail.com



BIODATA PENULIS

Assoc. Prof. Dr. Hj. Fatria Khairo, S.TP., S.H., M.H., C.T.L.



Pendidikan Penulis dimulai pada pendidikan Sarjana Teknologi Pertanian dari Universitas Sriwijaya, lulus tahun 2002. Sarjana Hukum dari STIH-Sumpah Pemuda, lulus tahun 2008. Pendidikan strata 2 Penulis Magister Hukum dari Universitas Muhammadiyah Palembang, lulus tahun 2009. Sementara itu, Pendidikan strata 3 Penulis Doktor Ilmu Hukum dari Universitas Borobudur Jakarta, lulus Tahun 2021. Saat ini Penulis fokus mengabdikan diri sebagai Dosen tetap pada STIH-Sumpah Pemuda di Lingkungan L2DIKTI Wilayah II dari Tahun 2008 s.d sekarang. Penulis menulis buku dengan harapan dapat memberikan kontribusi positif bagi bangsa dan negara yang tercinta, Indonesia.

Email Penulis: fatriakhairo79@gmail.com



VARIA TEORI HUKUM KONTEMPORER

Ilmu hukum memiliki berbagai fungsi penting dalam masyarakat. Di antaranya sebagai regulasi dan Pengaturan, Perlindungan Hak dan Kebebasan, Penyelesaian Sengketa, Keadilan Sosial, Penegakan Norma dan Moral, Pencegahan Kejahatan, Pengembangan Ekonomi, Stabilitas dan Ketertiban sehingga dengan adanya hukum, stabilitas dan ketertiban dalam masyarakat dapat terjaga. Hukum memberikan aturan main yang jelas bagi semua anggota masyarakat. Fungsi-fungsi ini menunjukkan bahwa ilmu hukum memainkan peran yang sangat penting dalam membentuk dan memelihara tatanan sosial yang adil dan harmonis. Dengan terbitnya Buku Varia Teori Hukum Kontemporer akan membahas secara mendalam tentang sejarah dan ilmu hukum secara detail secara lengkap dengan kajian-kajiannya, Adapun yang dibahas secara mendalam di antaranya tentang teori hukum alam, teori moralitas hukum, teori-teori tentang kedaulatan hukum, teori validasi hukum, teori hukum murni dan grundnorm, teori badan hukum, teori pacta sunt servanda, teori hukum yang merekayasa masyarakat, teori kriminologi kritis, jenis teori hukum dalam ilmu hukum normatife dan ilmu hukum empiris, teori hukum dalam nuasa hukum praktikal, teori sifat hakekat negara, teori pembenaran hukum negara, teori terjadinya hukum negara, teori tujuan negara, teori tipe-tipe negara, teori bentuk negara dan bentuk pemerintahan, teori kedaulatan, teori unsur-unsur negara, teori fungsi negara, teori konstitusi, teori Lembaga perwakilan, teori sendi-sendi pemerintahan, teori alat-alat perlengkapan negara, teori Kerjasama antar negara, teori keadilan, perkembangan pemikiran ilmu hukum, dan pandangan orang tentang negara hukum beserta pengujian berdasarkan kajian empiris beserta indiator-indikator yang dikupas secara komprehensif.

Editor:

Dr. Ermanto Fahamsyah, S.H., M.H., C.I.A.

Untuk akses,
INFES MEDIA STORE,
Scan QR CODE



CV. Intelektual Manifes Media
Jalan Raya Puri Gading
Kabupaten Badung, Bali

