

FILSAFAT HUKUM

SEJARAH PERKEMBANGAN HUKUM

DARI ZAMAN KLASIK SAMPAI MODERN

Undang-undang Republik Indonesia Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta Lingkup Hak Cipta

Pasal 1

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

Ketentuan Pidana Pasal 113

- (1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 100.000.000 (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 Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).
- (3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
- (4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp 4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

FILSAFAT HUKUM

**SEJARAH PERKEMBANGAN HUKUM
DARI ZAMAN KLASIK SAMPAI MODERN**

Dr. Ery Setyanegara, S.H., M.H.

Editor :

M. Faris Putra Setyanegara, S.H.

M. Sulthan Rafi Setyanegara, S.H.

Kata Sambutan :

Dr. Leonard Eben Ezer Simanjuntak, S.H., M.H.



**FILSAFAT HUKUM
SEJARAH PERKEMBANGAN HUKUM
DARI ZAMAN KLASIK SAMPAI MODERN**

Penulis:

DR. Ery Setyanegara., SH., MH

Editor :

M. Faris Putra Setyanegara, S.H.

M. Sulthan Rafi Setyanegara, S.H.

Kata Sambutan :

Dr. Leonard Eben Ezer Simanjuntak, S.H., M.H.

Desain sampul

Agus Purnomo

Layout

Team Aura Creative

x + 238 hal :14.8 x 21 cm

Cetakan, Juli 2026

ISBN: 978-623-211-573-6

Penerbit

CV. Anugrah Utama Raharja

Anggota IKAPI

No.003/LPU/2013

Alamat

Jl. Prof. Dr. Soemantri Brojonegoro, No 19 D

Gedongmeneng Bandar Lampung

HP. 082282148711

E-mail : redaksiaura@gmail.com

Website : www.aura-publishing.com

Hak Cipta dilindungi Undang-undang
Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian
atau seluruh isi buku ini tanpa izin tertulis dari penerbit



KATA SAMBUTAN JAKSA AGUNG MUDA TINDAK PIDANA UMUM

Assalamu'alaikum warahmatullahi wabarakatuh.
Salam sejahtera bagi kita semua.

Puji syukur ke hadirat Tuhan Yang Maha Esa atas terbitnya buku *Filsafat Hukum: Sejarah Perkembangan Hukum dari Zaman Klasik sampai Modern* karya Dr. Ery Setyanegara, S.H., M.H. Kehadiran buku ini patut diapresiasi sebagai bagian dari upaya memperkaya khazanah kepustakaan hukum dan mengembangkan tradisi keilmuan yang menempatkan hukum dalam perjalanan pemikiran serta peradaban manusia.

Filsafat hukum mempunyai kedudukan penting dalam memahami landasan, tujuan, dan arah perkembangan hukum. Hukum tidak hanya dipahami sebagai seperangkat norma yang berlaku, tetapi juga perlu ditelaah berdasarkan nilai, gagasan, dan kondisi kemasyarakatan yang memengaruhi pembentukan serta penerapannya. Melalui filsafat hukum, pembaca memperoleh ruang untuk menelaah secara kritis alasan keberadaan hukum, tujuan yang hendak diwujudkan, dan pertanggungjawaban yang menyertai pelaksanaan kewenangan berdasarkan hukum.

Buku ini mengajak pembaca menelusuri perkembangan pemikiran hukum dari zaman klasik sampai zaman modern, termasuk berbagai mazhab dan aliran yang turut memengaruhi pembentukan konsep hukum dan negara. Rentang pembahasan tersebut menunjukkan bahwa perkembangan hukum memiliki keterkaitan dengan sejarah, kebudayaan, kehidupan sosial, ilmu pengetahuan, dan kebutuhan masyarakat pada setiap zaman. Pemahaman terhadap latar belakang tersebut diperlukan agar suatu pemikiran hukum dapat dipelajari secara utuh dan ditempatkan sesuai dengan konteks perkembangannya.

Bagi mahasiswa, akademisi, praktisi, dan aparat penegak hukum, pemahaman filsafat hukum dapat memperkuat kemampuan bernalar secara kritis, sistematis, dan bertanggung jawab. Dalam praktik penegakan hukum, ketepatan dalam memahami dan menerapkan norma perlu disertai dengan pemahaman terhadap tujuan hukum serta akibat yang ditimbulkan oleh setiap keputusan hukum. Nilai kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan perlu dipertimbangkan secara cermat dan proporsional sesuai dengan fakta, hukum, serta tanggung jawab jabatan. Dalam konteks Indonesia, penyelenggaraan dan penegakan hukum harus senantiasa berpijak pada Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan peraturan perundang-undangan.

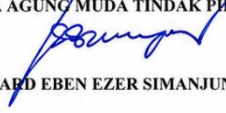
Saya menyampaikan penghargaan kepada penulis dan para editor atas ikhtiar serta dedikasinya dalam menghadirkan buku ini. Semoga buku ini dapat menjadi salah satu sumber pembelajaran yang mendorong pembaca untuk memperluas wawasan, memperdalam pemahaman, dan mengembangkan pemikiran hukum secara terbuka, kritis, serta bertanggung jawab.

Akhirnya, saya berharap buku ini memberikan manfaat bagi pengembangan ilmu hukum dan turut memberikan sumbangsih bagi pembangunan hukum nasional yang berlandaskan nilai keadilan, kepastian hukum, kemanfaatan, serta penghormatan terhadap martabat manusia.

Terima kasih.

Jakarta, 18 Agustus 2026

JAKSA AGUNG MUDA TINDAK PIDANA UMUM


Dr. LEONARD EBEN EZER SIMANJUNTAK, S.H., M.H.



KATA SAMBUTAN

GUBERNUR LAMPUNG

Puji syukur kita panjatkan ke hadirat Tuhan Yang Maha Esa atas terbitnya buku *Filsafat Hukum: Dari Zaman Klasik sampai Modern* ini.

Hukum tidak bisa dipahami hanya sebatas pasal dan putusan. Ia harus digali akarnya, yaitu keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Di sinilah filsafat hukum menjadi pedoman kita ber hukum.

Buku ini hadir untuk mengajak pembaca berpikir kritis, tidak sekadar menerima hukum sebagai fakta, tetapi juga mempertanyakan "seharusnya" hukum itu seperti apa.

Saya mengapresiasi penulis yang telah bekerja keras menyusun gagasan-gagasan fundamental ini dengan bahasa yang runtut dan kontekstual. Semoga buku ini bermanfaat bagi mahasiswa, akademisi, dan praktisi hukum sebagai bahan refleksi untuk membangun sistem hukum Indonesia yang lebih berkeadilan.

Harapan saya, buku ini tidak hanya menambah wawasan, tetapi juga menumbuhkan kesadaran bahwa hukum yang baik adalah hukum yang manusiawi, hukum yang juga melihat hak asasi manusia.

Wassalam,

Bandar Lampung, 22 Agustus 2026

Gubernur Lampung

RAHMAT MIRZANI DJAUSAL

KATA PENGANTAR

Puji syukur kami panjatkan kepada Allah Subhanahu Wataala Tuhan Yang Maha Kuasa, yang selalu memberikan kesehatan dan seluruh nikmat yang diberikannya kepada kita semua.

Hukum merupakan salah satu unsur yang sangat penting yang mampu memberikan kepastian untuk berjalannya negara dan pemerintahan sampai saat ini. Karena itu pentingnya sejarah hukum yang mampu mengikat keberadaan negara, maka sangat perlu untuk dipelajari tentang teori-teori hukum bagi para mahasiswa.

Dalam buku ini penulis, mengangkat tentang sejarah perkembangan hukum dalam peradaban zaman dimulai dari dari zaman klasik, zaman Yunani Purba, zaman Mecedonia, zaman Romawi, zaman Abad Pertengahan, zaman Renaissance, zaman Aufklarung, zaman Hukum Positif sampai pada zaman Modern. Selain itu juga dibahas tentang teori-teori hukum yang berkembang dalam sejarah perkembangan hukum misalnya: Teori Hukum Positif, Teori Hukum Alam, Teori Mazhab Sejarah, Teori Sosiologi Hukum, Teori Hukum Progresif, Teori Hukum Bebas dan teori-teori yang berkembang pada abad modern.

Dengan diterbitkannya buku ini diharapkan dapat dijadikan pedoman oleh para dosen dan mahasiswa untuk melakukan proses pembelajaran secara efektif dan efisien.

Kami juga menyadari dalam buku ini masih terdapat kekurangan-kekurangan, dan insya Allah akan senantiasa diperbaharui seperlunya.

Jakarta, 25 Juli 2026

Salam Hormat Penulis

DAFTAR ISI

KATA SAMBUTAN JAKSA AGUNG MUDA TINDAK PIDANA UMUM	v
KATA SAMBUTAN GUBERNUR LAMPUNG	vi
KATA PENGANTAR.....	vii
DAFTAR ISI.....	ix

BAB I

Sejarah Perkembangan Hukum Umum.....	1
--------------------------------------	---

BAB II

Perkembangan Mazhab-Mazhab Hukum	17
--	----

BAB III

Hubungan Mazhab Hukum Dengan Konsep/Teori Hukum Dan Teori Hukum Dengan Sistem Hukum.....	33
---	----

BAB IV

Pemikiran (Teori) Hukum, Pada Zaman Klasik, Zaman Yunani Purba, Dan Zaman Kekaisaran Romawi	48
--	----

BAB V

Pemikiran (Teori) Hukum, Zaman Pertengahan, Zaman Renaissance, Zaman Aufklarung, Zaman Hukum Positif Dan Zaman Modern.....	68
--	----

BAB VI

Pemikir (Filsuf) Hukum, Zaman Klasik, Zaman Yunani, Zaman Kekaisaran Romawi.....	83
---	----

BAB VII

Zaman Aufklarung Dan Hukum Positif.....	104
BAB VIII	
Pemikir (Filsuf) Hukum Pada Zaman Modern (19-20).....	131
BAB IX	
Konsep Negara Hukum, Negara Kekuasaan, Negara Kesejahteraan, Negara Berkeadilan.....	156
BAB X	
Aliran Positivisme Hukum.....	172
BAB XI	
Aliran Realisme Hukum	180
BAB XII	
Aliran Hukum Alam	187
BAB XIII	
Aliran Mazhab Sejarah.....	196
BAB XIV	
Aliran Sosiologis (Sociological Jurisprudence).....	203
BAB XV	
Aliran Utilitarisme	210
BAB XVI	
Aliran Freie Rechtslehre.....	217
GLOSARIUM	229
DAFTAR PUSTAKA.....	235

BAB I

SEJARAH PERKEMBANGAN HUKUM UMUM

A. Pengertian Sejarah.

Untuk mendefinisikan Sejarah, kiranya sedikit sulit, karena banyak pendekatan etimologi yang dapat digunakan. Pendekatan tersebut menghasilkan pengertian yang hampir sama. Dilihat dari etimologi asal kata, sejarah dalam bahasa Latin adalah “Historis”. Dalam bahasa Jerman disebut “Geschichte” yang berasal dari kata geschehen, berarti sesuatu yang terjadi. Istilah “Historie” menyatakan kumpulan fakta kehidupan dan perkembangan manusia. Di kawasan orang-orang yang berbahasa Melayu termasuk Indonesia, secara sederhana kata sejarah diartikan sebagai suatu cerita dari kejadian masa lalu yang dikenal dengan sebutan legenda, babad, kisah, hikayat, dan lain sebagainya yang kebenarannya belum tentu tanpa bukti-bukti sebagai hasil suatu penelitian.¹

Umumnya cerita-cerita itu dijadikan dogeng yang turun temurun. Di samping itu, sejarah dapat diartikan sebagai suatu pengungkapan dari kejadian-kejadian masa lalu. Ada yang mengartikan sejarah merupakan penulisan sistematis dari gejala-gejala tertentu yang mempunyai pengaruh pada suatu bangsa atau kelompok sosial tertentu dengan penjelasan

¹ R. Abdoel Djamal, *Pengantar Hukum Indonesia*. Edisi Revisi. (Jakarta : Rajawali Press, 1984). Hlm 6

mengenai sebab-sebab timbulnya gejala itu. Sebagai ilmu sosial, sejarah meneliti pengalaman manusia dengan usaha mengungkapkan fakta kebenarannya tentang manusia dan masyarakat. Memang banyak arti yang diberikan untuk dapat mendefinisikan sejarah, tetapi kiranya tidak boleh lupa bahwa apa yang diungkapkan dalam penelitian mengandung unsur-unsur : (a) pencatatan (penulisan) dari hasil penelitian, (b) kejadian-kejadian penting (*factual*) masa lalu, (c) kebenaran nyata (konkret).²

Pada zaman modern saat ini dengan kemajuan saint dan teknologi yang sangat canggih, di mana setiap orang telah meyakini kemampuannya sendiri untuk selalu berupaya mengembangkan dan memajukan diri sesuai dengan bidang peradabannya, kemampuan ini diwujudkan dalam bentuk keberaniannya untuk menembusi dunianya dengan pikiran-pikiran baru yang kritis berupa ilmu-ilmu di berbagai bidang. Ilmu yang diusahakan oleh manusia telah mencapai suatu momentum yang memungkinkan yang dibawakan oleh penemuan di bidang teknologi yang seolah menjungkirbalikan pandangan, konsep-konsep serta irama dari kehidupan yang lampau. Keadaan semacam ini di mulai abad ke 18 (delapan belas) terlihat dengan banyak timbulnya idea-idea serta gerakan-gerakan hukum baru. Benih-benih bagi timbulnya pendekatan sejarah tersimpan pada abad-abad sebelumnya, terutama dalam hubungannya dengan dasar-dasar yang dipakai untuk menyusun teori-teori pada abad-abad tersebut. Para pemikir nampaknya semakin menyadari, bahwa teori-teori dari John Locke dengan Trias Politika dan Kontrak Sosial dari J.J. Rousseau, tidak didasarkan pada kenyataan-

² *Ibid.*

kenyataan, melainkan atas dasar asumsi-asumsi yang ajaib (*prodigious*). Pendekatan sejarah ini boleh disebut sebagai suatu revolusi dari fakta terhadap khayalan. “Atas dasar fakta dan bahan sejarah yang manakah teori kontrak sosial dan lain-lain teori itu disusun”, Satjipto Rahardjo.³

Ahli sejarah Jerman, Rohlies, mengemukakan bahwa untuk menyajikan dengan singkat, lengkap, dan dalam garis ciri-ciri khas sejarah sebagai ilmu pengetahuan tidak akan dijumpai. Ia mencoba menanggulangi hal itu dengan selengkap mungkin menguraikan selengkap mungkin berbagai ciri khas sejarah secara multi-dimensional, interdependensi data sejarah satu dengan yang lain, aspek genetis, keterikatan waktu dan lain-lain. Adapun makna konkret penulisan sejarah sebagai ilmu pengetahuan baginya dapat kita temukan padanya, ialah sama halnya dengan contoh kami pada saat membicarakan kaum marxis, yakni lebih ke arah penentuan metode-metode maupun bentuk-bentuk penelitian sejarah. Nampaknya yang penting di sini, ia bertolak dari anggapan bahwa Sejarah membedakan diri dari ilmu-ilmu pengetahuan alam, adalah ketidak mungkinan prinsipil dilakukannya suatu verifikasi yang belum cukup lengkap.⁴ Memperhatikan dan memperhitungkan adanya keterbatasan ini, maka menurut Rohlies, karya ahli sejarah diarahkan pada skema sebagai berikut :⁵

- a. Menemukan dan menyaring sumber-sumber;
- b. Menyusun dalam kelompok-kelompok sumber-sumber ini menurut tolok ukur tertentu (yang termasuk hipotesis);

³ R. Soeroso. *Pengantar Ilmu Hukum*. (Jakarta : Sinar Grafika, 2009). Hlm 319

⁴ John Gilissen, Frits Gorle, *Sejarah Hukum Suatu Pengantar*, (Bandung: Refika Adita Utama, 2009).

⁵ *Ibid.*

- c. Menguraikan sumber-sumber, yakni menelusuri dan menguji hal dapat dipercaya berikut kekuatan pembuktian sumber-sumber ini;
- d. Menafsirkan sumber-sumber tersebut dengan maksud melakukan rekonstruksi jalan perkembangan fakta-fakta termasuk kemungkinan terlebih dahulu menyusun hipotesis kerja;
- e. Mendalami serta memahami dan melakukan verifikasi terhadap saling keterkaitan satu dengan yang lain atas keistimewaan dan karakteristik yang dikemukakan;
- f. Penilaian fakta-fakta dan keterkaitan-keterkaitan yang ditetapkan.

B. Pengertian Sejarah Hukum

Sejarah hukum adalah suatu metode dan ilmu yang merupakan cabang dari ilmu sejarah (bukan cabang dari ilmu hukum), yang mempelajari (*studying*), menganalisa (*analising*), memverifikasi (*verifiying*), menginterpretasi (*interpreting*), menyusun dalil (*setting the clause*), dan kecenderungan (*tendention*), menarik kesimpulan tertentu (*hipoteting*), tentang setiap fakta, konsep, kaidah-kaidah, dan aturan yang berkenaan dengan hukum yang pernah berlaku.⁶ Baik yang secara kronologis dan sistematis, berikut sebab akibat serta ketersentuhannya dengan apa yang terjadi di masa kini, baik seperti yang terdapat dalam literatur, naskah, bahkan tuturan lisan, terutama penekanannya atas karakteristik keunikan fakta dan norma tersebut, sehingga dapat menemukan gejala, dalil, dan perkembangan hukum di masa yang lalu yang dapat memberikan wawasan yang luas bagi orang-orang yang mau mempelajarinya, dalam mengartikan dan memahami hukum

⁶ Munir Fuady, *Sejarah Hukum*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2009).Hlm 1

yang berlaku saat ini.⁷ Sejarah hukum adalah salah satu bidang studi hukum, yang mempelajari perkembangan dari asal usul sistem hukum dalam suatu masyarakat tertentu, dan membandingkan antara hukum yang berbeda karena dibatasi oleh perbedaan waktu. Sejarah hukum ini terutama berkait dengan bangkitnya suatu pemikiran dalam hukum yang dipelopori oleh Savigny (1779-1861). Dalam studi sejarah hukum ditekankan mengenai hukum suatu bangsa merupakan suatu ekspresi dari jiwa yang bersangkutan dan oleh karenanya senantiasa yang satu berbeda dengan yang lain. Perbedaan ini terletak pada karakteristik pertumbuhan yang dialami oleh masing-masing sistem hukum. Apabila dikatakan bahwa sistem hukum itu tumbuh, maka yang diartikan adalah hubungan yang terus-menerus antara sistem yang sekarang dengan yang lalu. Apalagi dapat diterima bahwa hukum sekarang berasal dari yang sebelumnya atau hukum pada masa-masa lampau, maka hal itu berarti, bahwa hukum yang sekarang dibentuk oleh proses-proses yang berlangsung pada masa lampau (Soedjono Dirdjosisworo).⁸⁸

Sejarah mempelajari perjalanan waktu masyarakat di dalam totalitasnya, sedangkan sejarah hukum satu aspek tertentu dalam hal itu, yakni hukum. Apa yang berlaku untuk seluruh, betapapun juga berlaku untuk bagian, serta maksud dan tujuan sejarah hukum mau tidak mau akhirnya menentukan dalil-dalil atau hukum-hukum perkembangan kemasyarakatan. Jadi, dengan demikian permasalahan yang dihadapi sejarawan hukum tidak kurang “*imposible*” daripada setiap penyelidik dalam bidang apapun. Namun dengan mengutarakan bahwa sejarawan hukum harus berikhtiar

⁷Ibid.

⁸ Op.Cit. R. Soeroso. Hlm 321

untuk melakukan penulisan sejarah secara integral, nampaknya Van den Brink terlampau jauh jangkauannya. Justru pada tahap terakhir ia melangkahi tujuan spesifik sejarah hukum ini. Sudah barang tentu bahwa sejarawan hukum harus memberikan sumbangsuhnya kepada penulisan secara terpadu. Bahkan sumbangsuh tersebut teramat penting, mengingat peran yang begitu besar yang dimainkan oleh hukum di dalam perkembangan pergaulan hukum manusia.⁹

C. Perlunya Belajar Sejarah Hukum

Hukum tidak hanya berubah dalam ruang dan letak (hukum Amerika, hukum Belgia dan hukum Indonesia, misalnya), tetapi juga dalam lintasan kala dan waktu. Seperti sumber-sumber hukum formil, yakni bentuk-bentuk penampakan diri norma-norma hukum, maupun isi norma-norma hukum itu sendiri (sumber-sumber hukum materil). Tatanan hukum modern mengenal sumber-norma hukum seperti: (i) perundang-undangan (ii) yurisprudensi (iii) doktrin (iv) konvensi.¹⁰ Norma-norma hukum dewasa ini seringkali dan sering sekali hanya dapat dimengerti melalui sejarah hukum. Misalnya *Henri de Page* dalam buku “*Traite Eleentaire de Droit Civil*” 1930-1950. bahwa semakin ia memperdalam studi hukum perdata, semakin yakin bahwa sejarah hukum, lebih dahulu dari pada logika dan ajaran hukum sendiri mampu menjelaskan mengapa dan bagaimana lembaga-lembaga hukum kita muncul kepermukaan seperti keberadaannya saat ini. *Holmes* “perjalanan yang ditempuh hukum bukanlah hanya jalur dan ruas logika melainkan rel pengalaman”.¹¹ Hal tersebut tidak hanya terjadi dalam lembaga

⁹ Op.Cit. John Glisson and Frits Gorle. Hlm 11

¹⁰ Ibid, Munir Fuady. Hlm 5

¹¹ Munir Fuady. *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*. (Jakarta:

hukum perdata (hukum waris misalnya) saja, tetapi juga dalam lembaga hukum pidana. Misalnya aturan tiada dapat dipidana tanpa undang-undang (*legalitas*), hanya dapat diklarifikasi demikian karena perjuangan para filsuf era pencerahan ke arah era kepastian hukum kemudian melalui visi mereka yang memandang manusia selaku warga masyarakat yang memiliki kesadaran dan tanggung jawab. Merupakan suatu pegangan bagi para yuris pemula untuk mengenal budaya dan pranata umum. Memang benar bahwa hukum yang berlaku saat ini “*an sich*” dapat dipelajari dari asal usul kemudian historis dan pembentukannya, namun bagi mereka yang melakukan pendekatan seperti ini merupakan penerapan teknik murni untuk mengatur pertimbangan-pertimbangan kemasyarakatan dan menyelesaikan perselisihan-perselisihan yang berkaitan dengan itu. Seorang ahli hukum yang berlatar belakang akademik perlu memiliki pandangan yang lebih luas tentang hukum, agar dapat menempatkan hukum dewasa ini di dalam dimensi waktu dengan perantaraan sejarah hukum, dan di dalam dimensi ruang melalui perbandingan hukum.¹²

Di dalam pidato sambutan dan pengarahan pada simposium Sejarah Hukum (Jakarta, tanggal 1 s/d 3 April 1975). Menteri Kehakiman menyatakan antara lain, “Perbincangan sejarah hukum mempunyai arti penting dalam rangka pembinaan hukum nasional, oleh karena usaha pembinaan hukum tidak saja memerlukan bahan-bahan tentang perkembangan hukum masa kini saja, akan tetapi juga bahan-bahan perkembangan hukum dari masa lampau. Melalui sejarah hukum kita akan mampu menjajagi berbagai aspek hukum Indonesia pada masa lalu, hal mana akan dapat memberikan pula bantuan kepada kita untuk memahami

Kencana Prenada Media Group, 2012). Hlm 4.

¹² *Op.Cit.* R. Soeroso. Hlm 320

kaidah-kaidah serta institusi-institusi hukum yang ada saat ini dalam masyarakat bangsa kita”¹³.

D. Objek dan Tujuan serta Kegunaan Sejarah Hukum

Di dalam mempelajari objek dan tujuan dalam sejarah hukum maka dapat dilakukan melalui pendekatan-pendekatan sebagai berikut :¹⁴

- a. Menurut tolok ukur kronologis, misalnya sejarah purba kala abad pertengahan, dan lain-lain.
- b. Menurut tolok ukur ilmu bumi, misalnya sejarah Amerika, Belgia, Indonesia dan lain-lain.
- c. Atas dasar tematik, misalnya sejarah ekonomi, literatur, kesenian, hukum dan lain-lain.

Dalam hal lain, menurut Roscoe Pound, disepanjang sejarah hukum, telah berperan sebagai berikut :¹⁵

- a. Sebagai pelayan yang bermanfaat.
- b. Sebagai pelayan yang tiran.
- c. Sebagai majikan.

Dan, tambah Roscoe Pound, disepanjang sejarah hukum, filsafat hukum telah dengan nyata digunakan untuk hal-hal sebagai berikut :¹⁶

- a. Untuk keluar dari tradisi yang telah using.
- b. Untuk menafsirkan hukum yang ada, yang tidak berubah terhadap masalah-masalah hukum yang menginginkan perubahan hukum.

¹³ *Op.Cit.* R. Soeroso. Hlm 320

¹⁴ *Op.Cit.* John Gilissen, Frits Gorle, Hlm 4

¹⁵ *Op.Cit.* Munir Fuady. Hlm 4

¹⁶ *Ibid.* Munir Fuady. Hlm 5

- c. Untuk membawa hal-hal yang baru sesuai perkembangan dalam masyarakat ke dalam hukum tanpa mengubah hukum yang telah ada.
- d. Untuk mengorganisasikan dan mensistemisasi substansi hukum yang ada.
- e. Untuk mengukuhkan kaidah-kaidah hukum baru yang menggantikan kaidah-kaidah hukum yang telah using.
- f. Untuk memberikan gambaran yang komplet dan final mengenai kontrol sosial.
- g. Untuk meletakkan dasar-dasar terhadap praktik moral, hukum dan politik.

Melalui penelitian-penelitian sejarah hukum, akan dapat diketahui tentang kemungkinan adanya lembaga-lembaga hukum yang sudah tidak diperlukan lagi, atau masih dapat dikembangkan dalam usaha mengadakan pembinaan hukum (BPHN-1975). Memang sejarah hukum pada khususnya, maupun sejarah pada umumnya mempunyai peranan yang sangat penting bagi suatu bangsa. Sebagaimana dikatakan oleh Soedjatmoko (1968) : *"...history instruction is an important means of training gogg citizens of developing love and loyalty for noes country : it is essensial to a young country like Indonesia for the nation building in which its people are all engaged"*. Betapa pentingnya suatu sejarah bagi suatu masyarakat, juga pernah ditegaskan oleh Barzan dam Graff (1977), sebagai berikut : *"for a while society to lose its sense of history would be tantamount to going up its civilizations, we live end are moved by historical ideas and images, and our national existence goes on by reproducing them"*.¹⁷

¹⁷ Op.Cit. R. Soeroso. Hlm 320

Kegunaan sejarah hukum (Soerjono Soekanto) yaitu sebagai berikut :¹⁸

- a. Sejarah hukum dapat memberikan pandangan yang luas bagi kalangan hukum. Hukum tak akan mungkin berdiri sendiri, karena senantiasa dipengaruhi oleh aspek-aspek kehidupan lain, dan juga mempengaruhinya. Hukum merupakan hasil perkembangan dari salah satu kehidupan manusia. Perkembangan hukum masa kini merupakan hasil perkembangan dari hukum masa lampau, dan hukum masa kini merupakan dasar dari hukum masa yang akan datang.
Sejarah hukum akan dapat melengkapi pengetahuan kalangan hukum mengenai hal-hal tersebut.
- b. Hukum sebagai kaidah merupakan patokan perilaku atau sikap tindak-tanduk yang sepantasnya. Patokan tersebut memberikann pedoman, bagaimana seharusnya manusia berkelakuan atau bersikap tindak merupakan hasil dari perkembangan pengalaman manusia semenjak dahulu kala. Kaidah-kaidah hukum tersebut tahap demi tahap mengalami perombakan, perubahan, penyesuaian, pengembangan dan seterusnya.
- c. Sejarah hukum juga berguna dalam praktik hukum. Sejarah hukum sangat penting untuk mengadakan penafsiran secara historikal terhadap peraturan-peraturan tertentu.
- d. Dalam bidang pendidikan hukum, sejarah hukum untuk lebih memahami hukum yang dipelajarinya. Untuk penelitian hukum, sejarah hukum juga berguna terutama untuk mengungkapkan kebenaran yang ada kaitannya dengan masa lampau dan masa kini.

¹⁸ *Ibid.* Hlm 322

- e. Sejarah hukum dapat mengungkapkan fungsi dan efektivitas lembaga-lembaga hukum tertentu. Artinya pada situasi-situasi semacam apakah suatu lembaga hukum benar-benar dapat berfungsi atau malahan tidak berfungsi sama sekali. Ini sangat penting, terutama bagi pembentuk dan penegak hukum. Akhirnya sejarah hukum memberikan kemampuan, untuk dapat menilai keadaan-keadaan yang sedang dan memecahkan masalah-masalahnya.

E. Model-model Sejarah Hukum.

Model-model sejarah hukum di dalam referensi hukum digambarkan ke dalam :¹⁹ perkembangan hukum yang terjadi secara “*evolutif linier*” menuju ke arah yang lebih baik, logis, efektif dan efisien.

- a. perkembangan hukum yang terjadi dalam keadaan “*linier*”, sekali-kali terjadi perkembangan yang “*zig-zag*”, semacam revolusi dalam perkembangan hukum dengan melaju secara cepat dan linier, seperti ketika Napoloen membuat kodifikasi di Perancis.
- b. perkembangan hukum yang terjadi secara “*evolutif*”, tetapi dengan arah melingkar, sehingga menghasilkan hukum yang berorientasi kembali ke masa lalu, sesuai dengan semboyan “sejarah itu berulang”.

F. Aspek-aspek Yang Mempengaruhi Sejarah Hukum.

Dalam perkembangan sejarah hukum terdapat hal-hal yang mempengaruhi bagaimana hukum berlaku suatu wilayah atau negara. Yaitu, diantaranya :²⁰

¹⁹ *Ibid.* Hlm 320

²⁰ *Ibid.*

- a. kuatnya pengaruh ajaran hukum alam yang modern maupun yang klasik, dengan mengandalkan logika, dengan mengembangkan berpikir seolah-olah semua masalah hukum dapat dipecahkan dengan akal sehat menuju hukum yang rasional berlaku di mana-mana.
- b. kuatnya pengaruh paham agama dalam bidang hukum terjadi sejak dulu. (*dogma wahyu*).
- c. kuatnya pengaruh paham positifisme, yang mengarahkan pandangan orang tentang hukum hanya yang terjadi saat ini saja, sebagaimana yang tertulis dalam undang-undang yang diperintahkan penguasa.

Oleh karena hukum adalah suatu produk hubungan-hubungan dan perimbangan-perimbangan kemasyarakatan, maka di dalam proses penciptaan dan perkembangannya ia ditentukan oleh sejumlah aspek hubungan-hubungan dan perimbangan-perimbangan itu pula. sebagaimana telah diperlihatkan di atas nampaknya mustahil untuk menentukan dengan suatu kepastian hubungan sebab akibat antara setiap aspek tersebut dan perkembangan hukum itu sendiri, satu dan lain karena sejumlah besar faktor kemasyarakatan ini bekerja secara bersamaan, terkadang seayun selangkah menjurus ke arah yang sama, tetapi sering pula mengarahkan pengaruhnya ke arah yang berlawanan. Jadi dengan demikian sulit sekali, kalau tak mau disebut, mustahil untuk menelusuri dan menetapkan sumbangsih yang tepat setiap unsur yang berperan dalam perkembangan hukum ini. Namun, betapapun juga tidak tertutup kemungkinan untuk membedakan beberapa faktor, yang benar-benar dapat berperan dalam penciptaan dan perkembangan hukum. Faktor-faktor tersebut tampil kepermukaan dengan beraneka ragam, sifat dan bentuk. Dengan demikian perlu membatasi untuk mengulas

beberapa diantara mereka nampaknya termasuk yang paling penting yakni : faktor-faktor politik, ekonomis, religi-ideologis dan kultur budaya²¹

G. Aspek-aspek Yang Mendukung Perkembangan Hukum.

Dalam perkembangan sejarah hukum terdapat hal-hal yang mendukung bagaimana hukum dapat berlaku berlaku dengan pada suatu wilayah atau negara Yaitu, diantaranya :²²

- a. disiplin aliran sejarah hukum (*historical jurisprudence*) von Savigny. Hukum adalah “*volkgeist*” atau jiwa bangsa
- b. disiplin aliran kegunaan hukum (*utilitesme hukum*) negara-negara *Anglo Saxon*, yang mengukur baik buruknya hukum dilihat dari segi kemanfaatan terhadap masyarakat.
- c. disiplin aliran sejarah matrialis (*materialisme hostorishe*) *Karl Marx* dan *Engels*. Yang mengukur hukum bukan dari pemikiran abstrak manusia dan Tuhan tetapi dari sisi kebendaan semata.
- d. disiplin aliran sosiologis, yang menelaah keefektifan hukum dengan kenyataan masyarakat.
- e. disiplin aliran antropologis dan budaya, yang menelaah hukum dari sisi sejarah peradaban manusia

²¹ Op.Cit. John Gilissen, Frits Gorle, Hlm 91

²² *Ibid.*

H. Perjalanan Sejarah Hukum Dalam Referensi Ilmu Hukum.²³

Tabel 1. 1 Sejarah Hukum dalam referensi Ilmu Hukum

Sumber Hukum	Nama Subyek	Tahun	Era Peradaban
Kitab Hukum Pertama		4240SM	Hukum Mesir
	Raja Menes	3400SM	Hukum Mesir
Code Sumeria	Nabi Ibrahim	3500SM	Babilonia
Code Sumeria	Minos	3200SM	Babilonia
Code Sumeria	Hamurabi	2000SM	Babilonia
	Manu	3000SM	Hukum Hindu
		2300SM	Hukum China
	Nabi Musa	1300SM	Hukum Yahudi
	Homer	1200SM	Hukum Yunani
Twelve Tables	Kaisar	450SM	Hukum Romawi
	Nabi Isa	400M	Hukum Gereja
	Nabi Muhammad SAW	600M	Hukum Islam
	Normandia	1166M	Hukum Anglo Saxon

²³ Ibid.

I. Pengembangan Kaidah-Kaidah Hukum.²⁴

Perkembangan sejarah hukum dalam praktiknya telah melahirkan dan atau membentuk kaidah-kaidah hukum. Yaitu, diantaranya :

- a. Tuhan dan rasul yang melahirkan kaidah-kaidah hukum agama bagi yang percaya kepada agama.
- b. Orang-orang bijak dalam sejarah yang melahirkan berbagai hukum adat dan hukum kebiasaan, tetapi tidak pernah namanya oleh sejarah.
- c. Para pengomando pembuatan berbagai undang-undang atau kodifikasi, seperti Raja Hammurabi (dari kerajaan Babilonia) yang melahirkan Undang-Undang Hammurabi, atau Napoleon (dari Perancis) yang melahirkan berbagai kodifikasi yang disebut *Code Napoleon*.
- d. Para pembuat undang-undang dan peraturan yang berlaku sehari-hari umumnya mewakili lembaga tertentu (seperti parlemen atau pemerintahan) yang umumnya namanya tidak dicatat oleh sejarah.
- e. Para individual yang mengembangkan ide dan konsep yang melahirkan konstitusi atau undang-undang. Misalnya, ide-ide dari Sukarno, Hatta, dan para *founding fathers* lainnya dalam merumuskan UUD 1945.
- f. Para hakim yang melahirkan hukum yurisprudensi, yang pada umumnya tidak kenal dalam sejarah hukum di negara-negara Eropa Kontinental, meskipun seringkali dikenal dalam sejarah hukum *Anglo Saxon*.
- g. Para individu ahli hukum atau ahli filsafat hukum, yang melahirkan berbagai pemikiran tentang hukum atau filsafat hukum (doktrin) yang sering kali dipakai sebagai acuan hukum.

²⁴ Op.Cit. Munir Fuady. Hlm 4

- h. Para ahli pikir atau masyarakat dengan ide-idenya di bidang politik, ekonomi, sosial, dan budaya yang seringkali melahirkan sesuatu konsep-konsep yang kemudian diakomodasikan oleh pembentuk hukum itu sendiri untuk dituangkan ke dalam berbagai bentuk peraturan tertulis.

Manusia adalah makhluk sosial atau zoon politicoon kata aristoteles. Sebagai makhluk sosial selalu ingin hidup berkelompok, hidup bermasyarakat. Keinginan itu didorong oleh kebutuhan biologis yaitu :

- a. Hasrat untuk memenuhi makan dan minum atau untuk memenuhi kebutuhan ekonomi.
- b. Hasrat untuk membela diri,
- c. Hasrat untuk mengadakan keturunan.

Dalam kehidupan bermasyarakat tersebut manusia mempunyai tujuan untuk memenuhi kebutuhan. Untuk itu diperlukan hubungan atau kontak antara anggota masyarakat dalam rangka mencapai tujuannya dan untuk melindungi kepentingannya. Pembagian kaidah sebagai tatanan aturan yang mengatur tingkah laku manusia adalah sebagai berikut ²⁵

- a. Kaidah Sosial.
 - 1) Kaidah Susila
 - 2) Kaidah Kesopanan.
 - 3) Kaidah Agama dan Kepercayaan.
 - 4) Kaidah Hukum.
- b. Penggolongan Kaidah.
- c. Hubungan Kaidah Hukum dengan Kaidah Lain.
- d. Persamaan Kaidah Hukum dengan Kaidah lain.

²⁵ Op.Cit. R. Soeroso. Hlm 216

BAB II

PERKEMBANGAN MAZHAB-MAZHAB HUKUM

A. Perkembangan Mazhab Hukum Eropa Kontinental.

Mazhab Hukum Eropa Kontinental adalah suatu sistem hukum yang berkembang di negara-negara yang berada di benua Eropa daratan setelah runtuhnya kekaisaran Romawi yang diikuti dengan berkembangnya rasionalisas (otonomi logika) masyarakat Eropa pada saat itu, yang didasarkan atas hukum Romawi yang disebut dengan *Civil Law*.²⁶ Kenapa disebut *Civil Law*, karena pada mulanya Hukum Romawi pada mulanya bersumber pada sebuah karya agung Kaisar Iustinianus yaitu :*Corpus Iuris Civilis*.²⁷ Namun demikian warisan hukum Romawi tetap dipertahankan pada abad ke 15 dengan kumpulkannya hukum-hukum Romawi di tempat ke dalam suatu kodifikasi hukum yang disebut dengan *CORPUS JURIS CIVILIS / CODEX JUSTIANUS ROMAWI* atau yang disebut dengan *ROMAN CIVIL CODE*. Dilanjutkan pada abad ke 18 (1805) pada saat terjadi Revolusi Perancis dengan dibentuk suatu kodifikasi hukum yang disebut dengan *CODE*

²⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*. (Jakarta : Kencana Prenada Media Group, 2011). Hlm 223

²⁷ Ibid

CIVIL DES FRANCAIS/CIVIL CODE NAPOLEON dan B.W (BURGELIJK WETBOOK). Penerapan sistem hukum tersebut di Perancis dianggap berhasil di Eropa dan pada akhirnya diikuti oleh beberapa negara di Eropa daratan diantaranya Jerman dan Belanda. Yang pada akhirnya pada saat Belanda menjajah Indonesia sistem hukum tersebut dibawa dan diterapkan di Indonesia.²⁸

Dalam sistem hukum yang disebut mazhab continental, hukum ditanggapi sebagai terjalin dengan prinsip-prinsip keadilan: hukum adalah undang-undang yang adil. Pengertian hukum ini serasi dengan ajaran filsafat tradisional, di mana pengertian hukum yang hakiki berkaitan dengan arti hukum sebagai keadilan. Hukum ialah ius atau recht. Bila suatu hukum yang konkrit, yakni undang-undang bertentangan dengan prinsip-prinsip keadilan, maka hukum itu sudah tidak bersifat normatif lagi, dan sebenarnya tidak dapat disebut hukum lagi. Undang-Undang hanya hukum bila adil. Dengan kata teknis: adil merupakan unsur konstitutif segala pengertian tentang hukum.²⁹ dengan ROMAN CIVIL CODE.

Dilanjutkan pada abad ke 18 (1805) pada saat terjadi Revolusi Perancis dengan dibentuk suatu kodifikasi hukum yang disebut dengan CODE CIVIL DES FRANCAIS/CIVIL CODE NAPOLEON dan B.W (BURGELIJK WETBOOK). Penerapan sistem hukum tersebut di Perancis dianggap berhasil di Eropa dan pada akhirnya diikuti oleh beberapa negara di Eropa daratan diantaranya Jerman dan Belanda. Yang pada akhirnya pada saat Belanda menjajah Indonesia sistem hukum tersebut dibawa dan diterapkan di Indonesia. Dalam sistem hukum yang disebut mazhab continental, hukum ditanggapi sebagai

²⁸ C.S.T. Kansil, Et.Al. *Pengantar Ilmu Hukum*, (Bandung: Alumni, 2005). Hlm....

²⁹ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*. (Jogjakarta: Pustaka Kanisius, 1995). Hlm 71

terjalin dengan prinsip-prinsip keadilan: hukum adalah undang-undang yang adil. Pengertian hukum ini serasi dengan ajaran filsafat tradisional, di mana pengertian hukum yang hakiki berkaitan dengan arti hukum sebagai keadilan. Hukum ialah *ius* atau *recht*. Bila suatu hukum yang konkrit, yakni undang-undang bertentangan dengan prinsip-prinsip keadilan, maka hukum itu sudah tidak bersifat normatif lagi, dan sebenarnya tidak dapat disebut hukum lagi. Undang-undang hanya hukum bila adil. Dengan kata teknis : adil merupakan unsur konstitutif segala pengertian tentang hukum.

Hukum Romawi yang merupakan sumber dari sistem *civil law* telah menempuh sejarah yang panjang untuk sampai kepada tingkat perkembangan yang tinggi. Semua itu bermula dari penemuan *Corpus Iuris Civilis*. Kodifikasi itu merupakan puncak pemikiran hukum Romawi yang sudah ratusan tahun. Sebenarnya kodifikasi tersebut merupakan suatu kompilasi kasus-kasus yang diselesaikan di Romawi bagian barat. *Corpus Iuris Civilis* tidak diundangkan di kekaisaran Romawi Barat. Orang-orang Romawi dengan kejeniusannya dalam membangun institusi dan akal sehatnya yang praktis dapat menghasilkan penyelesaian yang memuaskan atas masalah-masalah hukum yang dihadapkan kepada mereka. Penyelesaian itu diselesaikan dengan merujuk kepada hukum yang diberlakukan oleh kekaisaran itu. Hukum tersebut merupakan pencerminan perkembangan politik, ekonomi, dan kehidupan sosial yang tinggi sehingga dapat memenuhi kebutuhan masyarakat yang maju secara ekonomi dan budaya.³⁰ Prinsip utama yang menjadi dasar sistem hukum Eropa Kontinental ialah hukum memperoleh kekuatan mengikat, karena diwujudkan dalam peraturan-peraturan

³⁰ Op.Cit. Peter Mahmud Marzuki Hlm 224

yang berbentuk perundang-undangan dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi atau kompilasi tertentu. Prinsip dasar ini dianut mengingat bahwa nilai utama yang merupakan tujuan hukum adalah kepastian hukum. Kepastian hukum hanya dapat diwujudkan kalau tindakan-tindakan hukum manusia dalam pergaulan hidup diatur dengan peraturan-peraturan hukum yang tertulis. Dengan tujuan hukum itu dan berdasarkan sistem hukum yang dianut, hakim tidak dapat leluasa menciptakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat umum. Hakim hanya berfungsi menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan yang ada dalam batas-batas wewenangnya. Putusan seorang hakim dalam suatu perkara hanya mengikat para pihak yang berperkara saja (*doktrins Res Judicata*).³¹

Ciri-ciri secara umum mazhab hukum Eropa Kontinental :

- a. Hukum secara khusus senantiasa dirumuskan dalam bentuk undang-undang dan dibuat oleh pembuat undang-undang untuk mengatur ketertiban umum dan masyarakat. Di luar itu tidak lagi hukum yang dapat dijadikan hukum.
- b. Hukum secara khusus selalu tersusun dalam satu buku undang-undang (kodifikasi) untuk menjamin adanya kepastian hukum.
- c. Para aparaturnya penegak hukum dimulai proses penyelidikan ataupun penyidikan (kepolisian), penuntutan (kejaksaan), peradilan (hakim) termasuk pembelaan (advokat) adalah corong dari undang-undang dalam rangka menciptakan keadilan hukum (*legal justice*).

³¹ R. Abdoel Djamali. *Pengantar Hukum Indonesia*. Edisi Revisi. (Jakarta : Rajawali Press, 1993). Hlm 69

B. Perkembangan Mazhab Hukum Anglo Saxon/American

Mazhab Hukum Anglo Saxon/American adalah suatu sistem hukum yang berkembang di wilayah Britania Raya yang juga saat itu terjadi setelah runtuhnya kekaisaran Romawi yang diikuti dengan berkembangnya rasionalitas (otonomi logika) masyarakat Eropa pada saat itu. Hukum *Anglo Saxon / American* adalah hukum yang pada awalnya berkembang di wilayah *Anglican* dan *Saxona* yang tatan hukum lebih didasarkan kebiasaan-kebiasaan masyarakatnya deipeliharaan secara turun temurun yang akhirnya di jadikan hukum yang berlaku wilayah Britania Raya. Inggris pada masa kolonial memiliki wilayah jajahan yang sangat luas terutama di wilayah Amerika dan Asia. Karena itu hukum *Anglo Saxon / American* dibawa dan diberlakukan oleh Inggris di negara-negara jajahannya yang saat ini tergabung dalam negara-negara persemakmuran (*commonwealth*).³² Hukum *Anglo Saxon* adalah hukum yang dikembangkan di Inggris yang didasarkan atas hukum asli rakyat Inggris yang disebut *Common Law*. *Common Law* dianut oleh suku-suku Anglika dan Saksa yang mendiami sebagian besar Inggris sehingga disebut juga dengan *Anglo-Saxon*. Suku Scott yang mendiami Skotlandia tidak menganut sistem hukum itu. Meskipun berada di tanah Inggris mereka menganut sistem civil law.³³

Sistem hukum Anglo-saxon mengutamakan “*the rule of law*”. “*The rule of law*” harus ditaati, bahkan juga bila tidak adil. Sikap ini serasi dengan ajaran aliran-aliran filsafat empiris. Menurut filsafat itu hukum, entah tertulis atau tidak tertulis, adalah peraturan-peraturan yang diciptakan oleh suatu bangsa selama sejarahnya, dan yang telah bermuara pada

³² Op.Cit. C.S.T. Kansil.

³³ Op.Cit. Peter Mahmud Marzuki.

suatu perundang-undangan tertentu dan suatu praktik pengadilan tertentu. Hukum adalah undang-undang (*lex/wet*). Adil tidak merupakan unsur konstitutif pengertian hukum.³⁴ Bahwa adil tidak termasuk pengertian hakiki suatu tata hukum tidak berarti suatu bentuk tata hukum dapat dibentuk begitu saja. Memang jelas bahwa suatu tata hukum harus dibentuk dengan tujuan keadilan. Oleh sebab itu diterima juga, bahwa pembentukan suatu tata hukum berpedoman pada prinsip-prinsip umum tertentu, yakni prinsip-prinsip yang menyangkut kepentingan suatu bangsa. Prinsip-prinsip yang digunakan untuk mencapai tujuan tersebut diambil dari keyakinan-keyakinan yang hidup dalam masyarakat tentang suatu kehidupan yang adil dan baik.³⁵

Pokok-pokok pendekatan kaum realisme Amerika menurut Karl Lewellyn yang dikutip oleh R.W.M. Dias dalam bukunya "*Jurisprudence*", adalah sebagai berikut:³⁶

- a. Hendaknya konsep harus menyinggung hukum yang berubah-ubah dan hukum yang diciptakan oleh pengadilan.
- b. Hukum adalah alat-alat untuk mencapai tujuan-tujuan sosial.
- c. Masyarakat berubah lebih cepat dari hukum dan oleh karenanya selalu ada kebutuhan untuk menyelidiki bagaimana hukum itu menghadapi problem-problem sosial yang ada.
- d. Guna keperluan studi, untuk sementara harus ada pemisahan antara *is* dan *ought*.

³⁴ Op.Cit. Theo Huijbers. Hlm 68

³⁵ Ibid. Theo Huijbers. Hlm 69

³⁶ Darji Darmodihardjo dan Sidharta. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum. Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2006). Hlm 136

- e. Tidak mempercayai anggapan bahwa peraturan-peraturan dan konsep-konsep hukum itu sudah mencukupi untuk menunjukan apa yang harus dilakukan oleh pengadilan. Hal seperti ini selalu merupakan masalah utama dalam pendekatan mereka terhadap hukum.
- f. Sehubungan dengan butir di atas, mereka juga menolak teori tradisionil bahwa peraturan hukum itu merupakan faktor utama dalam mengambil keputusan.
- g. Mempelajari hukum hendaknya dalam lingkup yang lebih sempit, sehingga nyata. Peraturan-peraturan hukum itu meliputi situasi-situasi yang banyak dan berlain-lainan, oleh karena itu ia bersifat umum, tidak konkret, dan tidak nyata.
- h. Hendaknya hukum itu dinilai dari efektivitasnya dan kemanfaatannya untuk menemukan efek-efek tersebut.

Sumber hukum dalam sistem Anglo Amerika adalah putusan-putusan hakim/pengadilan. Melalui putusan-putusan hakim yang mewujudkan kepastian hukum, prinsip-prinsip dan kaidah-kaidah hukum dibentuk dan menjadi kaidah yang mengikat secara umum. Di samping putusan-putusan hakim, kebiasaan-kebiasaan dari pada peraturan-peraturan yang tertulis undang-undang dan peraturan administrasi negara juga diakui, walaupun banyak landasan bagi terbentuknya kebiasaan dan peraturan tertulis itu berasal dari putusan-putusan dalam pengadilan. Sistem hukum Anglo Amerika menganut suatu doktrin yang dikenal dengan nama *"the doctrine of precedent/State Decisis"*. Pada hakikatnya doktrin ini menyatakan bahwa dalam memutus suatu perkara, seorang hakim harus mendasarkan putusannya pada prinsip hukum yang sudah ada dalam putusan hakim lain dari perkara

yang sejenis sebelumnya (preseden). Dalam hal ini tidak ada putusan hakim lain dari perkara atau putusan hakim yang telah ada sebelumnya.³⁷

Ciri-ciri secara umum mazhab hukum Eropa Kontinental :

- a. Hukum tidak secara khusus senantiasa dirumuskan dalam bentuk undang-undang dan dibuat oleh pembuat undang-undang untuk mengatur jalanya ketertiban umum dan masyarakat. Karena di luar hukum terdapat ketentuan-ketentuan lain yang dapat dijadikan hukum.
- b. Hukum tidak selalu secara khusus dibuat tersusun dalam satu buku undang-undang (kodifikasi) untuk menjamin adanya kepastian hukum, karena di luar itu terdapat ketentuan lain yang dapat dijadikan sumber hukum dalam penegakan hukum.
- c. Para aparaturnya dimulai proses penyelidikan ataupun penyidikan (kepolisian), penuntutan (kejaksaan), peradilan (hakim) termasuk pembelaan (advokat) adalah bukan corong dari undang-undang dalam rangka menciptakan keadilan hukum (*legal justice*), karena tujuan hukum bukan hanya keadilan hukum (*legal justice*) tetapi juga keadilan masyarakat (*social justice*).

C. Perkembangan Hukum yang Tidak Bermazhab.

Sistem yang tidak bermazhab adalah suatu sistem hukum yang berkembang di beberapa wilayah Eropa yang tidak berafiliasi kepada salah satu mazhab hukum baik itu Eropa Kontinental ataupun *Anglo Saxon/American* melainkan hukum dibentuk atas dasar kearifan-kearifan lokal yang ada pada masyarakat tersebut. Hal ini dapat dilihat pada sistem

³⁷ Op.Cit. R. Abdul Djamali. Hlm 71

hukum yang berkembang di beberapa negara skandinavia. Misalnya : Swedia, Norwegia, Finlandia, Swizerland, dll. Jika dihubungkan dengan teori-teori hukum dalam perkembangan hukum negara-negara Skandinavia dapat dihubungkan dengan aliran realisme hukum.³⁸ Negara-negara Skandinavia adalah negara-negara yang berada di wilayah utara bumi hampir menuju ke arah kutub utara. Tentunya sebagai suatu wilayah yang sangat ekstrim cuacanya ditambah dengan keadaan alam yang sangat asing dengan wilayah yang ada di Eropa dan Asia pada umumnya. Atas dasar itulah para ahli hukum di negara-negara skandinavia dalam praktik-praktiknya tidak berkilat ke mazhab hukum Eropa Kontinental dengan *Civil Law*-nya, ataupun berkilat ke mazhab *Anglo Saxon/American*, akan tetapi hukum diterapkan atas kaidah-kaidah hukum yang sesuai dengan kearifan-kearifan wilayah negaranya masing-masing (*Local Wisdom*).

Amerika sebagai bekas jajahan Inggris mengembangkan sistem hukum yang berbeda dari yang berlaku di Inggris masih dalam kerangka sistem *Common Law*. Di lain pihak perkembangan politik, ekonomi dan teknologi yang terjadi di Amerika lebih pesat dari pada yang terjadi di Inggris. Perkembangan demikian menyebabkan terjadinya transaksi dengan negara-negara lain. Hal ini berimplikasi pada banyaknya hukum Amerika Serikat yang dijadikan acuan atau landasan transaksi yang bersifat internasional. Oleh karena itu, sistem *common law* pada saat ini lazim disebut sebagai sistem *Anglo-American*.³⁹

³⁸ Op.Cit. Darji Darmodihardjo dan Sidarta. Hlm 143.

³⁹ Op.Cit. Peter Mahmud Marzuki. Hlm 224

D. Pengaruh Mazhab-mazhab Hukum Terhadap Sistem Hukum Yang Dianut di Indonesia.

Pembicaraan mengenai tata hukum Indonesia akan berkaitan dengan aturan-aturan hukum yang pernah berlaku dan tetap menjadi hukum, dan aturan yang berlaku sebagai hukum positif. Untuk mengerti dan memahami kedua turan hukum ini dapat dilakukan dengan melihat kembali sejarah dengan sumber-sumber tata hukumnya. Karena itu sebagai mana diuraikan di atas mazhab-mazhab hukum dalam perkembangannya terdapat dua mazhab yaitu Mazhab Anglo – Saxon dan *Eropa Kontinental*, walaupun dalam praktiknya terdapat beberapa sistem hukum dalam suatu negara yang tidak bermazhab akan tetapi mengembangkan hukum sendiri sesuai dengan kearifan-kearifan lokal di negaranya.

Suatu perbandingan antara dua kecenderungan dalam pemikiran hukum, metode dan praktik yang dengan cara yang sangat umum dilukiskan sebagai ilmu hukum *Anglo-Saxon* dan *Eropa Kontinental* jelas sangat penting. Teori hukum tidak dapat mencapai tujuannya yang pokok, bayangannya sendiri, tanpa timbul di luar batas-batas yang berat sebelah dari pendidikan hukum : jika praktisi menghadapi pertentangan dalam undang-undang, ia harus harus membandingkan pengertian mengenai hukum dan lembaga-lembaga hukum dari bangsa-bangsa yang berbeda, suatu sistem hukum internasional yang dapat dipakai, harus menggabungkan metode-metode dan pandangan sistem-sistem hukum nasional yang berbeda. Krisis dan perjuangan dunia saat ini memaksa kita mengambil cadangan atas bantuan atau kekaburan di mana sistem-sistem hukum yang berbeda-beda dapat menciptakan kerjasama internasional. Sebaliknya hubungan budaya, ekonomi, militer dan politik yang lebih erat

diantara demokrasi-demokrasi barat menciptakan pengertian timbale balik yang lebih baik dari lembaga hukum dan pola-pola berpikir merupakan suatu persoalan akan arti penting praktis.⁴⁰

Antara hukum Inggris dan Hukum Amerika terdapat banyak perbedaan hukum yang bersifat fundamental. Dengan demikian maka ada perbedaan-perbedaan antara sistem-sistem Eropa yang penting. Walaupun demikian, ada kemungkinan mempertentangkan dalam arti kata yang luas, Hukum Eropa dengan hukum *Anglo Saxon/America*. Perkembangan historis menekankan pada perbedaan luar. Hukum Inggris, karena keadaan-keadaan geografis dan perkembangan politis serta sosial yang terus-menerus, dengan pesat perkembangan menurut garis besarnya sendiri, dan pada waktunya menjadi dasar perkembangan hukum Amerika. Walaupun hukum Amerika bertambah bebas dalam sistem hukum aktualnya seperti halnya dalam pendekatan pada masalah hukum, dasar yang sama dari dua sistem itu, yakni hukum kebiasaan Inggris dan teori hukum yang dibangun atas sistem lama, masih tetap merupakan suatu kesatuan yang fundamental.⁴¹ Pertentangan-pertentangan ini juga mempengaruhi sistem hukum yang berkembang di Indonesia.

Sistem hukum Indonesia sangat dipengaruhi dengan aliran *Rechtsvinding*. Ini berarti bahwa hakim dalam memutuskan perkara berpegang pada undang-undang dan hukum lainnya yang berlaku di dalam masyarakat secara *gebonden vrijheid* dan *vrije gebondenheid*. Tindakan hakim tersebut dilindungi oleh hukum dan misalnya berdasarkan

⁴⁰ W. Friedmann. *Teori dan Filsafat Hukum. Hukum dan Masalah-masalah Kontemporer*. (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1994). Hlm 161.

⁴¹ Ibid.

kepada : (a) Pasal 20 AB, yang mengatakan bahwa hakim harus mengadili berdasarkan undang-undang. (b) Pasal 22 AB, yang mengatakan bahwa hakim tidak boleh menolak mengadili perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak lengkapnya, tidak jelasnya undang-undang. Apabila penolakan terjadi maka hakim dapat dituntut berdasarkan *rechtsweigerig*. Apabila ada perkara hakim melakukan tindakan-tindakan sebagai berikut :

- a. Dia menempatkan dalam proporsi yang sebenarnya.
- b. Kemudian ia melihat pada undang-undang.
 - 1) Apabila undang-undang menyebutkannya maka perkara diadili menurut undang-undang.
 - 2) Apabila undang-undang kurang jelas, ia mengadakan penafsiran.
 - 3) Apabila ada ruangan-ruangan kosong, hakim mengadakan kontruksi hukum, *rechtsverfijning* atau *argumentum a contrario*.
- c. Di samping itu hakim melihat jurisprudensi dan dalil-dalil hukum agama, adat dan sebagainya yang berlaku di dalam masyarakat.

E. Sistem Hukum Romawi-Jerman (Civil Law System).

Sistem hukum Romawi-Jerman adalah sistem yang dipakai di Indonesia. Di Indonesia, ia lebih dikenal dengan *Civil Law System*, yang terjemahan harfiahnya menjadi sistem hukum sipil. Dalam buku ini dipakai Sistem Hukum Romawi-Jerman, oleh karena nama ini mencerminkan substansi dan sejarah yang tersimpan di dalam sistem tersebut (David and Briceyly :1978). Disebabkan oleh proses penyebarannya, maka sistem tersebut tidak hanya dijumpai di Eropa Benua, melainkan di banyak negara di dunia ini, sehingga negara-negara tersebut bisa dimasukan ke dalam keluarga hukum

Romawi-Jerman. Sistem hukum ini tidak bisa dilepaskan dari hukum Romawi kuno sebagai modalnya. Tetapi kita juga tidak dapat mengatakan, bahwa sistem hukum Romawi-Jerman yang kita kenal sekarang ini adalah sepenuhnya mencerminkan ciri Romawinya. Sistem hukum ini mulai muncul pada abad ke 13 (tiga belas) dan sejak saat itu banyak sekali mengalami perkembangan, perubahan, atau singkat kata menjalani suatu evolusi. Selama evolusi ini ia mengalami penyempurnaan, yaitu menyesuaikan kepada tuntutan dan kebutuhan masyarakat yang berubah. Oleh karena itulah kita tidak dapat menyamakan begitu saja sistem hukum Romawi-Jerman ini dengan hukum Romawi, sekalipun ia memang merupakan kelanjutan hukum tersebut. Dalam evolusinya itu hukum Romawi-Jerman kemudian banyak dimasuki oleh unsur yang datang dari luar hukum Romawi.⁴²

Hukum Romawi-Jerman dibentuk di Eropa benua dan muncul pada abad ke 13 (tiga belas). Kita mengetahui, bahwa abad 14 (empat belas) hingga 17 (tujuh belas) disebut dengan sebagai Masa Kebangunan Kembali atau Renaissance. Pada kurun sejarah itu orang dibangkitkan kegairahannya untuk mempelajari kembali kebudayaan kuno, kebudayaan Yunani dan Romawi. Abad 12 (kedua belas) dan 13 (tiga belas) merupakan masa-masa pengembangan sistem hukum Romawi-Jerman. Pada masa-masa ini tentu kita belum dapat berbicara mengenai kehadiran sistem hukum tersebut sebagai suatu bangunan yang penuh dan lengkap. Kebangunan pengkajian hukum Romawi juga terjadi di dalam lingkungan universitas. Bahan dasar untuk pengajaran hukum terdiri dari hukum Romawi dan hukum Gereja (*Canon Law*). Di sini dialami juga suatu evolusi. Para glossator berupaya

⁴² Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. (Bandung : Citra Aditya Bhakti, 2014). Hlm 246

memberikan makna kepada *Codex Justinianus*, yaitu kumpulan aturan yang dihimpun pada masa kaisar Justinianus. Kemudian datang giliran para *post glossator* pada abad 14 (empat belas). Mereka ini melakukan suatu gerakan penjernihan terhadap hukum Romawi dan banyak membuang hak-hak yang mereka anggap tidak pada tempatnya lagi. Dengan demikian mereka telah menempatkan hukum Romawi ke dalam konteks perkembangan masyarakat pada masa itu. Dilihat dari hukum Romawi itu sendiri, maka gerakan itu telah merusak hukum tersebut. Oleh para *post-glossator* hukum Romawi dipakai untuk menghadapi perkembangan masyarakat yang baru sama sekali. Cara mereka menyajikan karyanya adalah sistematis dan ini sangat berbeda dengan hukum aslinya yang kasuistik.⁴³

Di dalam praktik-praktik ilmu hukum, sistem Romawi-Jerman berhubungan dengan aliran *legisme* hukum. Di mana setelah adanya kodifikasi di negara Perancis yang menganggap bahwa *code civil* Perancis sudah sempurna, lengkap serta dapat menampung seluruh masalah hukum, maka timbullah aliran *lagisme* (*wettelyk positifisme*). Aliran ini berpendapat bahwa satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang dan bahwa di luar undang-undang tidak ada hukum. Di sini (aliran *legisme* hukum) hakim hanya merupakan *subsumtie authomat* dan pemutus perkara hanya didasarkan pada undang-undang saja. Karena aliran tersebut dianggap suatu usaha yang baik sekali dengan menghasilkan kesatuan dan kepastian hukum, maka banyak negeri yang mengikuti jejak Perancis seperti Belanda, Belgia, Swiss. Dengan tokoh-tokohnya yaitu : Friederich (Jerman) dan van Swinderen (Belanda).⁴⁴

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Op.Cit. R. Soeroso. Hlm 255

F. Sistem Hukum Inggris (*Common Law System*).

Setelah kita membaca uraian tentang hukum Romawi-Jerman atau *civil law system*, maka perbedaan yang sangat menonjol dengan *common law system* adalah sistem hukum terakhir ini tidak dikembangkan dalam universitasn atau melalui penulisan doktrinal, melainkan oleh praktisi dan proseduralis. Keadaan ini menjelaskan mengapa sistemnya tidak mulai dari prinsip-prinsip hukum melainkan langsung mengenai kaidah-kaidah untuk kasus-kasus konkrit. Pengadilan, khususnya pengadilan kerajaan, memegang saham yang sangat besar dalam sistem hukum Inggris ini. Struktur yang demikian ini sangat berbeda dengan sistem hukum Romawi-Jerman yang memberikan peranan besar kepada pembuat undang-undang dan perundang-undangan. Kaidah-kaidah yang dihasilkan hanya memberikan kerangka dan pedoman bagi pengambilan keputusan saja, sedang *pada common law* kaidah itu tertuju secara konkrit kepada penyelesaian suatu kasus tertentu. Keluarga *common law* ini, dengan beberapa kekecualian, meliputi negara-negara yang berbahasa Inggris.⁴⁵

Kalau sistem hukum Romawi-Jerman mengakibatkan lahirnya legisme hukum, sedangkan sistem hukum Inggris mengakibatkan *freie Rechtslehre*. Aliran ini bertolak belakang dari legisme hukum. Lahirnya *Freie Rechtslehre* (1840 M) justru karena melihat kekurangan-kekurangannya aliran legisme hukum yang ternyata tidak dapat memenuhi kebutuhan dan tidak dapat mengatasi persoalan-persoalan baru. Aliran *Freie Rechtslehre* merupakan aliran bebas yang hukumnya tidak dibuat oleh badan legislatif, dan menyatakan bahwa hukum terdapat di luar undang-undang. Berbeda dengan aliran

⁴⁵ *Ibid*

legisme di mana hukum terikat sekali pada undang-undang, maka hakim dalam *Freie Rechtslehre* bebas menentukan /menciptakan hukum, dengan melaksanakan undang-undang atau tidak.⁴⁶ Pemahaman yurisprudensi adalah primer, sedangkan penguasaan undang-undang adalah sekunder.

Di samping itu :⁴⁷

- a. Hakim benar-benar menciptakan hukum (*judge made law*), karena keputusannya didasarkan pada keyakinan hakim.
- b. Keputusan hakim lebih dinamis dan uptodate karena senantiasa mengikuti keadaan perkembangan di dalam masyarakat.
- c. Hukum hanya berbentuk oleh Pengadilan (*rechts-praak*).
- d. Bagi hakim undang-undang, kebiasaan dan sebagainya hanya merupakan sarana saja dalam membentuk/ menciptakan atau menemukan hukum pada kasus-kasus yang konkret.
- e. Pandangan *Freie Rechtslehre* bertitik tolak pada kegunaan soaial (*sociale doelmatigeheid*).

⁴⁶ Op.Cit. R. Soeroso. Hlm 88

⁴⁷ *Ibid.*

BAB III

HUBUNGAN MAZHAB HUKUM DENGAN KONSEP/TEORI HUKUM DAN TEORI HUKUM DENGAN SISTEM HUKUM

A. Hubungan antara Mazhab Hukum Eropah Kontinental dengan Konsep Hukum *Civil Law*.

Salah satu ciri yang paling penting dalam mazhab hukum Eropah Kontinental adalah konsep *legisme hukum*. *Legisme hukum* adalah suatu konsep hukum yang mendasarkan bahwa hukum itu identik dengan undang-undang yang dibuat oleh pembuat undang-undang dalam rangka untuk memberikan jaminan kepastian hukum agar tercipta ketertiban masyarakat, di luar undang-undang tidak ada hukum lain. Konsep hukum *civil law* adalah suatu konsep hukum yang sangat konsern terhadap perlindungan hak-hak dasar seseorang atau masyarakat. Karena itu kepastian hukum yang merupakan bagian yang sangat penting dalam mazhab hukum Eropa Kontinental diharapkan mampu menjamin terlindunginya hak-hak dasar yang dimiliki oleh seseorang atau masyarakat.⁴⁸

⁴⁸ Op.Cit. Theo Huijbers. Hlm 72

Lahirnya konsep negara hukum (*Rechtsstaats*) dari Immanuel Kant, John Locke dan J. Stahl ini adalah merupakan pengaruh kuat dari konsep civil law dengan sistem legisme hukumnya.

Mazhab hukum Eropa Kontinental dan konsep hukum civil law memiliki hubungan yang sangat erat mengingat perkembangan konsep hukum civil law berawal di benua Eropa dan beberapa negara lainnya. Konsep hukum civil law dalam praktik negara-negara bersifat normatif, artinya bahwa hukum itu terdiri dari norma-norma hukum tertulis. Adalah salah satu mengkarakteristikan sociological jurisprudence sebagai suatu disiplin yang empiris dan deskriptif berlawanan dengan normatif jurisprudence sebagai suatu yang preskriptif atau tidak empiris. Konotasi terma empiris terkait dengan pertentangan pengalaman dan metafisik. Suatu deskriptif yang analitis dari hukum positif sebagai sistem norma yang valid tidak kurang empirisnya dibanding dengan ilmu alam yang terbatas pada material yang diberikan oleh alam. Suatu teori hukum kehilangan karakter empirisnya dan menjadi metafisik hanya jika pembahasannya melampaui hukum positif dan membuat pernyataan tentang sesuatu yang dianggap sebagai hukum alam. Normative jurisprudence mendeskripsikan objek tertentu yaitu norma, bukan pola perbuatan nyata. Pernyataan ilmu hukum, seperti ilmu alam adalah pernyataan hipotesis umum. Perbedaannya terletak pada konsekuensi yang terkait dengan konsiderasi, bukan sebab akibat.⁴⁹

⁴⁹ Jimly Asshiddiqie, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*. (Jakarta : Konstitusi Press, 2012). Hlm 132

B. Hubungan antara mazhab Hukum Anglo Saxon/America dengan Konsep Hukum *Commons Law*.

Salah satu ciri yang paling penting dalam mazhab hukum *Anglo Saxon/American* adalah konsep realisme hukum. Realisme hukum adalah suatu konsep hukum yang tidak mendasarkan sumber hukum itu hanya undang-undang yang dibuat oleh pembuat undang-undang dalam rangka mengatur ketertiban masyarakat. Di luar undang-undang terdapat sumber-sumber hukum lain yang dapat dijadikan dasar penerapan suatu sistem hukum. Konsep hukum *commons law* adalah suatu konsep hukum yang sangat konsern terhadap terciptanya rasa keadilan masyarakat. Hak-hak dasar seseorang tentunya sangat penting akan tetapi juga terdapat hal yang lebih penting yaitu kepentingan masyarakat umum.⁵⁰ Lahirnya konsep negara hukum (*Rule of Law*) dari A.V. Decey, Oliver Wendell Holmes dan John Dewey ini adalah merupakan pengaruh kuat dari konsep *commons law* dengan sistem realisme hukumnya.

Mazhab hukum Anglo Saxon dan konsep hukum memiliki hubungan yang sangat erat mengingat perkembangan konsep hukum *common law* berawal di wilayah Kerajaan Inggris dan beberapa negara lainnya. Konsep hukum *common law* dalam praktik negara-negara bersifat realisme empiris, artinya bahwa hukum itu tidak hanya terdiri dari norma-norma hukum tertulis, akan tetapi terdapat pertimbangan-pertimbangan lain dalam menerapkan hukum. Di mana pada awal abad ini muncul tuntutan adanya teori hukum lain yang mendeskripsikan apa yang nyatanya dilakukan orang dan apa yang seharusnya dilakukan orang, sebagai suatu fenomena

⁵⁰ Ibid. Theo Huijbe

alam fisik. Melalui observasi kehidupan sosial yang nyata seseorang dapat menentukan suatu sistem aturan yang menggambarkan perbuatan nyata manusia sebagai fenomena dari hukum. Aturan-aturan ini sejenis dengan *law of nature* dalam arti ilmu alam menggambarkan objeknya, Sosiologi hukum dibutuhkan untuk menyelidiki hukum dalam arti aturan yang nyata, bukan aturan keharusan atau norma tertulis. Teori ini juga disebut sebagai ilmu hukum realistik (*realistic jurisprudence*).

Walaupun teori yang demikian dapat dibuat, namun tetap tidak mungkin menjadi ilmu hukum sebagaimana diyakini oleh para pendukungnya. Kepercayaan tersebut hanya mungkin muncul jika seseorang mengidentikan ilmu dengan ilmu alam dan menempatkan masyarakat secara umum dan hukum sebagai bagian dari alam. Maka kehidupan sosial juga harus dilihat sebagai subjek hukum probabilitas. Walaupun jika terdapat kemungkinan mendeskripsikan fenomena hukum dengan cara demikian, suatu ilmu hukum normatif sebagai analisis struktural hukum sebagai suatu sistem norma yang valid juga tetap dapat dilakukan dan tidak dapat dikesampingkan.⁵¹

C. Praktik Negara-negara Yang Tidak Menganut Mazhab Hukum.

Praktik mazhab Eropa Kontinental dapat dilihat pada negara : Perancis, Jerman, Belanda, Indonesia dan beberapa negara bekas jajahan belanda menerapkan kepastian hukum adalah merupakan hal yang utama dalam rangka menciptakan keadilan hukum (*legal justice*) hal ini bisa dilihat dalam praktik

⁵¹ Op.Cit. Jimly Assiddiqie. Hlm 133

kodifikasi hukum. Praktik mazhab *Anglo Saxon/American* dapat dilihat pada negara : Inggris, Amerika, Kanada dan beberapa negara yang tergabung dalam negara-negara persemakmuran (*commonwealth*) menerapkan ketertiban hukum adalah merupakan hal yang utama dalam rangka menciptakan keadilan masyarakat (*social justice*) hal ini bisa dilihat dalam praktik selain adanya undang-undang terdapat sumber lain misalnya konvensi, etika, moral dan jurisprudensi.⁵²

Tata hukum Indonesia memiliki sejarah panjang. Politik hukum yang digunakan sebagai pelaksana berlakunya aturan hukum itu. Hal ini disebabkan Indonesia memiliki sejarah bangsa yang luhur dan tidak ternilai harganya di dunia ini. Selain itu, juga adanya perkembangan hukum yang dialami sebagai pengatur tingkah laku bangsa Indonesia dalam pergaulan hidup. *Reglement of de Rechterlijke Ordonantie* (RO) atau Peraturan Organisasi Pengadilan.

Kehidupan Indonesia dalam bidang hukum yang mulai jelas dapat diketahui yaitu : Setelah kedatangan bangsa Eropa terutama orang-orang Belanda dengan usaha menanamkan pengaruhnya melalui penjajahan (*colonialisme*). Dari bangsa inilah banyak pengalaman dan korban yang diderita oleh bangsa Indonesia dalam melakukan perlawanannya. Peristiwa itu tercatat sebagai sejarah bangsa yang tidak boleh dilupakan bagi setiap orang. Apakah yang dilakukan oleh orang Belanda dalam bidang hukum?⁵³ Pada masa kolonial penjajahan Belanda misalnya memberlakukan ketentuan sebagai berikut:⁵⁴

⁵² Ibid. Theo Huijbers

⁵³ E. Abdoel Djamal. Hlm 10

⁵⁴ Ibid.

1. *Algemene Bepalingen van Wetgeving* (AB) atau Ketentuan Umum tentang Perundang-undangan.
2. *Burgerlijke Wet Book* (BW) atau Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP).
3. *Wetboek van Koophandel* (WVK) atau Kitab Undang-Undang Hukum Dadang (KUHD).
4. *Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering* (RV) atau peraturan tentang Acara Perdata.
5. *Wetboek van Strafrecht* (WVS) atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).
6. Dan sebagainya.

Hukum dan ketentuan tersebut di atas adalah ketentuan yang dibawa oleh Kolonial Belanda yang diberlakukan di wilayah jajahannya Indonesia. Yang dalam sejarah hukum dan ketentuan dimaksud adalah berasal dari daratan Eropa (Eropa Kontinental) yang memiliki ciri dengan sistem *civil law*. Sistem hukum *civil law* adalah sistem hukum yang senantiasa memandang undang-undang adalah salah satu sumber hukum yang akan dipergunakan dalam proses hukum di Pengadilan.

D. Pengaruh Mazhab Hukum Terhadap Sistem Hukum Yang Dianut di Amerika Serikat.

Luas wilayah Amerika Serikat adalah 9,83 jt km² secara keseluruhan dengan penduduk lebih kurang 349 juta jiwa pada tahun 2026. Urban 83,1% tinggal dikota sekitar 290,1 jt orang, median usia 38,7 tahun dengan tingkat kepadatan 38 orang/km², Imigran 15,2% dari populasi lahir di luar AS, Kota terbesar New York 8,5 juta, Los Angeles 3,8 juta. Dari negara-negara yang diperbandingkan Amerika Serikat merupakan

negara terbesar mempunyai 50 negara bagian dan distrik Colombia dengan urutan ke4 terbesar di dunia setelah Rusia,Canada,China.

Penduduknya sangat pluralistik, dikatakan bahwa Amerika Serikat adalah negara dari minoritas-minoritas (*a country of minorities*). Hal ini dapat dipahami jika diingat bahwa penduduk Amerika Serikat adalah negara yang sama sekali baru dan penduduk pertamanya merupakan pelarian dari Eropa. Tidak ada golongan ningrat dan rohaniawan seperti di Inggris, kecuali penduduk asli seperti suku-suku indian, sebagian terbesar dari penduduknya terdiri dari imigran-imigran yang berasal dari Eropa, Africa dan Asia dengan bahasa, kebudayaan dan agama serta kepercayaan yang beraneka ragam. Lebih kurang 52% berdiam di kota-kota. Penduduk kota-kota besar yang beragama katolik, yahudi dan mormon, sedangkan di luar itu pada umumnya beragama protestan. Dari tenaga kerja yang ada kurang dari 10% bekerja di sektor agraria, sebagian kerja di bidang industri. Masyarakat Amerika Serikat pada umumnya adalah sangat individualistis dan tingkatan mobilitas sosial adalah tinggi. Jumlah surat kabar memang banyak dengan omplag yang besar tapi sirkulasinya tidak bersifat nasional dan pada umumnya terbatas di daerah kota-kota tempat penerbitannya. Sifat kedaerahan terasa sekali dikalangan penduduk.⁵⁵

Amerika serikat adalah negara yang pernah dijajah oleh Inggris, sehingga sistem hukum di Amerika Serikat sangat dipengaruhi oleh prinsip-prinsip hukum yang berkembang dari Anglo Saxon. Setiap hari kerja, pengadilan-pengadilan diseluruh Amerika Serikat memberikan keputusan yang

⁵⁵A.S.S. Tambunan. *Hukum Tata Negara Perbandingan*. (Jakarta : Puporis Publisher, 2001). Hlm 9

mempengaruhi ribuan orang. Beberapa hanya mempengaruhi pihak-pihak dalam tindakan hukum tertentu, tetapi yang lain memutuskan hak-hak, kemaslahatan dan prinsip-prinsip hukum yang memiliki dampak pada praktis semua orang Amerika, Tak terelakan lagi, mungkin banyak orang Amerika yang menyambut baik suatu peraturan tertentu, sementara yang lain kadang-kadang juga banyak yang tidak menyetujui.

Meskipun demikian, semuanya legitimasi dari keputusan-keputusan ini dan peran pengadilan sebagai penafsir tentang hukum. Tidak akan ada bukti yang lebih kuat tentang kepercayaan yang diberikan warga Amerika pada aturan hukum dan keyakinan pada sistem hukum Amerika Serikat.⁵⁶

Halaman-halaman berikut ini menelaah sistem tersebut. Banyak diskusi-diskusi ini menjelaskan bagaimana pengadilan-pengadilan Amerika Serikat, terorganisir dan bagaimana mereka bekerja. Pengadilan-pengadilan bersifat sentral pada keseluruhan sistem. Setiap hari di Amerika Serikat pengadilan-pengadilan federal, negara bagian dan lokal (distrik) menafsirkan undang-undang, memutuskan perkara-perkara menurut undang-undang dan kadang kala membatalkan undang-undang karena melanggar perlindungan fundamental bahwa Konstitusi menjamin semua warga Amerika. Pada saat yang sama, jutaan warga Amerika Serikat melaksanakan urusan sehari-hari mereka tanpa berpaling dari pengadilan. Mereka juga mengandalkan pada sistem hukum. Pasangan muda yang membeli rumah pertama mereka, dan pengusaha yang melakukan kontrak, orang tua yang menyusun wasiat untuk membekali anak-anak mereka semuanya memerlukan kepastian dan norma-norma umum

⁵⁶ *Op.Cit. Garis Besar Sistem Hukum Amerika Serikat*. Jakarta.

yang berlaku dan yang diberikan oleh aturan hukum dan dijamin oleh sistem hukum Amerika Serikat.⁵⁷

Sistem hukum Amerika Serikat memiliki beberapa lapisan, mungkin mungkin lebih banyak dari sebagian besar bangsa-bangsa lain. Salah satu alasan adalah pembagian antara undang-undang federal dan negara bagian Untuk memahami ini, ada baiknya untuk mengingat bahwa Amerika Serikat didirikan tidak sebagai satu bangsa, tetapi sebagai suatu kumpulan dari 13 koloni, mereka masing-masing mengklaim kemerdekaan dari Kerajaan Inggris. Deklarasi kemerdekaan (1776) dengan demikian berbicara tentang “rakyat dari koloni-koloni” tetapi juga menyatakan bahwa “koloni-koloni yang bersatu” ini adalah dan berdasarkan hak harus menjadi Negara-negara Yang Bebas dan Merdeka. Ketegangan antara satu bangsa dan beberapa negara merupakan tema abadi dalam sejarah hukum Amerika Serikat.

Sebagaimana dijelaskan di bawah Konstitusi Amerika Serikat (yang diadopsi pada 1787) diratifikasi pada (1788) memulai pergeseran kekuasaan bertahap dan kadangkala hangat diperdebatkan serta otoritas hukum yang menjauh dari negara-negara bagian ke pemerintah federal. Meskipun demikian, hingga dewasa ini negara-negara bagian mempertahankan otoritas yang besar. Seorang pemerhati sistem hukum Amerika Serikat harus memahami bahwa yurisdiksi dibagi antara pemerintah federal dan negara-negara bagian.⁵⁸

⁵⁷ *Op/Cit.* E. Abdul Djamil

⁵⁸ *Ibid.*

D. Pengaruh Mazhab Hukum Terhadap Sistem Hukum Yang Dianut di Inggris.

Inggris merupakan negara kepulauan dan luas wilayahnya adalah 44.399 mil persegi dengan penduduk lebih dari 68 (enampuluh delapan) juta jiwa tahun 2026 menurut Wold Population Clock. Karena merupakan negara kepulauan maka Inggris terisolasi dari pengaruh yang dialami negara-negara Eropa daratan. Hal ini menerangkan bahwa perkembangan ketatanegaraan di Inggris sebagaimana diuraikan di dalam buku ini selama berabad-abad berlangsung secara gradual dan kontinue tanpa adanya gangguan dari luar. Mengenai penduduknya sebetulnya Inggris terdiri dari 4 (empat) bangsa yaitu : Inggris yang merupakan 4/5 dari penduduk, dan yang 1/5 lagi diwujudkan oleh bangsa Skotlandia, Welch dan Irlandia Utara. Kebudayaan Inggris adalah homogen dan bahasa nasionalnya adalah bahasa Inggris walaupun di Skotlandia dan Irlandia Utara juga dipergunakan bahasa Skot dan bahasa Irlandia. Sebagian besar penduduk Inggris memeluk agama protestan, hanya sebagian kecil di Skotlandia dan Irlandia Utara beragama katolik. Dari negara-negara yang diperbandingkan dalam buku ini Inggris adalah negara yang paling industrilized dan urbanized. Lebih kurang 70% penduduk Inggris berdiam di kota-kota dan hanya lebih kurang 4% bekerja di bidang agraria. Tingkat kepadatan penduduk adalah lebih kurang 600 permil persegi. Jadi dari negara-negara yang diperbandingkan Inggris adalah yang padat penduduknya. Jumlah omplag atau sirkulasi surat-surat kabar mencapai 5-6 jutaan dan beredar hampir serentak di seluruh wilayah nasional. Hal tersebut di atas menyebabkan Inggris adalah negara yang sangat kompak.⁵⁹

⁵⁹ Op.Cit. A.S.S. Tambunan. Hlm 9

Terbentuknya hukum dimulai dari kebiasaan yang mudah dirasakan sebagai kewajiban untuk bersikap tindak yang demikian itu, dan kemudian mendapat sanksi apabila tidak melaksanakan apa yang ditentukan oleh kebiasaan tersebut. Dalam kaidah hukum ini dinamakan hukum kebiasaan, yang akhirnya merupakan hukum bagi masyarakat. Bila kebiasaan itu menjadi tradisi yang turun temurun dan akhirnya menjadi adat. Bila dalam adat ini dijatuhkan sanksi apabila dilanggar, maka lahirlah hukum adat.⁶⁰ Sebagai contoh dapat dipergunakan pembentukan hukum Inggris yang sampai sekarang masih berpegang pada hukum kebiasaan. Hukum di Inggris berasal dari kebiasaan dalam masyarakat yang dikembangkan oleh pengadilan. Hukum ini dinamakan *common law*. Perkembangan ini dimulai pada tahun 1066 sewaktu Inggris dijajah oleh bangsa Normandia dengan Rajanya yang terkenal William the Conqueror, yang kemudian dilanjutkan oleh pengganti-penggantinya. Di samping mengatur masalah pemerintahan masalah pengadilan diatur juga. Kerap kali penguasa kerajaan yang berperan sebagai hakim. Mereka ini keliling dari daerah satu ke daerah lainnya. Oleh karenanya hakim-hakim tersebut dinamakan *judges of the lyre (lier)* atau *itinerant judges* (hakim keliling). Dari keputusan-keputusan hakim ini timbulah yang dikatakan *common law*. Di samping *common law* di Inggris berlaku juga hukum yang terbentuk dari undang-undang. Hukum yang berasal dari undang-undang ini disebut *statute law* yang merupakan bagian kecil dari hukum Inggris. Sebagai contoh dari hukum *statute* Inggris ini dalam hukum pidana materil seperti :

⁶⁰ Op.Cit. R.Soeroso. Hlm 94

1. Offences againts the Person Act 1861.
2. Homicede Act 1957.
3. Theft Act 1960.⁶¹

Sehingga lahirnya Immanuel Kant di German dengan *Rechtstaat*, John Locke di Inggris dengan *Trias Politica*, Nicolo Machiaveli di Italia dengan Absolutismenya. Konsep hukum civil law sangat berhubungan erat dengan sistem legisme hukum karena keduanya memiliki karakteristik yang sama yaitu menggunakan prinsip-prinsip hukum yang berkembang di Eropa Kontinental. *Civil law* adalah suatu konsep hukum yang mengedepan manusia sebagai subyek hukum yang wajib diberikan perlindungan oleh negara. Sementara sistem legisme adalah suatu sistem hukum di mana menempatkan satu-satunya hukum yang berlaku dalam penyelesaian perkara-perkara di masyarakat. Ke dua konsep ini berkembang dimulai di Perancis, Austria, Belgia, Belanda dan sudah tentu di Indonesia dan beberapa negara lainnya.

Misalnya Perancis sebagai salah satu negara pelopor legisme, memiliki luas adalah 212.873 mil persegi dengan penduduk lebih dari 51 juta jiwa. Luas Perancis hampir dua kali lipat Inggris tetapi kepadatan penduduknya hanya 83 orang per mil persegi. Lebih kurang sepertiga dari penduduk di daerah pedesaan dan 30% berdiam di kota-kota kecil yang berpenduduk lebih kurang 20 ribu jiwa. Selain kota Paris hanya ada enam kota yang berpenduduk lebih dari seperempat juta jiwa. Lebih kurang 20% dari penduduk hidup di sektor agraria dibandingkan 10% di Amerika Serikat dan kurang dari 5% di Inggris. Insudtrinya sudah maju tetapi tingkatnya masih di bawah Amerika Serikat dan Inggris.

⁶¹ *Ibid.*

Walaupun terdapat perusahaan-perusahaan raksasa tetapi sebagian perusahaan industri masih sekala kecil. Sekitar 96% dari perusahaan itu mempunyai tenaga kerja di bawah 50 Orang, malah 83% dari perusahaan itu masing-masing mempekerjakan kurang dari 5 orang. Perusahaan perorangan terdapat di mana-mana, jumlahnya sekitar 1 1/4 juta yang bergerak di bidang industri dan perdagangan. Dari lebih dari 4 1/2 juta petani sekitar 80.000 orang merupakan buruh tani, selebihnya mempunyai ladang dan mengerjakannya sendiri. Dengan demikian masyarakat Perancis tidak ditandai oleh polarisasi antara polarisasi dan buruh, diantaranya dan bersama-sama dengan kedua sektor tersebut terdapat sejumlah besar pengusaha serta produsen kecil yang independen dan bergerak di bidang industri, perdagangan dan agraria. Pandangan politik mereka bersifat fragmentaris. Keadaan ini mempunyai dampak kehidupan politik bangsa Perancis, partai-partai politik saling bersaing untuk merebut tempat di hati para pengusaha kecil yang independen ini.⁶²

E. Hubungan Antara Konsep Hukum *Commons Law* dengan Konsep Realisme Hukum.

Sistem *commons law* pada dasarnya sama dengan sistem civil law berkembang pada era setelah kejatuhan kekaisaran Romawi yang diikuti dengan lahirnya negara-negara berdaulat khususnya di benua Eropa. Lahirnya gerakan pembaharuan peradaban masyarakat dengan berkembangnya pemikiran rasional dan otonomi manusia (*Renaissance* dan *Aufklarung*) kira-kira pada abad ke 12 (dua belas). Namun berbeda dengan negara-negara lain seperti Perancis, Jerman, Belanda dan

⁶² Op.Cit. A.S.S. Tambunan. Hlm 10

beberapa negara yang merumuskan kaidah-kaidah hukum yang berlaku untuk negara-negaranya. Inggris adalah negara yang tidak merubah bentuk negaranya maupun bentuk pemerintahannya. Bentuk negaranya tetap dengan federasi dan bentuk pemerintahanya dengan Monarki Konstitusional. Sehingga kaidah-kaidah hukum di Inggris tidak mencari kaidah-kaidah hukum lain seperti yang terjadi di Perancis dan Jerman, akan tetapi Inggris terus mengembangkan tatanan hukum lokal yang sudah tumbuh berabad-abad bersama masyarakat di Inggris. Misalnya : *Custom* (kebiasaan), *General Principle* (prinsip hukum umum), *Doctrinal* (pendapat para pakar) dan *Jurisprudence* (putusan pengadilan). kaidah-kaidah hukum inilah yang akhirnya oleh Inggris di berlakukan juga di negara-negara jajahannya.

Misalnya di dalam sistem hukum Amerika Serikat selain statuta-statuta terdapat sumber-sumber hukum lain. Sumber-sumber yang paling jelas adalah adanya statuta-statuta yang diberlakukan oleh Kongres, sebagaimana dilengkapi oleh peraturan-peraturan administratif. Kadang-kadang hal ini membatasi secara jelas batas dari tindakan-tindakan yang legal dan ilegal, misalnya lagi perampok bank tetapi tidak ada perintah yang dapat menyebarkan undang-undang yang cukup untuk meliputi situasi. Untungnya, sebuah kumpulan prinsip-prinsip dan norma-norma hukum mengisi kekosongan tersebut. Terdapat juga hukum adat, di mana tidak ada statuta atau ketetapan. Konstitusi berlaku, baik pengadilan federal maupun negara bagian sering berpaling pada hukum adat atau undang-undang tidak tertulis, yakni kumpulan keputusan, kebiasaan, dan prinsip-prinsip hukum umum yuridis yang berawal secara berabad-abad lampau di Inggris dan terus berkembang hingga dewasa ini. Di banyak

negara bagian, undang-undang tidak tertulis terus memainkan peran penting dalam perselisihan perjanjian, karena badan legislatif tidak terlihat cakap untuk memberlakukan statuta yang meliputi setiap kemungkinan dalam perkara perjanjian.⁶³

F. Praktik Negara-negara Yang Menggunakan Konsep Campuran.

Dalam referensi ilmu hukum belum dapat dipastikan apakah ada negara yang menggunakan secara campuran antara konsep hukum civil law dan konsep hukum commons law. Namun demikian dalam praktik-praktik negara dapat saja unsur-unsur dari kedua konsep hukum tersebut dipraktikkan di negara-negara di dunia saat ini. Misalnya : Negara-negara Skandinavia dan Amerika Serikat

⁶³ *Op.Cit. Garis Besar Hukum Amerika*. Hlm 12

BAB IV

PEMIKIRAN (TEORI) HUKUM, PADA ZAMAN KLASIK, ZAMAN YUNANI PURBA, DAN ZAMAN KEKAISARAN ROMAWI

A. Teori Hukum Zaman Klasik

Yaitu teori hukum yang berkembang sejak filsuf Ionia sampai dengan Epicurus diwarnai cakrawala religiusitas, baik yang bersumber pada mitis (pra abad ke 6 SM) maupun yang bersumber pada religi *olympus* (abad ke 5-1 SM). Dalam kosmologi era sebelum abad ke 6 SM, yang “*Ilahi*” itu adalah alam (kekuatan yang mengancam). Masuk abad ke 6-1 SM, kosmologi yang mitis beralih kosmologi yang religi *olympus*. Yang “*Ilahi*” adalah “*logos*” atau akal yang telah ada dalam diri manusia. “*logos*” adalah merupakan akal dewa2 yang mencerahkan dan menuntun manusia pada pengenalan akan yang benar, baik dan patut. “*logos*” akan menciptakan suatu keteraturan (*nomoi*). Adalah awal kebangkitan filsafat, tidak hanya dibelahan dunia Barat, tetapi juga kebangkitan filsafat secara umum. Filsafat pada masa itu berbicara tentang kebenaran alam semesta. Para para pemikirnya yang tercatat

dimulai dengan *Thales* (625-545, SM), *Anaximander* (610-547, SM) dan *Anaximenes* (585-528, SM). Pada masa itu dasar pemikiran manusia diwarnai cakrawala religiusitas, baik yang bersumber pada mitis (pra abad ke 6, S.M) maupun bersumber pada religi Olympus (abad ke 5 s/d abad ke 1, S.M). Masa sebelum abad 6 S.M, yang Ilahi itu ada dalam alam. Alam sepenuhnya dikuasai oleh kekuatan Mitis, karena alam dipahami sebagai sesuatu yang mengancam, serba gelap, dan berjalan alamiah, hidup manusia tergantung pada nasib, dan hidup manusia tergantung pada seleksi alam. Masuk abad ke 6, s/d abad ke 1, S.M, kosmologi serba mitis berganti kosmologi religi Olympus. Dalam terang kosmologi ini, yang Ilahi itu (telah) ada dalam diri manusia, lewat apa yang disebut logos (akal). Logos adalah merupakan akal dewa-dewa yang mencerahkan dan menuntun manusia pada pengenalan akan yang benar, baik dan patut. Berkat logos yang mencerahkan itu, dimungkinkan terciptanya suasana keteraturan (*nomos*).⁶⁴

Memasuki abad ke 6(enam) SM yang berlanjut hingga abad ke 1 (satu) M, kosmologo serba mistis berganti kosmologi Olympus. Dalam terang kosmologi ini, yang “Ilahi” ini (telah) ada dalam diri manusia, lewat apa yang disebut logos (akal). Logos merupakan akal dewa-dewi yang mencerahkan dan menuntun manusia pada pengenalan akan akal yang benar, baik dan patut. Berkat dari logos yang mencerahkan itu, dimungkinkan terciptanya suasana keteraturan (*nomos*). *Nomos* inilah yang menjadi petunjuk hidup di dunia riil. *Nomos* dapat mengambil bentuk dalam wujud kebiasaan maupun wujud aturan yang menentukan kehidupan umat manusia yang bermartabat. Seakan suasa religiusitas dalam dua periode itu, menjadi setting dari teori-teori hukum yang

⁶⁴ Op.Cit. Darji Darmodihardjo dan Sidarta. Hlm 61

muncul pada zaman klasik, mulai dari barisan filsuf Ionia, kaum sofis, barisan filsuf Athena (Socrates, Plato, Aristoteles) sampai ke Epicurus. Dario masing-masing kelompok serta pemikiran itu memiliki pendapat yang berbeda-beda.⁶⁵

Zaman Yunani (Kuno) bermula pada abad ke-6 (enam) SM sampai abad ke-5 (lima) M, tatkala Kekaisaran Romawi runtuh. Pada masa zaman kuno ini, rakyat Yunani sudah hidup dalam polis-polis yang satu sama lain memiliki penguasa, sistem pemerintahan, dan sistem hukum tersendiri. Semula penguasa polis memegang kekuasaan tunggal. Baru pada abad ke-5 (lima) M, setelah munculnya kaum sofisme, polis-polis tersebut menerapkan prinsip-prinsip demokrasi. Tentu saja prinsip-prinsip itu belum matang, karena kepercayaan manusia yang masih sangat besar kekuasaan supranatural, seperti keyakinan terhadap dewa-dewi Olympus. Proses pematangan itu terus berlanjut pada masa keemasan filsafat Yunani (Socrates, Plato dan Aristoteles). Berhubung dengan keadaan negerinya, yang tidak begitu luas, maka orang Yunani suka merantau, meninggalkan tanah airnya. Demikianlah, mereka banyak yang pergi merantau ke pulau-pulau yang berdekatan dengan laut Egea dan mendiami daratan di pantai Asia Minor, atau Asia Kecil. Dalam perantauan, berkat usaha di bidang dan pelayaran, banyak orang Yunani sampai ke taraf hidup yang lumayan. Pada akhirnya, pada lazimnya kehidupan telah makmur, maka manusia mempunyai kelapangan untuk memikirkan hal-hal di luar pencairan nafkah sehari-hari. Jika orang harus membanting tulang siang malam untuk mencari sesuap nasi, maka dengan sendirinya tak ada waktu luang untuk memperdalam ilmu. Orang Yunani perantauan

⁶⁵ Berdardd. L. Tanya. Et.Al. *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi* (Yogyakarta : Genta Publishing, 2010). Hlm 16

itu, disebabkan ada kemakmuran dalam hidupnya, berkesempatan untuk memperkuat kemuliaan hidup dengan seni dan buah pikiran.⁶⁶



Gambar 4. 1 Skema Alam Fikiran Yunani Kuno

B. Teori Hukum Zaman Yunani (400 SM)

1. Sejarah Peradaban.

Sepanjang pengetahuan menurut ilmu, maka penyelidikan tentang negara timbul dan berkembang setelah Yunani Purba, di mana timbul suatu pemerintahan yang demokratis dalam hal mana setiap orang bebas menyatakan pendapat. Pada waktu itu sifat negara-negara di dalam kebudayaan Yunani Purba masih bersifat “Polis” atau “Greek State”, yang pada mulanya merupakan suatu tempat di puncak

⁶⁶ Mahadi. *Falsafah Hukum Suatu Pengantar*. (Bandung : Alumni, 2003). Hlm 24

bukit yang terdiri dari batu-batu. dari kata *Polis* inilah dihasilkan perkataan “*Politeia*” dan “*Politica*”. Dalam masa tersebut lahirlah beberapa pemikir seperti Socrates, Plato, Aristoteles, Zeno, Polibiyos dan lain-lain, pada masa ini pemikiran filsafat masih didasari oleh pemikiran yang bersifat konsep-konsep hukum alam yang diilhami oleh ketuhanan yaitu kepercayaan terhadap dewa-dewa, namun demikian dalam perkembangan selanjutnya pemikirannya telah sedikit berubah kearah rasionalitas.⁶⁷

Sebagaimana diketahui, Yunani terdiri atas banyak negara kota (*Polis*), seperti Athena, Sparta, dan lain-lainnya. Karena itu, hukum di masing-masing negara kota tersebut juga saling berbeda. Akan tetapi, yang paling maju dan sering menjadi kiblat dari sistem hukum di berbagai negara kota di Yunani adalah sistem hukum yang terdapat di Negara Kota Athena. Apabila ditelusuri lebih jauh, hukum Yunani sebenarnya sangat banyak dipengaruhi oleh hukum Yahudi (dari Nabi Musa), yang bisa ditelusuri lagi berakar dari sistem hukum Babilonia, bahkan hukum Sumeria (tempat berasal hukum dan ajaran Nabi Ibrahim). Misalnya, hukum yang berkenaan dengan perdagangan Yunani, pada prinsipnya merupakan hukum kebiasaan dari dunia Barat yang diperkenalkan oleh bangsa Phoenician, yang aslinya sebenarnya berasal dari hukum Babilonia. Yunani Klasik terkenal dengan para ahli pikirnya seperti Socrates (469-399 SM), Plato (427 SM), Aristoteles (384-322 SM), tetapi tidak banyak mengembangkan teori hukum sebagaimana yang dilakukan oleh bangsa Romawi. Di samping ahli pikir tersebut, Yunani juga banyak melahirkan orang-orang pintar di bidangnya masing-masing, seperti Pericles (500-429) seorang

⁶⁷ Ibid.

penguasa dan ahli perang, Herodotus (485-425 SM) seorang ahli sejarah, Hippocrates (460-375 SM) seorang ahli kedokteran, Iskandar Zulkarnen / Alexander The Great (356-323 SM) seorang raja dan panglima perang besar, Archimedes (287-212 SM) seorang ahli fisika, dan masih banyak lagi. Bahkan, pemikiran dari Aristoteles juga selaras dengan teologi Kristen yang dikembangkan oleh Thomas Aquinas, pada abad ke 13 M.⁶⁸

Para ahli-ahli pikir dan filsuf Yunani saat itu banyak yang mengembangkan pemikirannya di bidang politik dan kenegaraan, serta menghasilkan berbagai teori yang masih diberlakukan sampai saat ini. Mereka sudah mengenal dan mempraktikkan sistem demokrasi yang baik pada saat orang-orang di negara lain masih mempraktikkan sistem kekuasaan yang feodal, aristokrat dan mistis. Bangsa Yunanilah yang pertama kali di dunia ini yang mengembangkan sistem hukum dan kenegaraan bersifat demokratis. Bahkan, jika di dunia ini tidak pernah memiliki orang-orang Yunani mungkin peradaban dunia tidak semaju seperti saat ini. Banyak bukti menunjukkan bahwa di wilayah-wilayah yang kurang mendapat pengaruh dari hukum Yunani-Romawi, peradaban masih terbelakang. Pada daerah-daerah yang dikuasai oleh ajaran Budha yang kurang mendapat sentuhan hukum Yunani-Romawi, kata demokrasi merupakan barang mewah, seperti yang terjadi di China, Tibet, Myanmar, Thailand dan lain-lain. Namun demikian, sejarah hukum juga menunjukkan bahwa karena hukum tidak begitu dikembangkan di zaman Yunani, maka hampir tidak terdengar nama ahli hukum yang besar atau kitab undang-undang yang komprehensif. Sejarah hanya

⁶⁸ Op.Cit. Munir Fuady. Hlm 164

meninggalkan beberapa undang-undang saja di Yunani, seperti Undang-Undang *Draco* (621 SM), Undang-Undang Solon (594 SM), yang disusun di bawah pengaruh Mesir, Undang-Undang Dura (dekat Euftrat sekarang) yang berlaku disekitar abad ke 4 (empat) SM dan Undang-Undang Gortyn (450-460 SM) yang sebaigian isinya dapat terbaca sampai sekarang. Peninggalan Yunani tersebut berbeda jauh dengan peninggalan perundang-undangan dan dokumentasi hukum dari Mesir atau Babilonia, yang sangat banyak jumlahnya dan dapat terbaca sampai sekarang. Teks asli Undang-Undang Gortyn ditemukan kembali di Pulau Crete pada tahun 1884, sementara teks asli Undang-Undang Dura ditemukan di daerah Euftrat pada tahun 1922. Di samping dalam bentuk undang-undang, hukum Yunani juga dapat terbaca dalam orasi-orasi para advokat di pengadilan pada saat membela kliennya. Sebagaimana diketahui, sistem peradilan Yunani memakai sistem juri, sehingga kelihatan berorasi dari para advokat di depan pengadilan sangat diperlukan untuk meyakinkan para juri yang bukan ahli hukum dan pada umumnya tidak pernah belajar hukum tersebut. Di samping sistem juri, sistem pemeriksaan saksi melalui proses eksaminasi silang (*cross examination*) sudah dikenal di zaman Yunani, seperti yang pernah dipraktikan dalam pengadilan Socrates.⁶⁹

⁶⁹ *Ibid.*

2. Tahapan Perkembangan Hukum :

Pertama

Hukum yang berasal dari raja, di mana raja mendasari hukumnya pada kebiasaan, kebijaksanaan, ataupun atas suruhan atau pengarahan dari Tuhan atau dewa-dewa.

Kedua

Hukum yang bersifat oligarchis, seperti yang terjadi di Athena, merupakan ilustrasi yang sangat representatif. Dalam hal ini, raja dikelilingi oleh dewan raja yang berisi orang-orang tua, di mana ketika keluarga raja tidak mengatur sendiri, maka dewan raja akan lebih berkuasa, termasuk dalam bidang hukum dan peradilan. Para dewan raja ini, bersama dengan keturunan-keturunannya, kemudian menjadi semacam golongan bangsawan yang cenderung kejam dan menindas rakyat jelata.

Ketiga

Hukum ditulis dalam undang-undang, kodifikasi, dan konstitusi. Dalam hal ini, akibat kesemena-menaan penegak hukum yang berasal dari kaum bangsawan tersebut, rakyat bersama dengan kaum bangsawan yang tidak merasa pusat itu, hukum ditulis dalam berbagai dokumen, berupa undang-undang, kodifikasi, dan konstitusi yang mesti dapat dibaca oleh rakyat. Karena itu, muncullah beberapa konstitusi di Yunani, diantaranya Konstitusi Crete, Konstitusi Sparta dan Konstitusi Athena.

3. Sumber-sumber Historis Hukum.

Negara-negara yang ada di kota Yunani ini tidak banyak meninggalkan naskah-naskah hukum, nyaris tidak ada sama sekali undang-undang maupun catatan tentang kebiasaan-kebiasaan. Hanya hukum Athenalah yang relatif lebih dikenal,

dari negara-negara kota nyaris tidak ada dokumen-dokumen sejarah yang ditemukan kembali yang dapat memberikan kepada kita informasi tentang evolusi hukum tersebut. Sajak-sajak epos *Homerus (Ilias dan Odysseira)* mengajari kita semacam peradaban suku-suku, dari abad ke XII dan X SM. Solidaritas keluarga-keluarga masih sangat berpengaruh saat itu. Hukum Athena yang berasal dari zaman Klasik (abad-abad VI dan III SM) dapat dijabarkan dari dokumen-dokumen historis dan filosofis, dan pleidoi-pleidoi Demosthenes dan Isaois (abad IV SM) dan terutama dari inskripsi-inskripsi yuridis, yang merupakan sumber terpenting pengetahuan tentang Hukum Yunani. Di luar Athena telah ditemukan dua buah apa yang dikenal naskah-naskah undang-undang, yang satu *Gortyn*, yang lain di *Dura*. Kodeks *Gortyn* adalah suatu inskripsi yang panjang yang ditemukan kembali di pulau Kreta pada tahun 1884, nampaknya piagam ini berasal dari tahun 480-460 SM dan mengandung sejumlah besar aturan-aturan hukum privat perkawinan, hak milik, hukum waris, adopsi dan lain-lain. Undang-Undang *Dura* ditemukan di kota ini, yang terletak di daerah Euftrat, pada tahun 1922 dan merupakan salinan naskah dari abad ke IV SM.⁷⁰

C. Teori Hukum Zaman Romawi (146 SM)

a. Sejarah Peradaban.

Setelah Yunani disatukan oleh orang Romawi pada tahun 146 SM dan kemudian digabungkan, sehingga menjadi daerah bagian belaka dari Imperium Romawi. Pada masa Romawi tidak banyak melahirkan banyak pemikir karena Romawi lebih banyak menikmati kemakmuran bekas kejayaan

⁷⁰ Op.Cit. John Glissen and Frits Gorle. Hlm 155

Yunani. Dan lebih sibuk dengan menyusun kenegaraan, organisasi dan peraturan-peraturan yang bersifat praktis saja, karena begitu luasnya wilayah Romawi. Oleh karena orang-orang Romawi tidak banyak waktu untuk berpikir dan menulis sebagaimana halnya orang-orang Yunani, maka orang-orang Romawi tidak banyak meninggalkan tulisan-tulisan mengenai kenegaraan dan hukum, sebab mereka sibuk menyusun kenegaraannya yang begitu luas daerahnya, sehingga mereka lebih mengutamakan kepada pembentukan organisasi-organisasi sehingga dan peraturan-peraturan yang bersifat praktis yang dapat meliputi dan mengatur persoalan-persoalan kenegaraannya. Sebab itulah maka sifatnya menjadi berbeda, di mana sifat bangsa Yunani selaku ahli pikir sedangkan sifat bangsa Romawi selaku ahli praktik, yaitu menjalankan dan mempraktikkan segala sesuatu yang timbul dan hidup dalam alam pikirannya.⁷¹

Ditinjau dari perkembangan sistem hukumnya, negara Romawi merupakan negara terhebat dalam sejarah hukum, bahkan lebih hebat dari negara-negara modern saat ini. Bila berbicara objektif, sistem hukum yang dibuat oleh bangsa Romawi jauh lebih hebat dari pada sistem hukum yang dibuat oleh bangsa-bangsa lain di dunia ini. Sistem hukum Romawi (yang sekuler itu) jauh berbeda dengan sistem hukum yang dibawa oleh agama (Yahudi, Hindu, Budha, Kristen, Islam), meskipun sistem hukum yang berlandaskan agama berasal dari langit (dari Tuhan) yang diturunkan ke dunia melalui rasul-rasul Tuhan. Malahan, prestasi bangsa Romawi dalam membuat hukum jauh lebih besar dari penjumlahan semua bangsa yang mendiami dunia saat ini. Ini memang fantastis, bahkan lebih dari itu. Bukan hanya sektor hukum yang

⁷¹ *Op.Cit.* Syachran Basyah

merupakan sumbangan bangsa Romawi kepada dunia yang masih berpengaruh hingga sekarang, tetapi banyak sektor kehidupan lainnya yang juga terpengaruh. Misalnya, pengaruh abjad Romawi, sistem pemerintahan Romawi, dan lain sebagainya.⁷²

b. Faktor-faktor Kemajuan Hukum.

Hukum Romawi sangat berkembang dalam sejarah hukum, tidak ada bandingannya dengan sejarah hukum manapun di dunia ini. Perkembangan hukum Romawi yang spektakuler dalam sejarah hukum sebenarnya dipicu oleh beberapa faktor sebagai berikut :⁷³

1. Faktor penghormatan terhadap profesi *Praetor* (hakim dan legislatif sekaligus).

Sistem hukum Yunani dalam sejarahnya kurang menekankan fungsi dan peran para ahli hukum, akibatnya profesi hukum, seperti advokat dan hakim, tidak berkembang di sana. Bahkan, hakim hanya terdiri orang-orang biasa yang dikumpulkan untuk diminta menjadi hakim, jadi bukan profesi seumur hidup. Para hakim rakyat disebut *Dikateries*. Lihat saja pengadilan terhadap Socrates di Yunani, di mana yang menjadi hakim adalah ratusan warga negara di Athena. Sebaliknya, sistem hukum Romawi dalam sejarahnya sangat berbeda. Mereka sangat menghargai peran dan eksistensi dari profesi hukum. Misalnya, kala itu dikenal jabatan *Praetor* yang merupakan jabatan advokat sekaligus legislator. *Praetor* sangat berperan dalam membentuk dan mengembangkan hukum di Romawi.

⁷² *Op.Cit.* Munir Fuady. Hlm 197.

⁷³ *Ibid.*

2. Faktor penghormatan terhadap profesi advokat.
Sistem hukum Romawi memberikan apresiasi tinggi terhadap profesi advokat. Para advokat menghabiskan seluruh hidupnya dalam bidang hukum. Mereka ini tidak hanya mengajukan argumentasi cerdas ketika membela klien-kliennya, melainkan juga memberikan pendapat-pendapatnya dalam bentuk buku-buku hukum. Cicero adalah salah satu dan yang paling terkenal di antara adkovat di Romawi sat itu.
3. Faktor luasnya kerajaan Romawi.
Kerajaan Romawi memiliki kekuasaan yang begitu luas sehingga memerlukan satu set hukum yang baik untuk dapat menyatukan wilayahnya.
4. Faktor lamanya kerajaan Romawi berkuasa.
Kerajaan Romawi berkuasa dalam kurun waktu berabad-abad sehingga memiliki waktu yang panjang dalam menciptakan hukum. Negara Romawi berkuasa sampai kurang lebih 1000 tahun, sedangkan negara-negara pecahan Romawi, yaitu Konstantinopel, malahan bisa *survive* lebih kurang 1000 tahun setelah keruntuhan kerajaan Romawi. Praktis mereka menguasai dunia selama dua millenium.
5. Faktor kejeniusan dari kerajaan Bizantium (pecahan kerajaan Romawi).
Raja Justinian, pada tahun 529 M, mengumpulkan sejumlah ahli hukum dalam dalam suatu panitia yang bertugas untuk menyusun kembali hukum Romawi yang mulai berserakan dalam berbagai undang-undang dan buku-buku hukum, ke dalam satu kitab hukum yang sistematis. Panitia diketuai oleh ahli hukum yang bernama Tribonian itu, menghasilkan suatu kitab hukum yang

cukup komprehensif yang disebut dengan *Code Justinian (Corpus Juris Civilis)* yang berisi *Digest* (terdiri atas 50 jilid) dan *institutes*. Tidak terbayangkan kedigdayaan hukum Romawi menjadi sehebat itu, tanpa pekerjaan besar yang merupakan kompilasi hukum oleh Raja Justinian tersebut.

6. Faktor kebangkitan kembali hukum Romawi.
Pengembangan hukum Romawi pada kebangkitan kembali hukum Romawi yang berpusat di Universitas Bologna (Italia), terjadi di sekitar abad ke 12 (dua belas), di mana hukum Romawi seperti yang terdapat dalam *Code Justinian* ditafsirkan dan dikembangkan kembali oleh para *Glossator* dan *Commentator*.
7. Faktor pengembangan beberapa hukum nasional di negara tertentu berdasarkan hukum Romawi.

Pengembangan beberapa hukum nasional di negara tersebut sangat berpengaruh bagi dunia hukum dengan membuat berbagai kodifikasi, seperti pembuatan *Code Napoleon* di Perancis yang berdasarkan *Code Justinian*, atau pembuatan *Code Civil* Jerman yang berdasarkan hukum Romawi sebelum era *Code Justinian*.

c. Konsep Kenegaraan.

Pada zaman Romawi konsep pemikiran tentang kenegaraan dibedakan ke dalam empat masa pemerintahan:⁷⁴

1. Masa Kerajaan (*Monarki*).
Yaitu masa “*Koningschap*” atau kerajaan yang jadi pemimpin negara merupakan seorang raja, sehingga bentuk negara merupakan monarki.

⁷⁴ Op.Cit. Syachran Basyah

2. Masa Republik. (*Konsul-konsul*).

Pada masa itu pemimpin negara dipegang oleh konsul-konsul yang menyelenggarakan dan menjalankan pemerintahan demi kepentingan umum. Biasanya pemerintahan itu dipegang dan dijalankan oleh 2 (dua) orang konsul.

3. Masa Prinsipat. (*Kaisar*).

Masa "*Principaat*" ini dimulai dengan masa Caesar. Meskipun pada waktu itu para Princep's atau raja-raja Romawi belum mempunyai kewibawaan (*gezag*) namun mereka itu pada hakikatnya merupakan orang yang memerintah secara mutlak.

4. Masa Domoniat. (*Diktator*).

Masa "*Dominaat*" yaitu masa para kaisar yang telah terang-terangan dan tanpa malu-malu lagi menjadi raja mutlak, bertindak menyelewengkan secara sewenang-wenang memperkosa hukum dan menginjak-injak perikemanusiaan.

d. Sumber-sumber Hukum Romawi.

1. Periode Dini

Sekitar abad-abad VIII dan VII SM, Roma dikuasai oleh organisasi *clan* dari keluarga-keluarga besar (*gentes*) yang dapat dibandingkan dengan "*Clan-clan Yunani*". Kekuasaan kepala keluarga praktis tidak terbatas dan anggota-anggota gens ini terikat oleh suatu solidaritas aktif dan pasif. Tanah, sepanjang hal tersebut merupakan objek pemilikan tidak dapat diasingkan. Sejak awal Republik abad ke V SM, evolusi hukum Romawi dipercepat oleh peranan hukum *plebeyer* yang semakin meningkat, yang kemungkinan besar adalah orang-orang asing kaum pedagang dan petani yang hidup di luar organisasi

tradisionil kaum *gentes* dan kaum *plebeyer* tersebut telah menjurus ke arah kesamaan politik, sosial dan keagamaan. Secara berangsur-angsur kaum *plebeyer* ini memperoleh atas hukum privat yang sama dengan yang berlaku atas kaum *patrisia*. Namun secara bersamaan pula hukum privat ini telah menyebabkan lunturnya solidaritas *clan* tersebut.⁷⁵

a. Kebiasaan (*custom-mos maiorum consuetudo*).

Sebagaimana setiap hukum arkhaistis maka hukum Romawi kuno tersebut berbasiskan kebiasaan, *mos maiorum* (adat hukum leluhur) atau *Consuetudo* (kebiasaan). Nampaknya di sini menyangkut kebiasaan-kebiasaan setiap klan keluarga masing-masing. Kebiasaan-kebiasaan ini antara lain menyangkut permasalahan-permasalahan perkawinan dan nama. Dan kemudian padazaman Republik terbentuklah kebiasaan-kebiasaan kota-kota, yang di dalamnya akan dimasukan kebiasaan-kebiasaan kaum *gentes* dahulu. Hukum dan agama belum dipisahkan satu dengan yang lain, setidaknya belum ada perbedaan antara norma-norma hukum dan norma-norma agama. Formula-formula ritual dan penafsirannya hanya dipahami oleh kaum alim ulama tingkat atas yang merahasiakan maknanya sampai sekitar tahun-tahun 300-250 SM

b. Undang-Undang (*lex*).

Pada periode Kerajaan dan pada saat Republik dini nampaknya tidak ada suatu kegiatan perundang-undangan yang terjadi. Pada saat-saat tersebut aksara

⁷⁵ Op.Cit. John Glissen and Frits Gorle. Hlm 173

nyaris dikenal, undang-undang kerajaan (*leges regiae*) yang menurut tradisi dianggap disusun oleh raja-raja Romulus dari Numa, raja pembuat undang-undang, terutama adalah keputusan-keputusan yang bersifat keagamaan yang diambil alih oleh raja dalam kasitasnya selaku *Pontifex Maximus* (ulama tertinggi). Selain ritual-ritual persembahan korban hal itu hanya berkaitan dengan beberapa aturan hukum privat dan hukum pidana yang mempunyai akibat-akibat keagamaan. Tambahan pula hal-hal tersebut tidak menyangkut undang-undang yang sebenarnya, melainkan aturan-aturan hukum kebiasaan, yang barangkali baru kemudian pada abad pertama dicatat dan dianggap dibuat oleh raja-raja legendaris tersebut.

c. Undang-undang Duabelas Prasasti.

Dari undang-undang yang berasal dari periode Republik nampaknya *Undang-Undang Duabelas Prasasti* ini menarik perhatian penulis. Ia pada hakikatnya salah satu fundamen *ius civile*. Dan signifikansinya demikian besar sehingga undang-undang ini masih saja diterapkan pada zaman *Justinianus*, bahkan kendatipun ia telah lama diusulkan oleh sumber-sumber hukum yang lain. Menurut legenda undang-undang ini dibuat atas permintaan kaum *Plebeyer*, yang tidak mengenal kebiasaan-kebiasaan kota berikut interprestasinya oleh kaum ulama tertinggi dan yang menaruh kebenaran atas tindakan semena-mena *magistrat-magistrat patrisia*.

2. Periode Klasik

Periode hukum Romawi Klasik membentang dari abad II SM sampai akhir abad III SM. Selama periode ini Roma secara berangsur-angsur mempengaruhi semua warga negara yang terletak seputar Laut Tengah. Bersamaan dengan itu Roma membuka pintu-pintu gerbangnya terhadap pengaruh-pengaruh luar negeri, terutama atas hukum Yunani dan Mesir.

a. Kebiasaan (*custom*).

Selama periode Klasik nampaknya kebiasaan tersebut tetap merupakan sumber terpenting *ius civilis*. Beberapa pakar hukum seperti Gaius dan Papinianus memandang kebiasaan bukan sebagai sumber hukum melainkan sebagai suatu fakta. Dan kebiasaan ini tidak saja terdesak oleh perundang-undangan, namun juga oleh *edik-edik* para *praetor* dan oleh tulisan-tulisan pakar hukum. Dan bukankah yang disebut terakhir ini telah begitu meningkat jumlahnya sehingga dalam hukum privat tinggal sedikit sekali bidang-bidang yang di dalamnya dan orang masih mengandalkan kebiasaan.

b. Perundang-undangan (*lex*s).

Perundang-undangan memainkan peran yang semakin meningkat sebagai sumber hukum. Ia meliputi *leges*, konsul-konsul senat dan terutama *constitutiones kekaisaran*.

1. *Leges*.

Pada akhir masa hidup Republik dan pada awal Kekaisaran, *leges* para magistrat dan dewan-dewan rakyat merupakan bentuk satu-satunya perundang-undangan. Dan zaman Kaisar Agustinus masih dijabarkan beberapa *leges Julia* yang aman penting (*adulteriis et de fundo dotali*,

indicius, moritandus ordinibus, tutoribus dll). Dengan ditiadakannya undang-undang, maka sirna pula *leges* ini setelah abad I tidak dijumpai lagi berkas-berkasnya.

2. Konsul-konsul Senatus.

Saat itu kegiatan perundang-undangan berlangsung dalam bentuk konsul-konsul senatus, selama kedua abad pertama kekaisaran legislatif telah beralih ke tangan senat. Selama periode Republik, senat telah mencampur prosedur perundang-undangan dewan-dewan melalui *auctoritas patrum*. Pada akhir kehidupan Republik dan pada awal Prinsipat maka senat masih memainkan peranan tak langsung dalam urusan perundang-undangan. Ia membatasi diri dengan menafsirkan hukum yang berlaku dan mendorong para magistrat, terutama para *praetor* untuk menggunakan *ius edicendi* nya (hak untuk mengeluarkan *edik-edik*) untuk mengintrodusir aturan-aturan hukum baru.

3. Constituties Kekaisaran.

Secara berangsur-angsur kaisar menjadi satu-satunya badan yang membuat undang-undang. Kendatipun Agustinus dan para penggantinya yang pertama secara formal menolak kekuasaan legislatif yang disodorkan kepada mereka, namun pada hakikatnya mereka telah menjalankannya, sejak tahun 13 AD senat telah mengakui kekuatan mengikat edik-edik yang diajukan oleh Dewan kekaisaran.

4. Edikta-edikta para Magistrat.

Para maguistrat, yang diberi tugas dan kewajiban dari para praetor, aedil kurilis dan gubernur-gubernur propinsi telah memupuk suatu kebiasaan untuk memberitahukan pada saat mereka mulai memangku jabatan tentang rincian penugasan mereka dan lebih khusus lagi proses pengadilan yang akan mereka diterapkan melalui suatu *actio* (tuntutan hukum) yang diberikan kepada pihak penggugat, dalam bentuk aslinya hal tersebut diselenggarakan secara lisan (*edictum*). *Edictum* berasal dari *e-dicere* : mengucapkan).

5. Ajaran Hukum atau Tulisan-tulisan Para Yuriskonsul di dalam arti bahasa Romawi “*iusprudentia*” adalah pengetahuan tentang aturan-aturan hukum dan penerapannya bagi tujuan-tujuan praktis. Pengertian ini dalam bahasa Belanda lebih dekat pada istilah-istilah *rechtsleer* (ajaran hukum) atau *doctrine*. *Jurisprudentie* (sebagaimana kata dalam bahasa Perancis *Jurisprudence* lebih mengacu pada keseluruhan putusan-putusan hakim. Sedangkan istilah *Jurisprudence* dalam bahasa Inggris lebih mendekati pengertian Romawi. *Jurisprudentia* adalah karya para yuriskonsul. Mereka ini memainkan peranan yang sangat penting pada penerapan aturan-aturam hukum mereka menekuni praktik hukum dengan memberikan nasehat-nasehat yuridis (*responsa*), penyusunan dan pembubaran akta-akta dan mendampingi para pihak di dalam proses-proses di pengadilan, walaupun mereka sendiri tidak ikut beracara.

c. Periode Terlambat⁷⁶

Periode abad-abad ke IV sampai VI dari Constantinus sampai Justinianus merupakan suatu periode kemunduran umum di dalam bidang-bidang : politik, intelektual, dan ekonomi. Pengaruh umat kristiani yang Buku-buku penuntun dan himpunan-himpunan, antara lain Haxabiblos dari Harmenopoulis (abad XIV) menunjukan apa yang masih tersisa dan hukum Romawi klasik selama abad-abad terakhir negara Byzantium.

Bahkan masih selama penggabungan Yunani ke dalam negara Turki, dari abad-abad XV sampai XIX, jejak-jejak terakhir hukum Romawi yang tersisa diterapkan di samping hukum Turki dan kebiasaan-kebiasaan setempat. Setelah Yunani menerima kemerdekaannya kemudian mengakui Hexabiblos dari Harmenopoulis sebagai hukumnya (1835), sampai diberlakukannya suatu kitab undang-undang hukum perdata yang sangat normanisasi pada tahun 1946.

⁷⁶ *Ibid.* John Glissen and Frits Gorle. Hlm 184

BAB V

PEMIKIRAN (TEORI) HUKUM, ZAMAN PERTENGAHAN, ZAMAN RENAISSANCE, ZAMAN AUFKLARUNG, ZAMAN HUKUM POSITIF DAN ZAMAN MODERN

A. Pemikiran (Teori) Hukum Zaman Abad Pertengahan.

Abad pertengahan muncul setelah kekuasaan Romawi jatuh pada abad ke 5 (lima) Masehi, ini ditandai dengan kejayaan agama Kristen di Eropa dan mulai berkembangnya agama Islam pada abad ke 6 (enam) M. Pada zaman itu pemikir-pemikir diantaranya: Agustinus (354-430 M) dan Thomas Aquino (1225-1275). kemudian para pemikir Islam seperti Ibnu Rusy, Ibnu Sina, Al Ghazali, dll.⁷⁷ Dalam mengembangkan pemikirannya ternyata tidak terlepas dari pengaruh-pengaruh zaman Yunani kuno. Agustinus misalnya banyak mendapat pengaruh dari pemikiran Plato tentang hubungan antara ide-ide abadi dengan benda-benda duniawi.⁷⁸

⁷⁷ Ibid. Syachran Basyah

⁷⁸ Op.Cit. Darji Darmodiharjo dan Sidharta Hlm 93

Pemikiran umum dari Aliran Masa Pertengahan adalah :⁷⁹

- a. Ketaatan manusia terhadap hukum positif bukan lagi karena ia sesuai dengan hukum alam, tetapi karena sesuai dengan kehendak Illahi (Tuhan).
- b. Adanya hukum yang abadi yang berasal dari rasio Tuhan, yang disebut *Lex Aeterna*. Melalui *Lex Aeterna* inilah Tuhan membuat rencana-Nya terhadap alam semesta.
- c. Hukum abadi dari Tuhan itu mengejawantahkan pula dalam diri manusia, sehingga manusia dapat merasakan, misalnya apa yang disebut Keadilan itu. Inilah yang disebut dengan hukum alam (*Lex Naturalis*).
- d. Abad Pertengahan merupakan suatu era di mana pemikiran serba *Ilahiah* (terutama teologi Kristen) begitu dominan. Rezim *Ilahi* dilibatkan (secara langsung) dalam pengelolaan dunia ini. Manusia dan alam dianggap berada di bawah kendali Alhalik. Sama seperti *logos* di era sebelumnya, Tuhan-dengan sekalian kehendak dan firman-Nya, menuntun hidup manusia pada penenalan akan Alhalik yang menjadi sumber hukum serentak sumber hukum

Dengan demikian, tidak saja dimungkinkan hidup tertib di dunia, tetapi juga memperoleh keselamatan di akhirat. Praktis, kehadiran rezim *Ilahi* menjadi kekuasaan yang dihadapi di era ini. Maka seperti tampak pada pemikiran Agustinus (dipenghujung akhir zaman klasik/1200 M), tertib hidup manusia (termasuk teori tentang hukum) diletakan dalam tatanan cinta kasih dan hidup damai. Ini merupakan jawaban atas campur tangan *Ilahi* dalam kehidupan manusia.⁸⁰

⁷⁹ Op.Cit. Syachran Basyah

⁸⁰ Op.Cit. Bernard L, Tanya. Et.Al. Hlp 54

Selama Abad Pertengahan tolok ukur segala pikiran orang adalah kepercayaan bahwa aturan semesta alam telah ditetapkan oleh Allah Sang Pencipta. Sesuai dengan kepercayaan itu hukum pertama-tama dipandang sebagai suatu aturan yang berasal dari Allah. Oleh sebab itu dalam membentuk hukum positif manusia sebenarnya harus dicocokkan dengan aturan yang telah ada, yakni dalam penentuan-penentuan agama. Selayaknya hukum itu disebut bersifat ideal, yakni mendapat akarnya dalam ideal hidup sebagaimana disampaikan dalam agama. Misalnya :⁸¹

- a. Hukum dibentuk mendapat akarnya dalam agama, atau secara langsung atau tidak langsung.
- b. Menurut agama Islam hukum berhubungan dengan wahyu secara langsung (Al-Syafi'i dan lain-lain), sehingga hukum agama Islam dipandang sebagai bagian wahyu (Syariah).
- c. Menurut agama kristiani hukum berhubungan dengan wahyu secara tidak langsung (Agustinus, Thomas Aquinas), yakni hukum yang dibuat manusia, disusun di bawah inspirasi agama dan wahyu.

Pengertian hukum yang berbeda ini ada konsekuensinya dalam pandangan terhadap hukum alam. Para tokoh Kristiani cenderung untuk mempertahankan hukum alam sebagai norma hukum, akan tetapi bukan lagi karena itulah alam, melainkan oleh sebab itu alam merupakan ciptaan Tuhan. Menurut Thomas Aquinas aturan alam tidak lain dari partisipasi (pengambil bagian) aturan abadi (*lex aeterna*) yang ada pada Tuhan sendiri.

⁸¹ Theo Huijbers. *Filsafat Hukum*. (Yogyakarta : Kanisius, 1995). Hlm 26

Para tokoh agama Islam lebih cenderung mengunggulkan hukum agama, tanpa pengantaran suatu hukum alam yang bagi banyak orang kurang jelas artinya. Pemikiran tentang arti dan nilai hukum alam akan mewarnai debat-debat para pemikir tentang hukum pada abad-abad berikut.⁸²

Pada Abad Pertengahan dalam tradisi filsafat hukum lima jenis hukum disebut :⁸³

- a. Hukum abadi (*lex aeterna*) : rencana Allah tentang aturan semesta alam. Hukum abadi itu merupakan suatu pengertian teologi tentang asal mula segala hukum, yang kurang berpengaruh atas pengertian hukum lainnya.
- b. Hukum Ilahi positif (*lex divina positiva*) : hukum Allah yang terkandung dalam wahyu agama, terutama mengenai prinsip-prinsip keadilan.
- c. Hukum alam (*lex naturalis*) : hukum Allah sebagaimana nampak dalam aturan semesta alam melalui akal budi manusia.
- d. Hukum bangsa-bangsa (*ius gentium*) : hukum yang diterima oleh semua atau kebanyakan bangsa. Hukum itu yang berasal dari hukum Romawi, lambat laun hilang sebab diresepsi dalam hukum positif.
- e. Hukum positif (*lex humana positiva*) : hukum sebagaimana ditentukan oleh yang berkuasa yaitu tata hukum negara. Hukum ini pada zaman modern ditanggapi sebagai hukum yang sejati.

⁸² *Ibid.* Theo Huijbers

⁸³ *Ibid.*

B. Pemikiran (Teori) Hukum Zaman Renaissance (Kebangkitan Kembali).

Masa kebangkitan kembali untuk kembali berpikir bebas dan mengembangkan ilmu pengetahuan seperti yang dilakukan oleh para pemikir Yunani. Masa renaissance adalah masa reformasi atas hegemonie gereja Katholik Roma. Pada masa ini melahirkan para pemikir, Niccolo Machiavelli (1469-1527M), Jean Bodin (1530-1596M).⁸⁴ Ilmu pengetahuan itu harus bebas tanpa campur tangan dari kekuasaan negara. Pemikiran yang serba moral dan serba Ilahi era Klasik dan abad pertengahan, cenderung ditinggalkan oleh teoritikus zaman modern. Teori hukum zaman modern menempatkan manusia duniawi yang otonom sebagai titik tolak teori. Hukum tidak lagi terutama dilihat dalam bayang-bayang alam dan agama, tetapi melulu sebagai tatanan manusia yang bercampur dengan pengalaman sebagai manusia duniawi.⁸⁵

Pemikiran secara umum Zaman Renaissance adalah :⁸⁶

- a. Falsafah harus ditingkatkan derajatnya, di mana tidak dibatasi oleh siapapun apalagi negara.
- b. Pengetahuan empiris harus dikembangkan, sehingga akan muncul eksperimen-eksperimen.
- c. Individualisme harus dikembangkan untuk melakukan hak-haknya.

Meski begitu, sebagai sebagai filsuf, para pemikir zaman modern, terutama era Renaissance, masih juga dipengaruhi kosmologi metefisika. Mereka tetap mengakui hukum alam,

⁸⁴ Op.Cit. Syachran Basyah.

⁸⁵ Op.Cit. Bernard L. Tanya. Et.Al. Hlm 63

⁸⁶ Op.Cit. Syachran Basyah

tetapi tidak menjadikannya sebagai perhatian utama. Bagi para filsuf seperti Jean Bodin (1530-1596), Hugo Grotius (1583-1645), dan Thomas Hobbes (1588-1679), yang teorinya segera dibahas, hukum positiflah (buatan manusia lewat negara) yang menjadi fokus perhatian. Ini bisa di mengerti oleh karena kekuatan yang dihadapi manusia zaman ini adalah : (i) manusia-manusia duniawi yang secara individual menjinjing kebebasan tanpa batas, (ii) keberadaan “*nation-state*” di bawah pemerintahan raja-raja (yang kuat). Teori hukum (sebagai tertib manusia), dikonstruksi dalam konteks yang demikian itu.⁸⁷

Menurut para ahli sejarah terdapat beberapa faktor yang menandakan datangnya suatu zaman baru, yang disertai suatu mentalitas baru juga. Titik tolaknya ialah kenyataan bahwa pada abad ke 15 (lima belas) orang-orang terdidik di Italia mulai menimba inspirasi segar pada zaman klasik, yakni pada kebudayaan Yunani dan Romawi kuno. Sebab itu zaman itu, yang merupakan awal zaman modern, disebut zaman *Renaissance* (kelahiran kembali). Pada zaman itu hidup manusia mengalami banyak perubahan. Bila pada Abad Pertengahan perhatian orang masih diarahkan kepada dunia akhirat dan keselamatan manusia pada Tuhan, pada zaman baru pikiran orang-orang berpaling ke hidup manusia di dunia. Maka *Renaissance* itu adalah penemuan kembali dunia dan manusia (Burckhardt).⁸⁸

Bagi para pemikir tentang hukum perubahan-perubahan tersebut besar artinya :

- a. Sesuai dengan mentalitas baru pembentukan hukum dianggap sebagai bagian kebijakan manusia di dunia.

⁸⁷ Op.Cit. Bernard L. Tanya. Et.Al. Hlm 64

⁸⁸ Op.Cit. Theo Huijsbers. Hlm 30

- b. Organisasi negara nasional disertai pemikiran tentang peraturan hukum yang tepat, baik untuk dalam negeri, maupun untuk hubungan dengan luar negeri (hukum internasional).
- c. Oleh sebab peraturan-peraturan yang berlaku bagi negara dibuat atau perintah raja-raja, raja dipandang sebagai pencipta hukum.

Dapat disimpulkan bahwa sejak zaman baru, tekanan tidak terletak atas hukum alam, yang di luar kebijakan manusia, melainkan atas hukum positif. Namun pada umumnya filsif-filsuf zaman itu menerima juga adanya suatu hukum alam, yang nampak dalam akal budi manusia, umpamanya saja tentang perlunya ditemukan adanya pelanggaran.⁸⁹ Para filsuf hukum negara, baik nasional maupun internasional adalah N. Machiavelli (1469-1527), Jean Bodin (1530-1596), Hugo Grotius (1583-1645) dan Thomas Hobbes (1588-1679).

C. Pemikiran (Teori) Hukum Zaman Aufklarung (1700-1800M)

Adalah era yang diwarnai kekuasaan akal atau rasio manusia, yaitu individu-individu yang rasional, bebas dan otonom. Yang mampu menentukan jalan yang dianggap baik bagi dirinya, termasuk dalam membentuk institusi hidup bersama. Pemahaman tentang negara yang tidak dianggap sebagai lembaga alamiah. Tetapi merupakan makhluk buatan dari manusia yang bebas dan rasional. Negara, berikut tatanan yang ada di dalamnya ditentukan secara rasional dan

⁸⁹ *Ibid.*

objektif.⁹⁰ Meski hidup dala negara, masing-masing individu memiliki hak untuk mengembangkan dirinya dalam tuntunan rasio yang dimiliki masing-masing individu. Maka di sini muncul teori tentang hukum sebagai tatan perlindungan hak-hak azasi manusia. Teori tersebut merupakan jawaban strategis mengenai tertib hidup manusia zaman itu di tengah sistem situasi khas era itu. Pemikir-pemikir utama di era ini, antara lain John Locke, Montesquieu, Rousseau dan Immanuel Kant.⁹¹

Pada abad ke 17 (tujuh belas) dan ke 18 (delapan belas), kepercayaan kepada kekuatan akal budi makin bertambah. Sebab itu zaman itu disebut zaman rasionalisme atau Aufklarung (zaman pencerahan atau zaman terang budi). Pemikiran hukum zaman itu adalah suatu usaha untuk mengerti hukum sebagai bagian suatu sistem pemikiran yang lengkap dan bersifat rasional belaka. Dalam usaha tersebut para pemikir bertolak dari arti hukum sebagai kaidah-kaidah yang berlaku dalam negara, lalu menyelediki manakah prinsip-prinsip umum hukum yang berlaku di mana-mana karena berzaskan pada akal budi tiap-tiap manusia. Ternyata di sini hukum positif merupakan objek pemikiran yang utama. Namun pada umumnya diakui juga adanya suatu hukum kodrat yang berasal dari akal budi manusia juga dan berfungsi sebagai dasar hukum positif.⁹² Pada akhir abad ke VIII, suatu era baru dalam kehidupan politik mulai diwujudkan di Amerika (1776), di Perancis (1789). Revolusi Perancis itu berdasarkan semboyan : liberte, egalite, fraterniti. Dituntut tata hukum baru atas dasar kedaulatan rakyat. Tata hukum itu dibentuk

⁹⁰ Op. Cit. Bernard L. Tanya. Et.Al. Hlm 64.

⁹¹ Ibid.

⁹² Op.Cit. Theo Huijbers. Hlm 31

oleh para sarjana Perancis, atas perintah Kaisar Napoleon. Code civil atau Code Napoleon itu (1804) menjadi sumber kodeks banyak negara modern, antara lain Belanda dan Indonesia. Pemikir pemikir pada zaman ini diantaranya : Christian Wolf (1679-1754), Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778), J.J. Rousseau (1712-1778), Immanuel Kant (1724-1804).

D. Pemikiran (Teori) Hukum Zaman Hukum Positif (Abad ke 19).

Problematika yang muncul antara hukum alam dan hukum positif memperoleh penegasan pada zaman modern. Zaman modern menempatkan manusia secara lebih mandiri, dengan rasionya manusia dapat menentukan apa yang terbaik untuk dirinya. Pada zaman ini melahirkan pemikir seperti William Occam (1290-1350M), Rene Descartes (1596-1650M), Thomas Hobbes (1588 1679M), John Locke (1632-1704M), Jean J. Rosseau (1712-1778).⁹³

Pemikiran umum dari Zaman Hukum Positif (Modern) adalah:⁹⁴

- a. Pengetahuan abadi tentang hukum abadi dari Tuhan itu berada diluar jangkauan rasio manusia. (*Occam*).
- b. Hukum positif tidak perlu harus tergantung pada rasio Tuhan lagi, tetapi dapat sepenuhnya bergantung kepada rasio manusia itu sendiri.
- c. Gagasan-gagasan rasionalisme membawa pengaruh besar dalam hukum, termasuk juga tentang hubungan antara negara dan warganya. (*Decrates*).

⁹³ Op.Cit. Darji Darmodiharjo Et.Al. Hlm 71

⁹⁴ *Ibid.* Hlm 73

Situasi zaman abad ke 19 (sembilan belas) ditandai oleh beberapa kecenderungan :⁹⁵

Pertama, terjadinya revolusi sosial ekonomi, terutama akibat revolusi industri. Revolusi ini selain membawa perkembangan ekonomi yang luar biasa, tetapi juga menimbulkan masalah baru di bidang sosial ekonomi. Ini ditandai munculnya kelas-kelas baru yang berbeda menurut kemampuan ekonominya, yakni kaum buruh dan kaum industrialisasi. Kaum industrialisasi berkuasa penuh atas kaum buruh dan seringkali memerasnya. Situasi ini menjadi landasan teori kritis Karl Marx dengan mengajukan pedoman untuk mengubah sistem masyarakat yang timpang ini menuju tatanan egalitarian.

Kedua, munculnya penolakan terhadap rasionalisme universal abad sebelumnya (yang masih dilanjutkan Hegel pada abad ke 19) yang dianggap cenderung mengabaikan ciri khas suatu masyarakat atau bangsa. Padahal latar belakang kehidupan suatu bangsa merupakan sejarah di mana orang-orang membangun suatu kehidupan bersama bagi mereka sendiri. Mewakili kecenderungan ini muncul historisme dengan tokoh utama nya Carl v. Savigny. “Tertib hidup” manusia yang ditawarkan Savigny adalah setia pada hukum sejati yang berbasis *volkgeist*.

Ketiga, hampir bersamaan dengan historisme, muncul juga pemikiran evolusionisme yang berusaha melacak perkembangan kebudayaan manusia dari tradisional ke modern. Pemikir utama arus ini adalah : Sr. Henry Menie dan Durkheim.

⁹⁵ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 95

Keempat, menguatnya kosmologi positifisme. Semangat ilmiah dan rasionalitas yang tumbuh pada abad ke 18 (delapan belas), kian kuat pada abad ke 19 (sembilan belas). Muncul kegairahan saintisme di segala bidang termasuk di bidang hukum. Kosmologi positifisme ini berpengaruh terhadap hukum dalam tiga bentuk : (i) Positifisme yuridis yang melihat hukum sebagai fakta yuridis menurut metode ilmu hukum positif, (ii) Positivisme sosiologis yang berusaha melihat hukum sebagai gejala sosial, (iii) Ajaran hukum umum yang berusaha menggunakan metode empiris dalam menemukan prinsip-prinsip hukum yang dianggap universal melalui studi perbandingan antar tata hukum positif Pada abad ke XIX dua arus pikiran menjadi nyata, yakni gejala-gejala hidup mulai dipandang secara ilmiah melulu, lagipula mulai dipandang menurut dinamikanya.

a. Pandangan Ilmiah atas Hukum.

Pada abad ke XIX aliran empirisme tetap kuat, akan tetapi dalam bentuk baru, yang dinamakan positifisme. Positifisme berbeda dengan empirisme abad sebelumnya, oleh sebab metode empiris yang dahulu digunakan dalam suatu renungan filsafat, sekarang ini disamakan dengan suatu pengolahan ilmiah belaka. Positifisme hukum ada dua bentuk, yakni positifisme yuridis dan positifisme sosiologis. Yakni :⁹⁶

- 1) Dalam positifisme yuridis hukum dipandang sebagai suatu gejala tersendiri, yang perlu diolah drcara ilmiah. Tujuan positifisme ini adalah pembentukan struktur-struktur rasional sistem-sistem yuridis yang berlaku. Sebab hukum dipandang sebagai hasil pengolahan ilmiah belaka, akibatnya pembentukan semakin profesional.

⁹⁶ Op.Cit. Theo Huijsbers. Hlm 32

- 2) Hukum modern adalah ciptaan para ahli di bidang hukum. Dalam positifisme sosiologis hukum dipandang sebagai bagian kehidupan.

Prinsip-prinsip positifisme hukum dapat diringkas sebagai berikut :

- 1) Hukum adalah sama dengan undang-undang. Dasarnya ialah bahwa hukum muncul sebagai berkaitan dengan negara, hukum yang benar adalah hukum yang berlaku dalam suatu negara.
- 2) Tidak terdapat suatu hubungan mutlak antara hukum dan moral. Hukum itu tidak lain dari hasil karya para ahli di bidang hukum.
- 3) Dalam positifisme yuridis ditambah bahwa hukum adalah suatu “*closed logical system*”. Peraturan-peraturan dapat didiskusikan (disimpulkan secara logis) dari undang-undang yang berlaku tanpa meminta bimbingan dari norma-norma sosial, politik dan moral.

b. Pandangan Historis atas Hukum.

Pada abad XIX ditandai perubahan besar di segala bidang, terutama akibat perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi. Perubahan ini dapat diringkas dalam istilah “*Revolusi Industri*”. Karena perkembangan masyarakat yang ketat itu perhatian para pemikir tidak hanya terarah pada penyelidikan empiris dan ilmiah, melainkan juga kepada gejala perkembangan itu sendiri. Pada abad XIX pengertian hukum merupakan bagian suatu pandangan baru atas hidup, yakni hidup sebagai perkembangan manusia dan kebudayaan.

- 1) Hegel (1770-1831) menempatkan hukum dalam keseluruhan wujud roh yang objektif dalam kehidupan manusia.

- 2) C.F. v Savigny (1779-1861) menentukan hukum sebagai unsur kebudayaan suatu bangsa yang berubah dalam lintasan sejarah.
- 3) Karl Marx (1818-1883) memandang hukum sebagai cermin situasi ekonomi masyarakat.⁹⁷

E. Pemikiran (Teori) Hukum Zaman Sekarang (Abad ke 20).

Humanisasi hidup dan keadilan sosial tampil sebagai kekuasaan yang dihadapi manusia pada abad ke 20 (dua puluh). Persoalan sekitar dua hal itu, sangat beragam. Pertama, tragedi sosial dan kemanusiaan akibat perang dunia I dan II, penindasan kejam oleh rezim politik yang totaliter di zaman Hitler dan Stalin, di samping tragedi-tragedi lain terhadap kemanusiaan. Kondisi-kondisi tragis itu memicu beragam teorisasi mengenai tertib hukum manusia. Semisal tawaran tentang ide keadilan sebagai *rechterde* dari seluruh tata hukum positif (sebagaimana diajukan Rudbruch).

Kedua, kian meluasnya struktur-struktur sosial, budaya, politik dan ekonomi yang meninggirkan yang menindas kelompok-kelompok periferi. Ini memicu teorisasi mengenai tertib hidup yang mengandalkan jalur kritis dan perjuangan (seperti yang dilakukan oleh Neo-Marxisme dan *Critical Legal Theory*).

Ketiga, bersamaan dengan kiat kuatnya peran negara dan hukum (hukum negara) dalam segala aspek kehidupan sosial, juga memunculkan berbagai sikap. Ada yang berusaha membangun teorisasi mengenai hukum dan masyarakat, seperti Max Weber. Ada pula yang menawarkan jalur yang lebih praktis untuk mengurangi exes ketidakadilan akibat

⁹⁷ *Ibid*

kekakuan aturan hukum negara itu (seperti yang dilakukan oleh eksponen Realisme Hukum Amerika). Tapi ada juga yang berusaha meneguhkan otonomi hukum negara melalui jalur tertib yuridis (seperti yang dilakukan oleh Hans Kelsen).

Pemikiran umum dari Zaman Sekarang adalah :⁹⁸ Adalah perkembangan filsafat hukum pada abad ke 19 (sembilan belas), jika pada zaman modern berkembang rasionalisme, zaman sekarang dari rasionalisme dilengkapi dengan empirisme. Empirisme sebenarnya telah dirintis oleh zaman modern seperti *Thomas Hobbes*. *John Austin*. Dalam perkembangan empirisme faktor sejarah juga mendapat perhatian utama, termasuk dalam lapangan hukum. Seperti yang diberikan oleh *Hegel* (1770-1831), *Karl Marx* (1818-1883), *Von Savigny* (1779-1861). Yang ditandai dengan :

- a. Menolak kebenaran pengetahuan melalui rasio semata, kebenaran itu perlu diuji dengan dunia realitas.
- b. Kegiatan teoritis seseorang sarjana hukum terbatas pada uraian arti dan prinsip-prinsip hukum secara empirik.
- c. Tujuan hukum adalah prinsip kemanfaatan dan kegunaan, yang menjadi tolok ukurnya adalah kemanfaatan secara empirik.

Pada abad ke XX di mana kodeks nasional dibentuk. Prinsip-prinsip pembentukan kodeks hukum tersebut di ambil dari pemikiran para tokoh zaman sebelumnya, yaitu abad XIX. Kendati terdapat banyak kesamaan antara siste-sistem dan pemikiran tentang hukum, tentang pengertian hukum yang hakiki tetap terdapat selisih pendapat. Menurut sejumlah pemikir hukum sebaiknya dipandang dalam hubungan pemerintah negara, yakni sebagai norma hukum yang *defacto*

⁹⁸ Op.Cit. Darji Darmodiharjo dan Sidharta. Hlm 94

berlaku. Tolok ukur di sini adalah kepentingan umum, dilihat sebagai bagian kebudayaan dan sejarah suatu bangsa. Prinsip ini diambil dari aliran sosiologi hukum dan realisme hukum. Menurut pemikir lain hukum seharusnya dipandang sebagai bagian kehidupan etis manusia di dunia ini. Maka di sini diakui adanya suatu hubungan antara hukum positif dengan pribadi manusia, yang berpegang pada norma-norma keadilan. Prinsip ini diambil dari filsafat neoskolastik, neokantisme, neohegelianisme dan filsafat existensi.⁹⁹

⁹⁹ Op.Cit. Theo Huijsbers. Hlm 35

BAB VI

PEMIKIR (FILSUF) HUKUM, ZAMAN KLASIK, ZAMAN YUNANI, ZAMAN KEKAISARAN ROMAWI

A. Para Pemikir (Filsuf) Pada Zaman Klasik (Pra-Sokrates)

Filsafat pada masa Prasokrates ini merupakan awal kebangkitan filsafat, tidak hanya di belahan barat, tetapi juga kebangkitan filsafat secara umum. Dikatakan demikian karena pada saat itulah untuk pertama kalinya manusia mulai menjawab berbagai persoalan di sekitarnya tidak lagi bertolak pada mitos atau takhyul yang irasional, tetapi sudah murni dengan rasio.¹⁰⁰

1. Thales (625-545, SM).

Manusia adalah makhluk ciptaan Tuhan yang paling sempurna di muka bumi ini, yaitu dilengkapi dengan seperangkat akal dan pikiran yang tidak dimiliki oleh makhluk lain. Dengan memperoleh akal dan pikiran ini manusia bisa memanfaatkannya dengan sebaik-baiknya dan semaksimal mungkin, yaitu manusia bisa berpikir tentang segala sesuatu secara jauh dan mendalam, dengan menggunakan logikanya.

¹⁰⁰ Op.Cit. Darji Darmodiharjo dan Sidharta. Hlm 61

Kemampuan berpikir manusia ini dinamakan berfilsafat. Filsafat adalah kemampuan berpikir manusia menurut logika, secara bebas dan tidak terikat pada tradisi atau aturan-aturan tertentu, serta agama dan mampu berpikir secara radikal, sistematis, dan berpikir jauh serta sedalam-dalamnya sehingga sampai ke dasar-dasar permasalahan. Orang yang pertama kali berfilsafat dimulai pada masa Yunani Kuno. Sejarah filsafat pada masa Yunani Kuno ini dimulai dengan munculnya berbagai pemikiran yang mendalam, tentang realitas atau alam sebagai tempat berpijak manusia ini. Kesadaran akan pemikiran ini dilakukan dengan perenungan oleh orang-orang yang dianggap bijak, renungan tersebut akhirnya terumus dalam proposisi-proposisi yang sistematis dan bijak.

Dari sinilah sejarah filsafat mulai muncul, yaitu dengan munculnya seorang filsuf pertama yang bernama Thales, yang lahir pada tahun 624 SM, di Miletus Asia Kecil. Pada tahun itu Miletus merupakan yang kota penting yaitu sebagai jalur perdagangan antara Yunani, Italia, Mesir, dan Asia. Sehingga karena sebagai kota transit inilah terjadi pertemuan antar Negara-negara tersebut dan terjadi pertukaran latar belakang kebudayaan dan pemikiran. Dan karena itulah sehingga kota Miletus juga dikenal sebagai pusat intelektualitas. Thales disebut sebagai Bapak Filsafat karena dia adalah orang yang mula-mula berfilsafat. Gelar tersebut diberikan karena dia yang pertama kali berfilsafat tentang apa sebenarnya bahan dasar bumi ini. Dan dia pun menjawab bahan dasar bumi ini adalah air. sehingga Thales adalah filsuf pertama yang memikirkan tentang pertama kali terjadinya alam semesta.

Biografi Thales lahir pada 624 SM, di kota kecil Miletus yang terletak di pantai barat Asia Kecil, yang sekarang disebut Turki. Kota ini menjadi sebuah kota yang menjadi pusat

perdagangan. Kapal-kapal pedagang dengan mudah berlayar ke Nil di Mesir, sedangkan caravan melakukan perjalanan lewat darat menuju kota di Babylon. Penduduk Miletus sering melakukan kontak dagang dengan kota-kota di Yunani dan warga Phoenicia. Di kota ini juga merupakan tempat pertemuan dunia Timur dan Barat, sehingga memungkinkan orang-orang yang saling bertemu tersebut untuk mengisi waktu dengan berdiskusi, bertukar pandang dan pikiran, serta berpikir tentang segala sesuatu. Hal itu merupakan awal dari kegiatan berfilsafat, sehingga para filsuf Yunani pertama lahir di tempat ini. Thales merupakan perintis matematika dan filsafat Yunani, beliau adalah seorang filsuf yang mengawali sejarah filsafat Barat pada abad ke-6 (enam) SM. Thales mendapat gelar Bapak Filsafat karena dia adalah orang yang mula-mula berfilsafat. Sebelum Thales, pemikiran Yunani dikuasai dengan cara berpikir mitologis dalam menjelaskan segala sesuatu.

Pemikiran Thales dianggap sebagai kegiatan berfilsafat pertama karena mencoba menjelaskan dunia dan segala gejala-gejala yang ada di dalamnya tidak bersandar pada mitos melainkan pada rasio manusia. Thales mengajukan pertanyaan yang amat mendasar, yaitu Apa sebenarnya bahan alam semesta ini? dan ia sendiri menjawab air.

Karena pertanyaannya itulah yang mengangkat Thales menjadi filsuf pertama di dunia. Selain sebagai filsuf, Thales juga dikenal sebagai ahli geometri, astronomi dan politik. Tentang kehidupan pribadi Thales, orang tua Thales adalah Examyas dan Cleobulina. Keluarganya memiliki hubungan keluarga kerajaan Phoenicia. Keluarga Thales memiliki hubungan dengan Cadmus pangeran Fenisia. Tentang pernikahannya Diogenes mengatakan Thales menikah dan memiliki seorang putra bernama Cybisthus atau Cybisthon

cerita kedua Thales mengadopsi keponakannya dengan nama yang sama tersebut. Thales adalah seorang saudagar, profesi inilah yang membuatnya sering melakukan perjalanan. Dan dia sering berlayar ke Mesir. Di Mesir inilah, dalam waktu senggangnya Thales mempelajari astronomi dan geometri. Dia mempelajari ilmu ukur dan membawanya ke Yunani kembali.

Thales dapat mengukur piramida dari bayangannya saja. Selain itu, ia juga dapat mengukur jauhnya kapal di laut dari pantai. Kemudian Thales menjadi terkenal setelah berhasil memprediksi terjadinya gerhana matahari pada tanggal 28 Mei tahun 585 SM. Thales dapat melakukan prediksi tersebut karena ia mempelajari catatan-catatan astronomis yang tersimpan di Babilonia, sejak tahun 747 SM. Penemuan Thales dalam matematika yang menggunakan geometri untuk memecahkan masalah, seperti menghitung ketinggian piramida dan jarak kapal dari pantai sehingga membuat dia sebagai matematikawan sejati pertama. Thales juga orang pertama yang mempelajari listrik. Namun tulisan Thales dalam bidang astronomi lebih dikenal dari pada karyanya dalam bidang geometri. Thales mendirikan sekolah filsafat Ionia di Miletus, dan memiliki banyak murid. Anaximander, Anaximenes, Mamercus dan Mandryatus adalah nama dari beberapa muridnya. Namun yang sangat terkenal adalah nama Anaximander, sukses menggantikan posisi Thales di Miletus. Dalam bidang politik, Thales pernah menjadi penasihat militer dan tehnik dari Raja Krosus di Lidya. Selain itu dia juga pernah menjadi penasihat politik bagi dua belas kota Iona. Penyebab kematian Thales belum diketahui secara pasti, dia meninggal pada tahun 547 di Miletus.

2. Anaximander (610-547, SM).

Anaximander atau dalam bahasa Yunani disebut pula sebagai *Anaximandros*, adalah seorang filsuf pada jaman Yunani kuno. Kemunculannya dalam sejarah pemikiran ada setelah Thales. Anaximander lahir di kota Miletus, dekat Soke, Turki. Kota yang sama pula dengan Thales. Lahir di kota Miletus yang kemudian berkembang menjadi kota para filsuf dan merupakan putra dari Praxiades, Anaximander ternyata juga murid dari Thales, filsuf pertama Yunani. Dalam salah satu karangan kuno juga menyebutkan bahwa Anaximander memiliki kekerabatan dengan Thales, hubungan darah atau keluarga, yaitu Thales merupakan paman Anaximander. Kita dapat mengupas Anaximander melalui tulisan Aristoteles, Apollodorus, dan juga Diogenes Laertius. Apa yang ditulis Apollodorus mengenai Anaximander ternyata muncul 500 tahun kemudian setelah kemunculan Anaximander sendiri.

Sementara Aristoteles menuliskannya 500 tahun kemudian setelah Apollodorus. Ini menunjukkan bahwa Anaximander membawa pengaruh yang kuat terhadap perkembangan ilmu pengetahuan, yang pada perkembangannya banyak dikembangkan oleh para filsuf lainnya. Apollodorus, seorang penulis pada jaman Yunani kuno ini, menyebutkan bahwa Anaximander lahir pada tahun 610 SM. Hal ini diperkirakan pada tahun

547 atau 546 SM diadakan olimpiade yang ke-58, dan pada saat itu Anaximander telah berumur 63 tahun. Disebutkan pula bahwa Anaximander meninggal tak lama setelah perayaan Olimpiade tersebut. Sehingga diperkirakan bahwa Anaximander meninggal pada tahun 546 SM. Sebenarnya ini juga menunjukkan walau Anaximander lebih muda 15 tahun dari gurunya, Thales, namun meninggal lebih

cepat, yaitu dua tahun sebelum paman sekaligus gurunya tersebut. Selain itu Diogenes juga pernah menyampaikan bahwa Anaximander mungkin juga telah menggantikan Thales sebagai kepala sekolah filsafat di Miletus. Tak banyak peninggalan-peninggalan yang menyebutkan tentang kisah hidup Anaximander. Karena dari sekian banyak karya tertulisnya hanya satu fragmen yang mampu bertahan. Terlepas bagaimana kehidupannya, pemikirannyalah yang menjadi luar biasa karena membawa pengaruh yang besar pula terhadap perkembangan ilmu pengetahuan.

Anaximander merupakan filsuf alam, yang tentunya banyak dari pemikirannya dipengaruhi oleh perhatian yang cukup besar terhadap alam, lingkungan dan fenomena ataupun gejala yang berkaitan dengan alam. Anaximander dianggap banyak berjasa pada bidang astronomi dan geografi. Walaupun Anaximander merupakan murid Thales, ternyata banyak dari pemikirannya yang berbeda jauh dengan pemikiran gurunya. Dengan mengupas satu persatu tiap detail pemikiran Anaximander, kita akan memahami upaya manusia dalam memandag dan memahami alam semesta.

3. Anaximenes (585-528, SM).

Anaximenes adalah seorang filsuf yang lebih muda dari Anaximandros yang hidup kurang lebih antara 538 sampai 480 SM. Ia menulis sebuah buku dan dari buku itu, sebagaimana juga pada Anaximandros, hanya satu fragmen yang disimpan. Dan dia hidup dalam masa penjajahan Persia yang berupaya memadamkan pemberontakan di Ionia. Pandangan Anaximandros yang menyatakan bahwa *ketakterbatasan* dapat menjadi azas alam semesta dengan segala isinya tidak dapat diterima oleh Anaximenes. Untuk mengganti pandangan

Anaximandros tentang azas pertama. Maka baginya azas pertama segala sesuatu, dari mana segala sesuatu berasal, adalah *hawa* atau *udara*. Menurutny udara meliputi seluruh jagat raya, menjadikan manusia hidup (dengan bernapas). Seperti halnya dengan jiwa manusia adalah hawa atau udara adanya, demikianlah udara mempersatukan segala sesuatu di dalam jagat raya.

Pemikir pertama yang mengemukakan persamaan antara tubuh manusiawi dan jagat raya. Tubuh adalah *mikrokosmos* (dunia kecil) yang mencerminkan jagat raya yang merupakan *makrokosmos* (dunia besar). Maka udara atau hawa itulah yang melahirkan segala benda di dalam jagat raya yang karena adanya pemadatan (*condensation*) dan pengenceran atau perenggangan (*rarefaction*) udara. Hukum fisis terhadap jagat raya ini menggantikan hukum moral (keadilan) dari Anaximandros. Karena memadatnya udara timbul secara berturut-turut angin, air, tanah dan batu. Sebaliknya karena udara menjadi encer atau cair, maka timbul api. Dan seluruh anasir tersebut terbentuk dan membentuk jagat raya dengan segala isinya. Jadi masalah Anaximenes mengenai kosmologi bukan dari pertanyaan “Apakah bahan yang menyusun segala sesuatu?” melainkan “Apakah yang menyebabkan terjadinya perbedaan-perbedaan pada substansi terdalam?”. Jawaban atas pertanyaan di atas adalah *condensation* dan *rarefaction*. Dan perbandingan bagi ajarannya sebelumnya, ajaran dia adalah reaksioner.

Pandangan Anaximenes, bumi (yang berupa meja bundar) melayang di atas udara. Demikian pun matahari, bulan dan bintang-bintang, laksana sehelai daun. Badan-badan jagat raya itu tidak terbenam di bawah bumi, tetapi mengelilingi bumi yang datar itu. Matahari lenyap pada waktu malam, karena

tertutup di belakang bagian-bagian tinggi. Bumi pula yang melahirkan matahari, bulan dan bintang-bintang dari uap bumi yang keluar dan naik ke atas. Di atas itu encer atau jarang, dan sebab itu menjadi api (matahari, bulan dan bintang-bintang). Bintang-bintang tidak mengelilingi bumi dari atas ke bawah dan kembali ke atas lagi, melainkan berkeliling atau beredar di atas bumi seperti topi berputar di atas kepala. Apabila ia tidak kelihatan berarti jauh begitu juga sebaliknya.

B. Para Pemikir (Filsuf) Pada Zaman Yunani (Kuno).

1. Socrates (470-399, SM).

Cara kerja Socrates menggunakan method dialektis atau Tanya jawab (dialog), di mana dengan itu mencoba mencari pengertian-pengertian tertentu, yaitu mencari dasar-dasar hukum dan keadilan yang sejati dan bersifat objektif dan dapat dijalankan serta diharapkan kepada setiap manusia. Menurut pendapatnya bahwa disetiap hati kecil manusia terdapatnya rasa hukum dan keadilan yang sejati, bergemalah detak-detak kesucian, sebab setiap insan itu merupakan sebagian dari Nura Tuhan Yang Maha Pemurah, adil dan penuh kasih sayang: meskipun detak-detak kesucian itu dapat terselubung dan ditutupi oleh kabut tebal, kepemilikan, ketamakan dan kedzoliman. Hukum negara adalah harus dipatuhi karena negara adalah hasil kesepakatan sosial (*social treaty*). Setiap warga negara secara implisit telah berada dalam kontrak sosial untuk mematuhi hukum yang berlaku di negara itu. Sebagai warga negara yang mengetahui hukum yang berlaku dan sebagai warga polis. Socrates pantang untuk menolak atau mengelakan diri dari jeratan hukum atas dirinya. Meski ia tahun bahwa peradilan itu sesat, ia merasa wajib tunduk pada

proses hukum itu. (Socrates menerima hukuman itu dengan minum racun).¹⁰¹ Ungkapan Socrates yang terkenal adalah *Gnothi Seaton*, Yang artinya kenalilah dirimu. Ini adalah kata kunci untuk manusia agar jadi bijak dan adil. Kenalilah dirimu, bahwa kamu adalah bagian dari akal Tuhan. Kenalilah dirimu, bahwa kamu memiliki tempat tertentu menurut stratifikasi sosial dalam negara (pemimpin atau warga biasa). Kenalilah dirimu, bahwa kamu memiliki tugas ganda, sebagai warga negara sekaligus warga religi. Kenalilah dirimu, bahwa kamu harus memiliki pengetahuan yang cukup mengenai berbagai ilmu dalam *encyclopaedie*. Kenalilah dirimu, bahwa kamu memiliki hak untuk memerintah. Syarat Polis yang demikianlah yang membedakan mutu kota Yunani kuno dengan kehidupan kota yang kita kenal saat ini.¹⁰²

2. Plato (429-347, SM).

Plato yang hidup di tengah-tengah lumpur kekacauan Yunani kala itu merasa tak berdaya lagi untuk membersihkan masyarakat dan negaranya sehingga lebih suka melarikan diri dari kenyataan dan pemikirannya juga melayang-layang mengembara di alam hayal, agar supaya tidak terkena oleh kekotoran keadaan pada saat itu, karenanya dapat tetap menghirup hawa yang segar bagi jiwanya. Hal tersebut mempengaruhi cara bekerjanya, karena itu methodenya disebut dengan “Deduktif, Spekulatif, Transdental”. Buku yang terpenting dari Plato adalah : *Politeia (the republic)* atau mengenai negara, *Politicos (the statement)* atau mengenai ahli

¹⁰¹ Op.Cit. Syahrhan Basyah. Hlm 86

¹⁰² Bernard L. Tanya, Yoan N Simanjuntak dan Markus Y.Hage. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010). Hlm 34

negara dan *Nomoi (the law)* atau mengenai undang-undang. Bentuk negara menurut Plato :¹⁰³

1. Aristokrasi (*aristocratie* atau *aristocracy*).

Yaitu : negara yang diperintah oleh sejumlah kecil orang-orang *aristoi* artinya cerdas pandai, golongan ningrat atau para elit yang pada saat itu jumlahnya sangat sedikit.

2. Oligarki (*oligarchie* atau *oligarcy*).

Yaitu : negara yang diperintah oleh sejumlah orang *oligos* artinya sedikit, dengan sedikit dapat memperoleh kekayaan yang melimpah dan akhirnya timbul kekayaan yang menjadi milik pribadi.

3. Timokrasi (*timacratie* atau *timocracy*).

Yaitu negara yang diperintah oleh sejumlah kecil orang *plutos* artinya kekayaan. Dengan kekayaan itulah dia menjadi pemimpin dalam negara.

4. Demokrasi (*demokratie* atau *democracy*).

Yaitu negara yang diperintah oleh sejumlah banyak orang *demos* artinya rakyat. Dalam negara itu rakyatlah yang memiliki kekuasaan untuk memerintah.

5. Tiranie (*tyranie* atau *tyranny*).

Yaitu negara yang diperintah oleh seorang *tyran* artinya kekuatan tunggal. Seorang *tyranian* melakukan pemerintahan dengan sewenang-wenang yang sangat jauh dari cita-cita tentang keadilan.

Plato adalah murid Socrates, pemikirannya adalah merupakan pemikiran Socrates. Kalau Socrates menyebutkan bahwa individual manusia dimungkinkan mencapai kesempurnaan jiwa secara swasembada. Sementara Plato berpendapat kesempurnaan individu hanya mungkin tercipta dalam konteks negara di bawah kendali para guru moral, para

¹⁰³ Op.Cit. Syachran Basyah. Hlm 95

pemimpin yang bijak, para mitra bestari, yakni kaum aristokrat. Model Plato merupakan kerajaan orang yang paling bijak dan menyerupai dewa. (Popper). Kebaikan itu hanya diterima oleh kaum aristokrat. Yaitu orang yang orang-orang terpilih. Karena kaum aristokrat (filsuf) adalah merupakan orang-orang bijaksana. Pemerintahan mereka dimungkinkan adanya partisipasi semua orang dalam gagasan keadilan.¹⁰⁴

Teori Hukum :

- 1) hukum adalah tatanan terbaik untuk menangani dunia fenomena yang penuh situasi ketidakadilan.
- 2) aturan hukum harus dihimpun dalam satu kitab, supaya tidak muncul kekacauan hukum.
- 3) setiap undang-undang harus didahului preamble tentang motif dan tujuan undang-undang tersebut. Agar rakyat dapat mengetahui dan memahami kegunaan mentaati hukum itu.

Jika negara sudah dipegang oleh para aristokrat (filsuf) memungkinkan keadilan tercapai secara sempurna. Dan jika ini terjadi, maka hukum tidak perlukan lagi. Aristokrasi adalah negara ideal Plato. Dengan terus merosotnya negara, baik kedalam bentuk tomokrasi (kemewahan), oligarki (monopoli), demokrasi (tidak terdidik) maupun tirani (sewenang-wenang), tidak mungkin adanya partisipasi semua orang dalam keadilan. Disinilah hukum diperlukan sebagai sarana keadilan.

Tentang dunia Plato membagi dunia menjadi :¹⁰⁵

- 1) Dunia Cita (*ideenwereld*) yang bersifat immaterial.

Yaitu idea tau kenyataan sejati yang bersemayam di alam tersendiri, ialah di alam cita yang berada di luar dunia palsu.

¹⁰⁴ Op.Cit. Bernard. L. Tanya E.Al. Hlm 88

¹⁰⁵ Op.Cit. Syahrani Basyah. Hlm 90

Dunia Cita terdiri dari :

- a) Cita Kebanaran (*idée der warhead*).
 - b) Cita Keindahan dan Kesenian (*idée der schoonheid*).
 - c) Cita Kesusilaan (*idée der zedelijkheid*).
- 2) Dunia Alam (*natuurwereld*) yang bersifat material. Yaitu dunia fana yang bersifat palsu.

Dunia Alam terdiri :

- a) Pikiran (*verstand*).
- b) Perasaan (*gevoed*).
- c) Kemauan (*willen*).

3. Aristoteles (384-322, SM).

Aristoteles adalah murid Plato. Aristoteles berasal dari Kerajaan Macedonia dan datang ke Yunani waktu berumur 17 (tujuh belas) tahun untuk berguru pada Plato. Aristoteles pada waktu itu hidup dalam masa pancaroba di mana keruntuhan Yunani sudah tidak bisa lagi dihindari, sehingga akhirnya Yunani kehilangan kemerdekaannya serta menjadi bagian dari Kerajaan Macedonia. Ia seorang filsuf yang cukup banyak pengaruhnya dalam abad pertengahan. Kewibawaannya dalam lapangan ilmu pengetahuan dan filsafat waktu itu hampir sama dengan kewibawaan gereja Katolik.

Dalam pandangan Aristoteles, hukum memiliki hubungan dengan perasaan sosial-etis. Perasaan tersebut bukanlah bawaan alamiah manusia sempurna versi Socrates, bukan pula mutu kaum terpilih (aristokrat) model Plato. Perasaan sosial-etis justru ada dalam konteks individu sebagai warga negara (*polis*). Berdiri sendiri lepas dari *polis*, seorang individu tidak saja bakal menuai bencana, karena di sananya bukan makhluk swasembada, tetapi juga akan cenderung liar dan tak terkendali karena bawaan alamiah dionysian-nya.

Karena itu hukum, seperti halnya polis, merupakan wahana yang diperlukan untuk mengarahkan manusia pada nilai-nilai moral yang rasional. Hanya dalam polis yang merupakan institusi *logos* (teratur, rasional, bermoral dan mencerahkan), seorang individu dimungkinkan menjadi makhluk moral yang rasional. Dengan meraih keadaan ini manusia dapat menikmati kebahagiaan. Kebahagiaan (*eudaimonia*) karena menemukan diri sebagai oknum moral yang rasional, merupakan tujuan ultimum manusia. Inti manusia moral yang rasional adalah memandang kebenaran (teori kontemplasi) itu sebagai keutamaan hidup (*summum bonum*). Dalam rangka ini manusia dipandu dua pemandu yakni akal dan moral. Akal (*ratio*, nalar) memandu pada pengenalan hal-hal yang benar dan yang salah secara nalar murni, serta serentak memastikan mana barang-barang materi yang dianggap baik bagi hidupnya. Akal memiliki dua fungsi yaitu fungsi teoritis dan teori praktis.¹⁰⁶

Dalam bukunya "*Nicomachean Ethics*" juga telah menulis secara panjang tentang keadilan. Keadilan adalah kebajikan yang berkaitan dengan hubungan antar manusia. Kata adil mengandung lebih dari satu arti. Adil dapat berarti menurut hukum, dan apa yang sebanding, yaitu yang semestinya. Di sini ditunjukkan bahwa seseorang dikatakan berlaku tidak adil apabila orang itu mengambil lebih dari bagian yang semestinya. Orang yang tidak menghiraukan hukum juga tidak adil, karena semua hal yang didasarkan pada hukum dapat dianggap sebagai adil.

Aristoteles membagi keadilan ke dalam dua jenis keadilan :

a. Keadilan Korektif.

Keadilan korektif sama pengertiannya dengan keadilan komutatif, atau disebut juga dengan keadilan rektifikator

¹⁰⁶ *Ibid.* Hlm 95

b. Keadilan Distributif.

Keadilan yang membutuhkan distribusi atas penghargaan. Keadilan ini didasarkan pada transaksi (sunallagatama) baik yang sukarela maupun tidak. Keadilan ini terjadi di bidang hukum perdata. misalnya dalam perjanjian tukas menukar.

4. Epicurus (341-271, SM).

Sejak terpecah-pecahnya polis-polis pasca wafatnya Alexander pada tahun 323 SM. Epicurus menyaksikan fakta antara orang perorangan dan negara, terasing satu sama lain. Individu tidak sudi lagi mengabdikan pada komunitas, termasuk negara. Dan terputus sama sekali kaitan antara kebahagiaan umum dengan kebahagiaan perorangan. Fakta ini memberi pesan tunggal, bahwa manusia pada dasarnya individualis. Afiliasi apapun, termasuk dalam bentuk negara, dasarnya adalah kepentingan-kepentingan perorangan. Tujuan kehidupan adalah kebahagiaan. Kebahagiaan hanya mungkin tercipta, jika tiada penderitaan jiwa-raga. Segala sesuatu yang dapat menyusahkan jiwa-raga harus dihindari. Hukum (sebagai aturan publik), mesti dipandang sebagai tatanan untuk melindungi kepentingan-kepentingan perorangan tersebut. Undang-undang diperlukan sebenarnya untuk mencegah terjadinya kekerasan dan menghindari ketidakadilan akibat konflik kepentingan individual yang muncul. Hukum diperlukan untuk mengatur kepentingan-kepentingan individu secara damai demi terjaganya keamanan raga dan kedamaian jiwa.¹⁰⁷ Hukum adalah kontrak sosial. Karena hukum mengatur nasib individu, maka pembuatannya harus

¹⁰⁷ *Ibid.* Hlm 104

didasarkan persetujuan individu-individu tersebut. Gagasan Epicurus dengan gagasan hukum adalah kontrak sosial tidak semuanya benar. Karena dalam pemikiran Socratespun kita sudah menemukan benih kontrak sosial, yaitu ketika orang bersedia menjadi warga polis dan mengikatkan diri secara moral mentaati seluruh aturan polis. Itu juga merupakan kontrak sosial.¹⁰⁸

Teori Atomistik dari Epicurus tidak kalah penting menyumbang pesan eksplanasi bagi kajian hukum.¹⁰⁹

Pertama-tama, Epicurus mengingatkan kita bahwa suatu sistem hukum dibangun dalam konteks realitas tertentu. Ia mencerminkan situasi atau semangat zaman tertentu. Karena setiap analisis terhadap suatu tatanan hukum, harus selalu memperhitungkan aspek konteks di belakang kelahirian tatanan hukum itu. Pengkajian sejarah dan sosiologi hukum menjadi sangat penting. Dengan begitu terbukanya peluang eksplanasi yang cukup besar mengenai berbagai hal di balik tatanan hukum yang ada. Kita hanya mengenal aturan ini atau itu, tetapi mampu memahami dan menjelaskan profil dan rohnyanya.

Kedua, Epicurus juga menawarkan hal lain, yakni persoalan hukum bertali-temali dengan struktur dan susunan masyarakat di mana hukum itu muncul. Struktur dan susunan masyarakat tersebut harus menjadi satuan analisis dalam setiap kajian kita terhadap hukum. Apa yang digambarkan Epicurus adalah sebuah tipe masyarakat dengan struktur dan susunan yang lebih menekankan faktor individu ketimbang kelompok atau kolektif.

¹⁰⁸ *Op.Cit.* Bernard. L. Tanya. Et. Al. Hlm 49

¹⁰⁹ *Ibid.* Hlm 51

5. Zeno (300, S M).

Zeno hidup di dalam keadaan serba lesu dan morat marit. Pemimpin dari aliran filsafat “Stoazijnen” yang berasal dari perkataan “stoa” yang artinya jalan pasar yang bergambar (*beschilderde markgaanderij*) dan ia memberikan serta mengajarkan fahamnya itu pada murid-muridnya dengan mengambil tempat di jalan-jalan yang bergambar dan banyak tonggak temboknya. Sebagai hasil dari pada aliran stoacijnen ini, maka timbul dalam kebudayaan Yunani apa yang disebut hukum alam atau hukum azasi atau *natuurrechts*.¹¹⁰

Adanya pemikiran hukum alam atau hukum kodrat yang mempengaruhi pemikiran zeno saat itu. Hukum alam membedakan adanya 2 (dua) hukum alam yaitu :

- a. Hukum alam yang berupa kodrat manusia (*natuur van de mens*) yaitu dilihat dari sifat-sifat manusia ialah kodrat yang terletak dalam budi manusia (*menslijke rede*) yang merupakan zat hakikat sedalam-dalamnya daripada manusia (*het diepste wezen van de mens*) dan budi (*rede*) itu bersifat tradisional.
- b. Hukum alam yang berupa kodrat benda (*natuur van de zaak*) adalah hal-hal yang bersifat lahiriah yang nampak sehari-hari di depan manusia. Tuhan itu berada di mana-mana saja di dalam kodrat ini atau Tuhan itu merupakan kodrat itu sendiri (*God is de natuur zelf*). Karena manusia itu merupakan sebagian daripada kodrat, maka juga manusia itu merupakan sebagian daripada Tuhan. Oleh sebab budi Tuhan itu bersifat abadi dan langgeng (*euwig en alemvattend*), maka budi manusia pun demikian pula sifatnya. Hal ini berakibat bahwa hukum sebagai ciptaan

¹¹⁰ Op.Cit. Syachran Basyah. Hlm 106

budi manusia pun merupakan yang abadi dan langgeng serta meliputi segala-galanya, maka dengan demikian dapat disimpulkan bahwa hukum alam itu bersifat abadi dan langgeng serta meliputi segala-galanya.¹¹¹

6. Polybios (204-122, SM).

Ia seorang ahli negara dan sejarah Yunani dari Megalopolis. Mendapat pendidikan di lapangan sejarah dan kenegaraan Yunani, kemudian bekerja selaku ahli politik dan negara Yunani, dan selanjutnya datang sebagai orang tawanan Romawi di Roma. Karena itu ia mendapat kesempatan mempelajari serta meneliti susunan sistem pemerintahan dan jalannya negara Romawi dan semua tenaganya dicurahkan untuk menulis sejarah Romawi. Dia hidup dilingkungan kebudayaan Scipio dan ikut serta dengan Scipio minor ke Afrika dengan mendapatkan perlindungan dan pertolongan sahabatnya orang Romawi yang mempunyai pengaruh bernama Scipio Aemilianus.¹¹²

Pemikiran yang sangat terkenal :

Tidak ada bentuk negara yang abadi hal mana disebabkan sudah terkandungnya benih-benih pengrusakan seperti pemberontakan, revolusi dsb. Benih-benih itu disebabkan adanya sifat-sifat manusia, yaitu:

- a. keinginan akan persamaan yakni terdapatnya hasrat persamaan terhadap mereka yang merasa dirinya sama dengan orang-orang yang lebih beruntung atau lebih kaya daripada mereka, kecuali akan hal tersebut terdapat hasrat yang sama dengan orang-orang yang memegang pimpinan negara. dan

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.* Hlm 108

- b. keinginan akan perbedaan yaitu hasrat perbedaan terhadap mereka yang merasa dirinya berbeda dengan orang-orang lainnya atau merasa dirinya itu lebih tinggi daripada yang lainnya, sehingga akan berakibat ingin diperlakukan berbeda daripada yang lainnya.

Teori proses perkembangan pertumbuhan dan kemerosotan atas bentuk-bentuk negara itu dengan memperhatikan faktor-faktor psikologis tersebut, yang dinamakan dengan teori perjalanan siklus (*cyclisch verloop*) yaitu teori perjalanan perputaran sebagai suatu lingkaran yang tertutup sebagaimana yang digambarkan oleh Aristoteles kepada hubungan sebab akibat (*causaliteit-leer*). Artinya bahwa diantara bentuk-bentuk negara itu satu sama lain adanya perhubungan sebab akibat di mana bentuk yang satu merupakan sebab terhadap bentuk negara yang lainnya, yang merupakan akibat yang demikian dan seterusnya.¹¹³

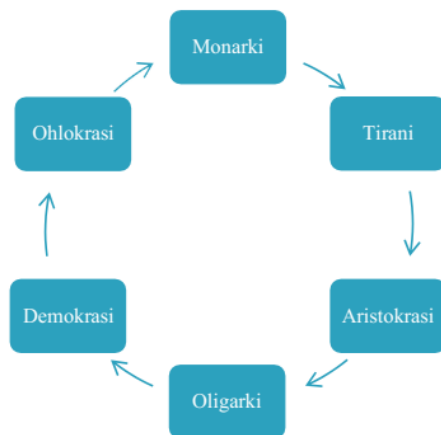
Cyclis kedaulatan dalam negara menurut Polibios dimulai dengan dengan bentuk pemerintah yang paling tua dan selanjutnya berputar secara *cyclis* :

1. Dimulai dengan bentuk Monarki, merupakan bentuk negara tertua, sebagai penguasa tunggal yang melaksanakan pemerintahan dengan adil dan bijak.
2. Dilanjutkan ke bentuk Tirani, merupakan bentuk negara lanjutan, di mana para penerus selanjutnya telah menyeleweng di mana pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan dirinya.
3. Dilanjutkan ke bentuk Aristokrasi, merupakan bentuk negara hasil pilihan rakyat atas perlawanan penguasa yang dzolim, maka dipilihlah orang-orang cerdas pandai dari golongan ningrat untuk memimpin.

¹¹³ *Ibid.* Hlm 107

4. Dilanjutkan ke bentuk Oligarki, merupakan bentuk negara lanjutan dari aristokrasi, di mana para cerdik pandai juga akhirnya melakukan pemerintahan hanya untuk kelompoknya sendiri.
5. Dilanjutkan ke bentuk Demokrasi, merupakan bentuk negara sebagai perlawanan rakyat atas penyelewengan hukum para penguasa. Mereka berjuang merebut kekuasaan dari penguasa dan mengembalikannya kepada kedaulatan rakyat banyak.
6. Dianjutkan ke bentuk Ochlokrasi, merupakan bentuk negara sebagai akibat dari implementasi kedaulatan rakyat yang sebebasnya, sehingga pengisian jabatan-jabatan kekuasaan negara diisi oleh semua orang termasuk juga oleh orang-orang yang bodoh, jahat dsb. Akhirnya penyelenggaraan negara tidak dilakukan semena-mena atas keinginan mereka dan tidak di dasarkan kepada hukum.
7. Dan pada akhirnya secara alami kembali ke bentuk yang paling tua yaitu Monarki.

Teori Cyklis Polibiyos digambarkan sebagai berikut :



C. Para Pemikir (Filsuf) Pada Zaman Romawi

Setelah Yunani disatukan oleh orang Romawi pada tahun 146 SM, dan kemudian digabungkan, sehingga menjadi daerah bagian belaka dari Imperium Romawi. Sebagaimana yang dijelaskan di atas di mana setelah Yunani merupakan bagian dari kekuasaan Romawi, kekaisaran Romawi tidak lagi sempat untuk melakukan pemikiran-pemikiran tentang konsep negara, hukum maupun keadilan. Hal ini disebabkan begitu luasnya wilayah Romawi sehingga para penguasa Romawi tidak lagi memikirkan bagaimana negara, hukum maupun keadilan karena itu para penguasa Romawi lebih cenderung untuk lebih konsentrasi pada terorganisirnya seluruh wilayah kekuasaan Romawi, karena itu secara praktis penguasa Romawi lebih menggunakan konsep-konsep negara maupun hukum yang telah dilahirkan oleh para pemikir Yunani. Karena itu pada era kekuasaan Romawi tidak melahirkan para filsuf terkenal seperti pada zaman Yunani.¹¹⁴ Namun demikian pada era Romawi walaupun tidak terkenal seperti pada era Yunani, terdapat juga ahli-ahli hukum seperti: Gayus, Modestinus, Paulus, Pappinianus dan Ulpianus. Era pemikiran zaman Romawi terbagi ke dalam empat masa :¹¹⁵

1. Masa Kerajaan.

Yaitu masa “*Koningschap*” atau kerajaan yang menjadi pemimpin negara merupakan seorang raja, sehingga bentuk negara merupakan “*Monarche*”. Masa itu tidak begitu penting dalam pertaliannya dengan isi kedaulatan rakyat, pun masa tersebut bersifat legend.

¹¹⁴ Op.Cit. Syachran Basyah

¹¹⁵ Op.Cit. Syachran Basyah. Hlm 112

2. Masa Republik.

Yaitu : masa di mana pemerintahan dipimpin oleh konsul-konsul yang menyelenggarakan dan menjalankan pemerintahan demi kepentingan umum. Biasanya pemerintahan itu dipegang dan dijalankan oleh 2 (dua) orang konsul.

3. Masa Prinsipat.

Yaitu masa "*Principat*", ini dimulai dengan masa Caesar, meski pada waktu itu para Principes atau raja-raja Romawi belum mempunyai kewibawaan (gerag) namun mereka itu pada hakikatnya merupakan orang yang memerintah secara mutlak.

Kemutlakan ini didasarkan pada "*Caesar Ismus*" adanya perwakilan yang menghisap dari pihak Caesar terhadap kedaulatan rakyat. Karena itu hal tersebut dinamakan pula "*Absorptieve Representation*" atau "*Absorberende Vertegen woording*". Dan untuk keperluan orang Romawi mencari dasar-dasar atau landasan-landasan hukumnya agar supaya segala tindakan raja itu yang menyeleweng dari kedaulatan rakyat dapat dibenarkan dan dihalalkan.

4. Masa Dominat

Yaitu masa para kaisar telah terang-terangan dan tanpa malu-malu lagi menjadi raja mutlak, bertindak sewenang-wenang dengan memperkosa hukum dan menginjak-injak perikemanusiaan. Hal mana terlihat ada manusia yang dibakar hidup-hidup atau diadukan dengan manusia lagi, para gladiator atau dengan binatang buas seperti singa diarena terbuka untuk umum dan ditonton sebagai bahan hiburan oleh kaisar dan para pengikutnya sambil minum-minum anggur, makan makanan yang lezat, sedangkan rakyat Romawi masa itu sedang menderita kelaparan.

BAB VII

PEMIKIR (FILSUF) HUKUM, ZAMAN PERTENGAHAN, ZAMAN RENAISSANCE, ZAMAN AUFKLARUNG DAN HUKUM POSITIF

A. Para Pemikir (Filsuf) Hukum, Pada Zaman Abad Pertengahan.

1. ST. Agustinus (354-430, M).

Agustinus adalah menyusun pemikiran baru bagaimana abad pertengahan dengan mengambil bahan-bahan dan pikiran-pikiran masa Yunani Purba dengan pikiran ke Kristenan. Di dalam usia lanjut ia telah diangkat menjadi uskup dari *Hippo Regius* di pantai Afrika Utara.

Buku-bukunya yang terkenal adalah :

- a. *Civitas Dei* atau Negara Tuhan, dan
- b. *Civitas Terrena (Diabolis)* atau Negara Setan.

Kemudian dijelaskan bahwa *Civitas Terrena* merupakan hasil kerja setan atau keduniawian yang terdapat di dalam dunia yang kotor dan fana, sedangkan *Civitas Dei* merupakan kerajaan Tuhan yang langgeng dan abadi akan tetapi

semangatnya di sana sini terdapat di dalam Gereja Kristus sebagai wakil daripada *Civitas Dei* di dalam dunia fana.¹¹⁶ Masih dengan nuansa hukum alam zaman Yunani dan Romawi, St. Agustinus membangun teorinya mengenai hukum di bawah tema keadilan juga. Meski demikian, pengalaman pahit pergolakan menjelang keruntuhan Kekaisaran Romawi, menyebabkan Agustinus memberi poin tambahan pada unsur alam sebelumnya. Jika bagi bangsa Yunani dan Romawi, keadilan dipahami sebagai hidup yang baik, tidak menyakiti siapapun, dan memberi ke setiap orang apa yang menjadi miliknya, maka bagi Agustinus semua itu belum cukup. Mengenal Tuhan dan hidup saleh, adalah juga merupakan unsur penting dalam keadilan.¹¹⁷

Hukum harus didominasi oleh tujuan perdamaian. Bahkan "*res publica*" dipahami sebagai komunitas rasional yang ditentukan dengan nilai-nilai "*deligeri*" (dihargai dan di cintai). Konsep ini sangat berbeda dengan konsep "*regium*" Romawi, yang merupakan segerombolan kelompok yang tidak memiliki keadilan (perseteruan Kaisar dan Gereja).

Keadilan itulah yang mesti menjadi dasar hukum. Tanpa keadilan, apapun tidak layak disebut hukum. (*lex esse von vadatur, quae justa non fuerit*). Dengan teori dua pedang (*zwei zwarden theori*) yaitu pedang kerohanian dan pedang keduniaan. Yang dalam aplikasinya membagi hukum pada : (i) hukum yang mengatur keduniawian (negara) dan (ii) hukum yang soal-soal keagamaan (kerohanian). Dalam suatu organisasi negara dan pemerintahan.¹¹⁸

¹¹⁶ Op.Cit. Syachran Basyah. Hlm 122

¹¹⁷ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 54

¹¹⁸ *Ibid.* Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 54

2. Thomas Aquinas (1225-1274).

Thomas Aquinas salah seorang pemikir Hukum Kodrat yang amat terkenal. Ia dilahirkan dari keluarga bangsawan, ibunya Countess Theodora of Thea memiliki hubungan family dengan dengan Hohenstaufen, keturunan dinasti Holy Roman. Thomas dilahirkan dilahirkan pada awal 1225 M, di kastil ayahnya, Count Landulf dari Roccasecca, Kerajaan Napoli. Saudara Landulf, Sinibald, adalah seorang pastor Benediktin di Monte Cassino. Keluarganya amat menginginkan Thomas menjadi seorang pastor pula, sebuah karir yang amat diidamkan oleh banyak kaum bangsawan pada masa itu.¹¹⁹

Pada permulaannya teorinya tidak diindahkan tetapi ternyata kemudian dipakai sebagai dasar filsafatnya golongan Katolik Roma, sebab berhasil membuat suatu dasar bagi hukum yang berlaku bagi golongan Katolik Roma itu, di mana hukum alam yang diuraikannya itu terkenal dengan nama hukum alam-thomistis (*thomistisch natuurrecht*). Bukunya yang ternashur berjudul *Di samping kebenaran wahyu juga terdapat kebenaran akal*, terdapat pengetahuan yang tidak dapat ditembus oleh akal, dan untuk itu diperlukan Iman. Pengertian Hukum, yaitu ketentuan akal untuk kebaikan umum, yang dibuat oleh orang yang mengurus masyarakat.¹²⁰

Pembagian Hukum, yaitu terdiri dari *Lex Aeterna* yaitu hukum ratio Tuhan yang tidak dapat ditangkap oleh pancaindera manusia, *Lex Divina* yaitu hukum ratio Tuhan yang dapat ditangkap oleh pancaindera manusia, *Lex Naturalis* yaitu hukum yang merupakan penjelmaan *Lex Aeterna* kedalam ratio manusia, dan *Lex Positivis* yaitu hukum yang merupakan *Lex Naturalis* dalam kehidupan dunia. Sama

¹¹⁹ Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manulang. *Pengantar Ke Filsafat Hukum*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007). Hlm 48

¹²⁰ *Op.Cit.* Syachran Basyah. Hlm 123

dengan Agustinus sebagai Imam gereja. Menempatkan hukum dalam konteks moral agama Kristen. Hukum wajib diperlukan untuk menegakkan kehidupan moral dunia (agama kristen). Hal kebaikan dimaksud untuk menjunjung hak alamiah dasar manusia untuk mempertahankan hidup, cinta dan hidup berkeluarga, kerinduan mengenal Tuhan dan hidup bersahabat.¹²¹

Hukum dibagi ke dalam :

- a. hukum positif wahyu-Ilahi (*ius divinum positivum*) dan
- b. hukum positif melalui kegiatan akal yaitu: (a) hukum alam (*ius naturale*), (b) hukum bangsa2 (*ius gentium*), dan (iii) hukum buatan manusia (*ius positivum humanum*).

Thomas Aquinas membagi keadilan ke dalam dua bagian :

1) Keadilan Umum.

Yaitu keadilan menurut kehendak undang-undang, yang harus ditunaikan untuk kepentingan umum.

2) Keadilan Khusus

Yaitu keadilan yang didasarkan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas. Yang dibagi menjadi 3 bagian :

a) Keadilan Distributif.

Keadilan yang diterapkan secara proporsional dalam lapangan hukum publik secara umum. Contoh : Memilih hakim atas dasar kecakapan sebagai seorang hakim.

b) Keadilan Komutatif.

Keadilan yang mempersamakan antara prestasi dan kontraprestasi

c) Keadilan Vindikatif.

Keadilan dalam hal menjatuhkan hukuman atau ganti rugi dalam tindak pidana.

¹²¹ Op.Cit. Bernard L. Tanya. Et.al. Hlm 58

B. Para Pemikir (Filsuf) Hukum, Pada Zaman Renaissance.

1. Niccolo Machiavelli (1469-1527, M). “Negara Kekuasaan”.

Ia seorang ahli sejarah dan negarawan Italia dalam tempat pengasingannya, ditulislah buku-buku yang berjudul :

- a. Discorsis opra la prima deca di Titas Livius (*Discourses on the first ten books of Time Livius*). 3 Jilid 1512-1517.
- b. II Principe (The Prince). 1513

Sebagai ahli sejarah, maka diselidikinya keadaan masyarakat masa Romawi di mana sejarah perkembangannya mencakup 4 tingkatan masa seperti : Kerajaan, Republik, Principat dan Dominat. Keadaan serta pandangan sejarah politik semasa Republik dipelajarinya dengan maksud agar mendapatkan pelajaran yang ada pada waktu itu, yang mana kemudian akan dipakai sebagai pedoman untuk masanya sendiri di dalam masa Renansance.¹²² Pandangan pada masa itu tidaklah dititikberatkan kepada faktor moral, melainkan hanya satu kosmos yang merupakan dari suatu “*natuurproses*” sehingga yang dipentingkan adalah “*vorm*” dan “*materie*”. Ia dipengaruhi jiwa zaman yang menganggap bahwa yang terpenting adalah dunia yang dialaminya sendiri. Dunia pada saat itu adalah merupakan dunia tanpa moral dan saling adu kekuatan sehingga dengan demikian faktor kekuasaanlah yang terpenting (*maachstaat*). Penguasa yaitu pemimpin negara haruslah mempunyai sifat-sifat seperti kancil dan singa. Dia harus menjadi kancil untuk menjadi lobang jaring dan menjadi singa untuk mengejutkan serigala. Raja atau penguasa negara harus memiliki sifat-sifat cerdik pandai dan licin seibar seekor kancil, akan tetapi harus pula memiliki sifat-sifat yang

¹²² Op.Cit. Syahran Basah Hlm 134

kejam dan tangan besi ibarat seekor singa.¹²³ Sebagaimana yang disebutkan dalam buku Principle II “A prince being, that obliged to know well how to act as a beast most intimate the fox and the lion, for the lion cannot protect himself from the traps and the fox cannot defend himself from wolf. One must therefore be a fox to recognize traps, and a lion to frighten wolves”.

Tujuan negara pada masa lampau adalah kesempurnaan, kemuliaan yang abadi untuk kepentingan perseorangan berupa penyempurnaan diri manusia, sedangkan tujuan negara sekarang menghimpun dan mendapatkan kekuasaan yang sebesar-besarnya. Tujuan negara juga dimaksudkan untuk mencapai cita-cita atau tujuan politik demi kebesaran dan kemormatan negara Italia seperti masa keemasan Romawi dan untuk itu diperlukan adanya kekuasaan dan kekuatan yang dapat mempersatukan daerah-daerah sebagai negara tunggal, karena waktu Italia terpecah belah atas kekuasaan-kekuasaan seperti Kerajaan Naples, Roma dan negara-negara gereja dan lain-lain. Seperti teorinya Machiavelli dilakukan dalam mempersatukan wilayah-wilayah Italia yang berpecah menjadi negara Italia yang kuat. (Principle II – 18).

2. Jean Bodin (1530-1596, M). “Hukum Perintah Penguasa Yang Berdaulat).

Ia seorang sarjana hukum dan pengacara dari Toulouse dan pada tahun 1551 datang di Paris serta tinggal dekat istana. Buah tangannya yang terkenal “*Les Six Livres in Republique*” 1576 dan “*Heptameron*”. Pada masa pertengahan masyarakat belum memikirkan dan mengenal bentuk

¹²³ Ibid. Syachran Basyah.

pemerintahan yang absolut. Pada masanya kekuasaan Raja Perancis makin meluas dan bertambah (Raja Henri IV – 1589-1810). Pemerintahan absolut dapat dirumuskan dan dibenarkan dengan diberikan landasan hukumnya oleh Bodin (*Lex Six Livres de la Republique*). Berbeda dengan Machiaveli, Bodin memberikan kekuasaan absolut yang diberikan landasan hukum yang di dalamnya mengandung moral dan moral itu tidak boleh diabaikan.¹²⁴

Bentuk negara terbaik adalah monarki yang secara turun temurun dan hanya laki-laki sajalah yang boleh memerintah. Dengan lahirnya tata politik baru yaitu munculnya negara-negara bangsa di bawah pemerintahan raja-raja yang kuat. Meletakan teori hukum dalam konteks doktrin kedaulatan. Hukum sebagai perintah raja, dan perintah raja ini sebagai aturan umum yang berlaku bagi rakyat dan persoalan umum. Kekuasaan raja adalah yang tertinggi atas warga dan rakyat, raja tidak terikat pada hukum (*summa in cires ac subditos legibusque soluta potesta*).

Sebab jika raja di bawah hukum akan menghancurkan makna kedaulatan. Hukum adalah penjelmaan dari kehendak negara. Negaralah yang menciptakan hukum. Dan negaralah satu-satunya sumber hukum yang memiliki kedaulatan.¹²⁵

C. Para Pemikir (Filsuf) Hukum, Pada Zaman Aufklarung.

1. Christian Wolf (1679-1754).

Di Eropa, ketegangan yang timbul dari pembentukan negara modern itu adalah pemusatan kekuasaannya memunculkan solusi permasalahan yang berbeda jauh dari yang ada di Inggris. Di Benua ini, kekuatan besar yang

¹²⁴ Ibid. Syachran Basyah. Hlm 138

¹²⁵ Op.Cit. Bernard L. Tanya. Et.Al. Hlm 64

diwujudkan dalam sebuah ide kedaulatan diperantarai oleh transformasi hukum alam Kristiani menjadi hukum nalar sekuler. Dengan dibangun di atas gagasan Skotlandia mutakhir, hukum nalar murni dijadikan landasan bagi reformasi dan pembaharuan terhadap sebagian besar aturan hukum Positif. Perkembangannya memang dimulai dari Grotius, namun tokoh-tokoh terkemukanya adalah Pufendorf, Leibniz, Thomasius dan Christian Wolf. Dari satu sisi, di sini kita secara khusus dihadapkan pada perkembangan Jerman dan sekitarnya.¹²⁶

Landasan rasional hukum yang dikombinasikan dalam sebuah sistem hukum alam oleh Christian Wolf. Setidaknya Wolf telah melakukan upaya yang berani untuk mengkombinasikannya. Wolf menjelaskan hukum alam, seperti halnya hukum yang lain, berdasarkan kewajiban “Tidak ada hukum tanpa kewajiban yang mendahului keberadaannya, yang darinya ia berakar, dan yang darinya ia mengalir. Manusia memiliki hak bawaan lantaran ia memiliki kewajiban bawaan, hak itu sama untuk semua manusia, karena hak itu merupakan konsekuensi dari fitrah manusia”. Karena alasan ini, sudah jelas bagi Wolf bahwa semua manusia adalah setara. Tidak ada manusia yang secara alami memiliki hak untuk mengganggu orang lain atau memberikan perintah kepadanya, dan karena itu semua manusia secara alamiah adalah bebas. Bahkan, kebebasan hanya bermakna kebutuhan alami. Titik berat Wolf pada upaya manusia untuk mencapai kesempurnaan bukannya kebahagiaan, akan tetapi hanyalah pergeseran dalam hal penitikberatan yang sudah dijumpai dalam pemikiran Leibniz.¹²⁷

¹²⁶ Op.Cit. Carl Joachim Frieddrich. Hlm 149

¹²⁷ *Ibid.*

2. Ch. Louis de Secondat Montesquieu (1689-1755). “Hukum dan Lingkungan Fisik”.

Montesquieu adalah seorang filsuf yang brilian dari banyak segi. Filsafat hukum tersebut melekat dalam dan pada taraf tertentu terkubur oleh aspek-aspek politik, sosiologis dan sejarah. Namun ide mendasarnya cukup jelas dan sangat penting. Juga baginya hukum berorientasi pada gagasan keadilan dan harus didasarkan padanya.¹²⁸ Montesquieu adalah pemikir bidang hukum dan politik di era *Aufklärung* di Perancis Dalam bukunya : *L'Esprit des Lois* (Roh Hukum). ia membahas *raison d'être* bagi hukum. Ia menjelaskan bahwa dalam suatu bentuk pemerintahan, suatu sistem hukum “harus ditemukan” lebih daripada “bisa ditemukan”, karena sejatinya sistem hukum merupakan hasil dari kompleksitas berbagai faktor empiris dalam kehidupan manusia. Dengan ilham metode empiris dari Aristoteles, Montesquieu berusaha menemukan apa sebabnya suatu negara memiliki seperangkat hukum atau struktur sosial dan politik tertentu? Ia bertolak dari sisi watak masyarakat. Menurutny, ada faktor utama yang membentuk watak suatu masyarakat. Pertama, faktor fisik. Fisik yang utama adalah iklim, yang menghasilkan akibat-akibat fisiologis mental tertentu. Kedua, Faktor moral, seorang legislator yang baik, bisa membatasi pengaruh faktor fisik sekecil mungkin dan bahkan bisa membatasi akibat-akibat karena iklim tertentu.¹²⁹

Faktor iklim dan lingkungan, tidak saja berpengaruh pada watak manusia/masyarakat, tetapi juga pada sifat dan bentuk kegiatan, cara hidup bermasyarakat dan lembaga-lembaga sosial. (moral, agama, agama dan bentuk

¹²⁸ Op.Cit. Carl Joachim Historis. Hal 132

¹²⁹ Op.Cit. Bernald. L. Tanya. Et.Al Hlm 81

pemerintahan). (*Trias Politica*) Semua makhluk termasuk manusia memiliki hukum sendiri-sendiri.

Selanjutnya Montesqieu menyebutkan bahwa :

- a. hukum alam yang jelas tidak dapat diubah dan dipertentangkan,
- b. hukum agama yang berasal dari Tuhan,
- c. hukum moral dari ahli filsafat di mana hukum bisa dibuat dan diubah, dan
- d. hukum politik dan sipil.

Yang berkaitan dengan struktur konstitusional. Di bidang pemerintahan berpendapat bahwa dalam praktiknya sering disalah gunakan. Untuk mencegah itu, kekuasaan negara tidak boleh tersentralisasi dan dimonopoli oleh penguasa atau lembaga politik tertentu. Kekuasaan negara perlu dibagi-bagi. Kemudian inilah yang dikenal dengan gagasan pemisahan kekuasaan negara. Pemisahan dimaksudkan agar semata-mata demi memperoleh kebebasan politik rakyat tidak tercederai. Gagasan ini yang sangat terkenal dengan "*Trias Politica*".¹³⁰ Montesqieu membagi fungsi kekuasaan negara dalam 3 (tiga) fungsi, yaitu :

- 1) Fungsi Legislatif, yaitu lembaga yang berfungsi membuat undang-undang.
- 2) Fungsi Eksekutif, yaitu lembaga yang berfungsi melaksanakan undang-undang, dan
- 3) Fungsi Yudikatif, yaitu Lembaga yang berfungsi mengawasi undang-undang.¹³¹

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Op.Cit.* Jimly Asshiddiqie. Hlm 13

3. Voltaire (1694-1778).

Selama zaman pencerahan abad ke XVIII Voltaire termasuk filsuf yang termasyhur diantara berbagai filsuf lainnya yang ada. Ia menghasilkan banyak sekali karya meskipun sebenarnya dia bukanlah seorang penulis yang original. Ia peka sekali terhadap gagasan-gagasan yang tersebut pada zamannya serta pandai mengungkapkannya guna mencapai tujuannya. Banyak sekali pengetahuan yang dipelajari, antara lain sastra, sejarah, ilmu hukum, politik, ilmu pengetahuan alam, kesenian dan filsafat, sehingga pengetahuannya sangat luas sekali. Barangkali karena pengetahuannya yang terlalu banyak itulah yang menyebabkan tulisan-tulisan yang dihasilkannya tidak begitu mendalam. Sebagian karyanya antara lain memuat tentang kesusastraan dan syair-syair. Melalui berbagai tulisannya, utamanya kepandaiannya dalam bersastra, ia mengkritik kehidupan para penguasa Perancis pada Abad ke XVIII.¹³²

Sebagai tokoh penyebar pencerahan, ia mengkritik keberadaan dan kebenaran tahyul. Orang yang percaya akan tahyul telah timbul dalam paganisme, tahyul ini kemudian diambil oleh agama Yahudi dan menjangkiti Gereja Kristen sejak zaman klasik. Semua bapak Gereja tanpa kecuali percaya akan kekuatan ilmusihir. Gereja sendiri selalu mengutuk ilmu sihir, namun demikian Gereja tetap percaya akan hal itu. Gereja tidak mengusir tukang ilmu sihir sebagai orang-orang gila yang sesat jalan, melainkan sebagai orang-orang yang dalam kenyataannya mengadakan hubungan dengan setan. Dewasa ini sebagian masyarakat Eropa masih ada yang mempercayai terhadap keberadaan ilmu sihir. Voltaire, sebagaimana tokoh yang beraliran Protestan, menganggap

¹³² Kompasiana.com/24/10/2019.

patung suci, pengampunan, samadi, doa-doa bagi orang yang sudah meninggal, air suci dan semua upacara dari Gereja Roma sebagai kelemahan jiwa yang percaya akan tahyul. Menurut Voltaire, tahyul adalah mengandung unsur-unsur yang menganggap pekerjaan yang sia-sia sebagai pekerjaan-pekerjaan yang penting-penting.¹³³

Gagasan pokok yang dikemukakannya selama hidup salah satunya adalah pendiriannya yang tergigih yakni mutlaknya jaminan kebebasan bicara dan kebebasan pers. Kalimat masyhur yang sering dihubungkan dengan Voltaire adalah yang berbunyi “Saya tidak setuju apa yang kau bilang, tetapi saya akan saya bela mati-matian hakmu untuk mengucapkan itu”. Walaupun mungkin Voltaire tidak pernah berbicara seperti itu, tetapi yang jelas kalimat itu benar-benar mencerminkan sikap Voltire yang sebenarnya. Prinsip Voltaire yang lainnya adalah kepercayaannya akan kebebasan beraagama. Seluruh karirnya dengan tidak tergoyahkan dia menentang ketidaktoleransian agama serta penghukuman yang berkaitan dengan soal-soal agama. Meskipun Voltaire percaya adanya Tuhan dia dengan tegas berbagai sebagian dogma-dogma agama dan dengan mantapnya dia mengatakan bahwa organisasi berdasarkan keagamaan pada dasarnya suatu penipuan.¹³⁴

4. J.J. Rousseau (1712-1778, M). “Hukum Kehendak Etis Umum”.

Masih dengan tema anti kekuasaan absolut J.J. Rousseau seperti juga John Locke mengkonstruksi teorinya tentang hukum dalam konteks perlindungan individu. Sesuai semangat Aufklarung, Rousseau melihat keberadaan sejati manusia

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

sebagai oknum yang memiliki otonomi etis. Itulah sebabnya, hukum sebagai tatanan publik hanya dapat dipahami dalam realitas dasar itu. Rousseau dalam membangun teorinya tentang hukum beranjak dari sebuah pernyataan dasar, mengapa manusia yang semula hidup dalam keadaan alamiah, bebas, dan merdeka, rela menjadi oknum yang terbelenggu oleh aturan. Karena hukum itu milik publik dan karena itu objektif sifatnya.¹³⁵

Keberadaan sejati manusia sebagai oknum yang memiliki otonomi etis. Kebebasan bagi individu ini adalah ontologi hidupnya, sebabnya hukum sebagai tatanan publik hanya bisa dipahami dalam realitas dasar. Hukum beranjak dari sebuah pertanyaan dasar, mengapa manusia yang semula hidup dalam keadaan alamiah, bebas dan merdeka, rela menjadi oknum yang terbelenggu oleh aturan. (karena hukum itu milik publik dan bersifat objektif). Hakikat azasi hukum adalah “*volonte generale* : kemauan umum”, bukan “*volonte de corps* : kemauan golongan tertentu”. Sebagai implementasi dari “*volonte generale*”, hukum itu berfungsi sebagai tatanan yang melindungi kepentingan bersama sekaligus kepentingan pribadi, termasuk milik pribadi.¹³⁶

5. Immanuel Kant (1724-1804, M). “Hukum Produk Akal Praktis”.

Immanuel Kant dikenal dengan Imperatif Katagorinya. Ada dua norma yang mendasari prinsip ini, yaitu :

1. Tiap manusia diperlakukan sesuai martabatnya. Ia harus diperlakukan dalam segala hal sebagai subyek, bukan objek.

¹³⁵ Op.Cit. Bernard L. Tanya. Et.Al. Hlm 86

¹³⁶ *Ibid*

2. Orang harus bertindak dengan dalil bahwa apa yang menjadi dasar tindakannya memang merupakan prinsip semesta. Prinsip semesta yang dimaksud oleh Immanuel Kant adalah penghargaan akan manusia yang bebas dan otonom. Manusia memiliki hak-hak dasar, seperti hak menikah dan hak berkontrak, dan hak yang bersifat lahir, yaitu hak untuk memiliki.¹³⁷

Pemikirannya didasarkan pada empirisme, yaitu aliran yang bertentangan dengan rasionalisme, *bahwa*, menurut empirisme sumber pengetahuan manusia bukan rasio, melainkan pengalaman (empirik), tepatnya pengalaman yang berasal dari rasionalisasi inderawi. Hukum merupakan kebutuhan dari setiap makhluk bebas dan otonom yang mau tidak mau memang harus hidup bersama. (*hiduplah berdasarkan hukum jika ingin hidup bersama secara damai dan adil*), seruan ini bernuansa imperative etik dan oleh karena itu, timbul kewajiban untuk mentaati hukum. Untuk membangun negara yang rasional diperlukan suatu hukum dan manajerial pemerintahan yang memastikan setiap orang menghormati kebebasan orang lain (negara hukum : *rechtstaats*). Negara tidak perlu mengatur rakyatnya dengan kontrol yang bersifat moral ataupun religius, sebab jika dalam suatu masyarakat majmuk masing-masing kelompok mengklaim kebenaran absolut agama, moral atau budayanya, maka yang terjadi adalah kekacauan dan konflik di dalam masyarakat.¹³⁸ Karena hukum harus berpedoman pada dua prinsip imperative kategoris dimaksud, maka Immanuel Kant memasukan hukum dalam bidang akal praktis. Hukum adalah

¹³⁷ Op.Cit. Bernard L. Tanya. Et.Al. Hlm 77

¹³⁸ *Ibid.*

merupakan bidang akal praktis yang berbicara apa yang seharusnya. Hukum merupakan bidang *sollen*, bukan bidang *sein*, ini ada kaitan dengan kategori Kant mengenai akal manusia. Untuk melihat hukum harus menggunakan akal yaitu:

- 1) akal murni adalah media untuk melihat yang ada (*sein*), dan
- 2) akal praktis adalah media untuk melihat yang harus (*sollen*). yaitu norma-norma. Itulah sebabnya, hukum merupakan bidang akal praktis. Akal praktis berbicara apa yang seharusnya.¹³⁹

Selanjutnya Kant menjelaskan bahwa Konsep Negara Hukum (*Rechtsstaat*) memiliki ciri-ciri.¹⁴⁰

- 1) Perlindungan Hak Azasi Manusia (Protection of Human Rights).
- 2) Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak tersebut (Separation of Power).
- 3) Pemerintah berdasarkan perundang-undangan (Legality of Law), dan
- 4) Peradilan administrasi dalam perselisihan (*Justice of administration*), (PTUN).

D. Para Pemikir (Filsuf) Hukum, Pada Zaman Hukum Positif

1. Thomas Hobbes (1558-1679 M). "Hukum Tataanan Keamanan".

Hukum dilihat sebagai suatu kebutuhan keamanan bagi individu. Di tengah orang-orang liar (*egois*) yang suka saling memangsa (*war of all against all-semua memangsa semua*),

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Jimly Ashiddiqie. *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. (Jakarta: Kontitusi Pres, 2006).

dan saling membinasakan (*homo homini lupus*) hukum merupakan alat yang penting bagi terciptanya masyarakat yang aman dan damai. Menurut Hobbes, sebagai posisinya penganut materialisme manusia (sejak zaman purbakala) dikuasai oleh nafsu-nafsu alamiah untuk memperjuangkan kepentingannya sendiri. Tidak ada pengertian yang adil atau tidak adil, yang ada hanyalah nafsu-nafsu manusia. Dalam keadaan seperti ini, terjadilah *bellum omnium contra omnes*, di mana setiap orang selalu memperlihatkan keinginannya yang sungguh-sungguh egois.¹⁴¹ Agar hukum yang efektif, maka hukum butuh penegak yang kuat, yaitu penguasa yang memiliki kekuasaan besar. Hukum alam adalah sebagai tatanan perilaku yang terdiri dari aturan yang bijak. Keluhuran hukum alam menjadi panduan bagi raja dalam mengeluarkan perintah. Kekuasaan raja yang mutlak, semata-mata dibutuhkan untuk menegakkan hukum agar individu-individu warganya aman dari gangguan individu lain.

Lalu hukum yang bagaimanakah yang dibutuhkan? Seperti Bodin yang memperdulikan keluhuran hukum alam, Hobbes melihat hukum alam sebagai tatanan perilaku yang terdiri dari aturan-aturan yang bijak. Bagi Hobbes dan juga Bodin, keluhuran hukum alam menjadi panduan bagi raja dalam mengeluarkan perintah. Kekuasaan raja yang mutlak, semata-mata dibutuhkan hukum untuk menegakkan hukum agar individu-individu warganya aman dari gangguan individu lain sesamanya. Hukum alam (yang intinya keadilan, kesetaraan, kerendahatian, kemurahan, dan semua yang sebaiknya dilakukan), tidak akan tegak dan tidak akan berfungsi sebagai payung perlindungan jika tanpa ada kekuasaan dan penguasa untuk menegakkannya.

¹⁴¹ *Ibid.* Bernard L. Tanya. Et.Al Hlm 66

Dengan kata lain, tanpa kekuasaan yang efektif untuk menegakkan hukum, maka tiap individu akan kembali pada naluri aslinya, yakni bertindak berat sebelah, sombong, dendam dan sebagainya.¹⁴²

2. Hugo de Grotius (1583-1645, M). “Kesadaran Sosialitas”.

Manusia egois yang diuraikan model Hobbes, bertentangan dengan dengan Grotius, bagi Grotius, setiap orang memiliki kecenderungan hidup bersama. Tidak hanya itu, memiliki rasio, juga manusia itu ingin hidup secara damai. Itulah Grotius menjadikan sosiabilitas manusia sebagai landasan ontology dan fondasi segala hukum.¹⁴³ Sumber hukum adalah rasio manusia, karena karakteristik yang membedakan manusia dengan makhluk lain adalah kemampuan akalnya, bahwa seluruh kehidupan manusia harus berdasarkan kepada kemampuan akal (rasio) itu, Bahwa hukum alam adalah hukum yang muncul sesuai kodrat manusia, bahwa, hukum alam tidak dapat diubah, oleh Tuhan sekalipun (ekstrim grotius), bahwa, hukum alam itu diperoleh manusia dari akalnya, tapi Tuhanlah yang memberikan kekuatan mengikatnya. Manusia mempunyai kecenderungan hidup bersama, karena manusia memiliki rasio, manusia juga ingin hidup secara damai. Hukum berasal dari kesadaran sosial untuk hidup damai. Pada saat terjadi kekacauan itu adalah merupakan gesekan-gesekan sosial dalam hidup bersama, utamanya ketika tidak ada aturan main. Akan tetapi kekacauan sesungguhnya bukan bawaan manusia.

¹⁴² *Ibid.* Hlm 67

¹⁴³ *Op.Cit.* Bernard L. Tanya. Hlm 68

Hukum dibutuhkan agar setiap orang kembali pada kodratnya sebagai manusia sosial yang berbudi. Hukum sebagai pengawal dalam sosiabilitas manusia untuk menjamin agar prinsip-prinsip individu sosial berbudi tetap tegak. Prinsip-prinsip itu adalah:

- a. milik orang lain harus dihormati,
- b. kesetiaan pada janji,
- c. harus ada ganti rugi, dan
- d. harus ada hukuman untuk setiap pelanggaran.

Grotius sebagai tokoh hukum alam membagi hukum alam dalam arti sempit dan dalam arti luas. Hukum alam dalam arti sempit (merupakan hukum yang sesungguhnya) karena menciptakan hak untuk menuntut apa yang menjadi bagian hak seorang. Keadilan yang berlaku dalam bidang ini adalah keadilan yang melunasi (*iustitia expletrix* atau *commutative*). Sedangkan hukum alam dalam arti luas menunjuk pada hukum yang tidak menciptakan hak yuridis, melainkan hak berdasarkan kepantasan (*aptitude*). Keadilan yang berlaku dalam bidang ini adalah keadilan yang memberikan (*iustitia atributrix* atau *distributive*).¹⁴⁴

3. John Locke (1632-1704, M). “Pelindung Hak Kodrat”

Filsafat hukum Locke, seperti halnya Hobbes, dibentuk dengan ide legislasi positif yang dihasilkan dari keputusan kehendak. Namun legislasi ini melekat dalam aturan perundang-undangan yang diberi interpretasi hukum positif dengan menjadikannya mengalir dari kehendak rakyat. Posisi kedaulatan diambil alih oleh kekuasaan konstitusi sebagai kekuatan pengabsah yang melandasi aturan constitutional.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Op.Cit. Bernard L. Tanya. Hlm 70

¹⁴⁵ Op.Cit. Carl Joachim Fredrich. Hlm 129

Sebagai penganut hukum alam abad ke 18(delapan belas). Locke berpegang pada prinsip hukum alam zaman itu yaituu kebebasan individu dan ketakutamaan (rasio) sosial. Teori kontrak sosialnya sangat berbeda dengan kontrak sosialnya Hobes, di mana menyerahkan semua hak-hak individu kepada penguasa yang kuat (raja), Orang-orang yang melakukan kontrak sosial bukanlah orang yang ketakutan dan pasrah. Melainkan mereka adalah orang-orang yang tertib dan menghargai kebebasan, hak hidup dan kepemilikan harta sebagai hak bawaan seorang manusia. Hak-hak tersebut tidak ikut diserahkan penguasa, ketika kontrak sosial itu dilakukan. Karena itu penguasa tidak memiliki kekuasaan mutlak. Untuk melindungi hak-hak tersebut, maka rakyatlah yang membuat hukum bukan penguasa (*Trias Politica*).¹⁴⁶ John Locke membagi kekuasaan negara dalam 3 (tiga) fungsi, yaitu : (i) Fungsi Legislatif, yaitu fungsi pembuat undang-undang, (ii) Fungsi Eksekutif, fungsi pelaksanaan undang-undang dan (iii) Fungsi Federatif, fungsi kerja sama di bidang hubungan internasional.¹⁴⁷

Menurut Locke hak-hak tersebut tidak diserahkan kepada penguasa ketika kontrak sosial dilakukan. Oleh karena itu, kekuasaan penguasa yang diberikan lewat kontrak sosial, dengan sendirinya tidak mungkin bersifat mutlak. Kalau begitu, adanya kekuasaan tersebut justru melindungi hak-hak kodrat dimaksud dari bahaya-bahaya yang mungkin mengancam, baik yang datang dari dalam maupun dari luar. Begitulah hukum yang dibuat dalam negara pun bertugas melindungi hak-hak tersebut. Bagaimana memastikan hukum yang dibuat itu memang diarahkan pada perlindungan hak-

¹⁴⁶ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 72

¹⁴⁷ Jimly Asshiddiqie. *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. (Jakarta: Konstitusi Press, 2006). Hlm 12

hak dasar tersebut? Rakyat sendirilah yang harus menjadi pembuat hukum. Lewat lembaga legislatif, rakyat berhak menentukan warna dan isi sebuah aturan. Hak rakyat menyusun undang-undang bersifat primer, asli dan tidak bisa dicabut. Karena itu, Locke menempatkan lembaga legislative sebagai inti dalam kehidupan politik.¹⁴⁸

4. John Austin (1790-1859, M). “Hukum Itu Tata Hukum”

Austin dilahirkan pada tahun 1790, di Suffolk, dari keluarga kaum pedagang. Austin, seorang berkewarganegaraan Inggris, yang pernah berdinasi di tentara, dan ditugaskan di Sisilia dan Malta. Namun ia juga mempelajari hukum. Pada tahun 1818, Austin bekerja sebagai advokat. Tapi ia tidak menjalaninya secara serius. Ia belakangan meninggalkan pekerjaan itu, pindah menjadi seorang ilmuwan hukum. Pada tahun 1818 hingga tahun 1832, selama 6 (enam) tahun lamanya, ia bekerja sebagai guru besar bidang *jurisprudence* di London University. Sesaat setelah mengundurkan diri sebagai Profesor, ia menjabat jabatan-jabatan di lembaga-lembaga kerajaan. Misalnya : ia pernah bekerja di *Criminal Law Commission* dan *Royal Commission* untuk Malta.¹⁴⁹ Hukum adalah perintah dari penguasa negara. Hakikat hukum sendiri, menurut Austin terletak pada unsur perintah itu. Hukum dipandang sebagai suatu sistem yang tetap, logis dan tertutup. Dalam bukunya “*The Province of Jurisprudence Determined*” Austin menyatakan “*A law is command which obliges a person or persons.... Laws and others commands are said to proceed from superiors, and to bind or oblige inferiors*”. Lebih jauh Austin menjelaskan, pihak superior itulah yang menentukan apa yang diperbolehkan.

¹⁴⁸ Ibid, Bernard L. Tanyta. Et.Al. Hlm 72

¹⁴⁹ Op.Cit. Antonius Cahyadi. Et.Al. Hlm 64

Kekuasaan superior itulah memaksa orang untuk taat. Ia memberlakukan hukum dengan cara menakut-nakuti, dan mengarahkan tingkah laku orang lain kearah yang diinginkan nya.¹⁵⁰

Sebagai aliran positifisme yuridis, hukum hanya ditangkap sebagai aturan yuridis, lebih khusus bentuk yuridisnya. Mengenai isi dan materi hukum bukan hal yang penting. Ia menjadi bidang kajian ilmu yang lain, bukan wilayah kajian hukum. Ilmu hukum hanya berurusan dengan fakta bahwa ada tata hukum yang dibuat negara, dan karenanya harus dipatuhi (*State Order*). Kalau tidak dipatuhi siaplah menerima sanksi.

Hukum bukan soal-adil tidak adil, dan juga bukan soal relevan atau tidak dengan pergumulan dunia riil. Satu-satunya yang relevan jika berbicara tentang hukum, adalah ia ada dan sah secara yuridis (*Legism*). Aliran ini, memang punya latar belakang sendiri, yang secara gegabah menerapkan cara berpikir positifisme August Comte dan empirisme david hume. Seolah konsisten dengan tesis Comte dan Hume, positifisme yuridis ingin menangkap tata hukum sebagai fakta sensual, sekedar sebuah fakta empiris. Akibatnya, ia hanya peduli pada segi-segi yang dapat ditangkap dengan pancaindra, Ya hukum dipaksa untuk ditangkap oleh indera sensual. Itulah sebabnya, bagi Austin, tata hukum itu nyata dan berlaku bukan karena mempunyai dasar dalam kehidupan sosial (kontra Comte dan Spencer), bukan hukum itu berdasar pada jiwa bangsa (contra von Savigny), bukan cermin keadilan dan logos (contra Socrates cs), tetapi karena hukum itu mendapat bentuk positifnya dari institusi yang berwewenang (*Authority Mandate*). Justifikasi hukum ada di segi formal-legalistiknya,

¹⁵⁰ Op.Cit. Darji Darmiharjo dan Sidharta. Hlm 114

baik sebagai wujud perintah penguasa (Austin) ataupun derivasi *Grundnorm* (Kelsen),). Hukum yang dilihat bebtuk formalnya, bukan mutu isinya. Materi hukum, merupakan kajian non yuridis yang di pelajari oleh disiplin ilmu lain.¹⁵¹

Dalam pandangan lain Austin berpendapat “*being commands (and therefore being established by determinate individual or bodies), there are law properly called : they are armed with sanctions, and impose duties, in the proper acceptation of the terms*”. Perintah yang dibuat dan diberikan oleh pribadi-pribadi tertentu atau badan tertentu, ada yang disebut dengan hukum, yang dipersenjatai dengan sanksi-sanksi, dan dengan diberikan tugas-tugas tertentu, sesuai dengan fungsinya masing-masing. Terhadap perintah oleh seorang pemangku otoritas, selama perintah tersebut sah (*legalise*) secara hukum dan dilakukan sesuai dengan tidak melampaui kewenangannya yang diberikan oleh hukum, karenanya disebut perintah hukum (*order by law*) wajib dilaksanakan dan dipatuhi (*enforce*).

Dalam buku karangannya “*the province of jurisprudence determined*”, dengan ajarannya “*the imperative school*”, bahwa hukum adalah perintah dari penguasa negara (*state order*), bahwa hakikat hukum terletak pada unsur perintah, bahwa hukum dipandang suatu sistem yang tetap, logis dan tertutup, bahwa pihak superior itulah yang menentukan apa yang diperbolehkan dan kekuasaan superior itu memaksa orang lain untuk taat dan mematuhi. bahwa hukum adalah perintah yang memaksa (*force order*) yang dapat saja bijaksana (*wise*) dan adil (*fair*) ataupun sebaliknya. Bahwa, hukum dibedakan antara hukum Tuhan dan hukum yang dibuat oleh manusia,

¹⁵¹ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 118

bahwa, hukum yang dibuat oleh manusia, yaitu hukum yang sebenarnya yang di dalamnya meliputi perintah, sanksi, kewajiban dan kedaulatan.

Hukum itu nyata dan berlaku, bukan karena mempunyai dasar dalam kehidupan sosial (*contra comte dan spencer*), bukan karena hukum itu bersumber pada jiwa bangsa (*contra von savigny*), bukan karena cermin keadilan dan logos (*contra socrates cs*), tetapi hukum itu mendapat bentuk positifnya dari institusi yang berwewenang (*Authority-Mandate*). Justifikasi hukum ada di segi formal-legalistiknya, baik sebagai wujud perintah penguasa (*versi austin*), maupun derivasi *Grundnorm* (*versi kelsen*).

Hukum yang dilihat bebtuk formalnya, bukan mutu isinya. Materi hukum, merupakan kajian non yuridis yang di pelajari oleh disiplin ilmu lain *being commands (and therefore being established by determinate individual or bodies), there are law properly called : they are armed with sanctions, and impose duties, in the proper acceptation of the terms*. Perintah yang dibuat dan diberikan oleh pribadi-pribadi tertentu atau badan tertentu, ada yang disebut dengan hukum, yang dipersenjatai dengan sanksi-sanksi, dan dengan diberikan tugas-tugas tertentu, sesuai dengan fungsinya masing-masing. Terhadap perintah oleh seorang pemangku otoritas, selama perintah tersebut sah (*legalise*) secara hukum dan dilakukan sesuai dengan tidak melampaui kewenangannya yang diberikan oleh hukum, karenanya disebut perintah hukum (*order by law*) wajib dilaksanakan dan dipatuhi. (*enforce*).

5. David Hume (1711-1776) “Hukum Kaidah Menggapai

Simpati”.

Setelah menjadi murid dari Hobbes, David Hume memandang manusia sebagai oknum barbar. Bagi Hume, manusia itu tidak memiliki kecendekiaan untuk berbuat adil. Oknum barbar itu dari asalnya tidak memiliki kapasitas menjunjung tinggi keadilan dan kesetaraan. Tidak hanya itu, ia juga tidak memiliki kekuatan pikiran yang memadai untuk berpegang teguh pada kepentingan umum dan kepentingan yang lebih luas. Tindakan manusia ditentukan oleh hasrat, bukan oleh rasio, yaitu rasio penilaian yang benar atau yang salah. Tidaklah cukup menjadi motif bagi kehendak. Hukum untuk mendorong pada referensi akan keadilan akan kepemilikan yang wajar.

Selanjutnya Hume menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan wajar adalah:

- a. pemilikan barang tidak boleh berlebihan,
- b. pemilikan tersebut harus diperoleh secara halal, dan
- c. pemindahannya harus berdasarkan kesepakatan. Hukum memperoleh sebagian besar nilai kewajibannya, justru dari manfaat yang dapat disumbangkan bagi keadaban manusia, yakni membagi kebahagiaan.¹⁵²

Hume berpendapat bahwa segala sesuatu yang memberi kebahagiaan kepada masyarakat, akan dengan sendirinya disambut dengan aprobas (penerimaan baik). Sesuatu yang berguna, akan memberi kebahagiaan, karena keadaan yang memberi kegunaan merupakan sumber pujian dan kemauan yang baik. Ia merupakan sumber tunggal penghargaan yang tinggi yang diberikan pada keadilan, ketaatan, penghormatan, kesetiaan dan kesucian. Kebahagiaan tidak bisa dipisahkan

¹⁵² Op.Cit. Antonius Cahyadi. Et.Al. Hlm 60

dari semua kebajikan sosial, kemanusiaan, kemurahhatian, kedermawanan, kesantunan, toleransi, welas asih dan sikap tidak berlebihan.

6. Jeremy Bentham (1748-1832, M) “Hukum Pendukung Kebahagiaan”.

Bentham adalah seorang filsuf terdepan dalam tradisi Anglo-Amerika dalam bidang hukum, dan juga dikenal sebagai pendiri dari aliran *utilitarianisme*. Ia dilahirkan pada tanggal 15 Februari tahun 1748, di Houndsditch, London. Ayahnya seorang jaksa, begitu pula kakeknya. Pandangan hidupnya dipengaruhi oleh kepercayaan *pious*, yang diperoleh dari ibunya, dan gaya berpikir rasionalitas ala abad Pencerahan, yang diperolehnya dari ayahnya. Bentham hidup dalam periode perubahan sosial, politik, dan ekonomi yang menggelora diseluruh peradaban Barat. Revolusi industry, bangkitnya kelas menengah di Inggris, dan revolusi di Perancis dan Amerika, telah memberikan pemikiran refleksif yang mendalam bagi Bentham.

Bentham berpendapat bahwa alam memberikan kebahagiaan dan kesudahan. Manusia selalu berusaha memperbanyak kebahagiaan dan mengurangi kesusahannya. Kebaikan adalah kebahagiaan dan kejahatan adalah kesusahan. Ada keterkaitan erat antara kebaikan dan kejahatan dengan kebahagiaan dan kesusahan. Tugas hukum adalah memelihara kebahagiaan dan mencegah kejahatan. Tegasnya, memelihara kegunaan.¹⁵³

Teori dari Jeremy Bentham ini adalah “*individualism*”

¹⁵³ Op.Cit. Antonius Cahyadi. Et.Al. Hlm 60

utilitarian”. Dalam bukunya : *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation, Theory of Legislation, Principle of the Civil Code, A Pragment on Government, Constitutional Code, The Rationale of Judicial Evidence, Law In General*. Alam telah menempatkan umat manusia di bawah pemerintahan dan penguasa, yakni suka dan duka. Untuk dua raja itu manusia bergumul dengan apa yang sebaiknya dilakukan dan apa yang semestinya dilakukan. Dan raja itu, juga menentukan apa yang kita lakukan, apa yang kita katakan dan apa yang kita pikirkan.¹⁵⁴

Lalu Bentham menyebutkan siapa raja-raja itu. Yaitu :

- a. kekayaan
- b. kekuasaan
- c. nama baik
- d. perbuatan baik
- e. persahabatan
- f. pengetahuan dan
- g. persekutuan.

Hal-hal tersebut di atas adalah merupakan ukuran-ukuran dasar kebahagiaan. Hukum harus mengusahakan kebahagiaan maksimum bagi tiap-tiap orang. (*utilitisme*), dan bermanfaat bagi sebanyak-banyaknya orang. Hak-hak individu harus dilindungi dalam kerangka memenuhi kebutuhan-kebutuhannya.¹⁵⁵ Ia seorang filsuf berkebangsaan Perancis, pemikiran Bentham pada awalnya dari perhatiannya yang sangat besar terhadap individu, karena ia menginginkan pertama-tama agar hukum itu dapat memberikan jaminan kebahagiaan kepada para individu, bukan kepada masyarakat

¹⁵⁴ Op.Cit. Darji Darmodiharjo. Et.Al. Hlm 118

¹⁵⁵ Op.Cit. Bernard, L. Tanya. Et.Al. Hlm 90

secara keseluruhan. Namun demikian juga Bentham tidak menyangkal bahwa di samping kepentingan individu, kepentingan masyarakat pun perlu diperhatikan, agar tidak terjadi bentrokan kepentingan individu dalam mengejar kebahagiaan yang sebesar-besarnya perlu dibatasi, jika tidak akan terjadi (*homo homini lupus* : manusia akan menjadi serigala bagi manusia lainnya), ajaran Bentham dikenal sebagai Utilitarianisme Individual. Pemikirannya bahwa, alam memberikan kebahagiaan dan kesusahan manusia selalu memperbanyak kebahagiaan dan mengurangi kesusahan, bahwa, tugas hukum adalah memelihara kebaikan dan mencegah kejahatan, tegasnya memelihara kegunaan, bahwa, setiap hukuman (pidana) harus bersifat spektif untuk setiap kejahatan, dan berapa kerasnya pidana itu tidak boleh melebihi jumlah yang dibutuhkan untuk dapat mencegah dilakukannya penyerangan-penyerangan tertentu, bahwa, pidana hanya bisa diterima apabila ia memberikan harapan bagi tercegahnya kejahatan yang lebih besar.¹⁵⁶

¹⁵⁶ *Ibid.*

BAB VIII

PEMIKIR (FILSUF) HUKUM PADA ZAMAN MODERN (19-20)

A. Para Pemikir Pada Zaman Modern (Abad 19) a. Hegel (1770-1831, M).

Meneruskan rasionalisme yang dikembangkan oleh tokoh realisme zaman modern, Immanuel Kant. Hegel dikenal sebagai tokoh yang penting untuk idealisme Jerman. Hegel sangat mementingkan rasio, Rasio di sini tidak hanya rasio individual, tetapi terutama rasio dari kelihaian. Hegel mengungkapkan bahwa hukum adalah ekspresi dari kemauan umum (*general will*) dan tidak mampu melihat bahwa faktor-faktor utilitaritis dan kepentingan-kepentingan menentukan existensi hukum.¹⁵⁷ Filsafat Hegel hendak menemukan kembali yang mutlak pada yang nisbi. Yang mutlak ialah kesadaran, namun kesadaran menjelma dalam alam, dengan maksud agar secara demikian menyadari diri sendiri. Pada hakikatnya kesadaran adalah idea, artinya pemikiran. Di dalam sejarah umat manusia pada suatu masa pemikiran ini menyadari dirinya sendiri. Dengan demikian umat manusia menjadi peserta dalam idea mutlak. Yaitu Keilahian. Pada hakikatnya ide yang berpikir ini merupakan suatu kegiatan, suatu gerak.

¹⁵⁷ Zainuddin Ali, *Filsafat Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009). Hlm 16

Hanya saja gerak ini bukan gerak lurus. Gerak ini senantiasa terjadi dalam bentuk gerak perlawanan secara silih berganti.¹⁵⁸

Pemikiran hukum Hegel bertolak belakang dengan pemikiran hukum Kant, sebuah fakta yang seringkali dikaburkan dengan istilah *idealisme*, yang berterap pada keduanya. Lebih jelasnya, Hegel juga memandang hukum dalam kerangka moral, etika Hegel dan pemikiran Kant merupakan satu kesatuan. Keduanya dibahas dalam karya yang terkenal Hegel, *The philosophy of Right and Law, or Natural Law and Political Science Outlined* (1821). Dalam telaah mengenai prinsip-prinsip dasar Hegel terlebih dahulu mengkaji hukum, selanjutnya moral, dan terakhir dengan apa yang disebut etika (*Sittlichkeit*). Dalam kerangka topik terakhir itu, dia akhirnya menjelaskan negara sebagai prestasi puncak seluruh warga dan sebagai perwujudan etika dalam masyarakat. Namun konsep-konsep negara, hukum dan etika tidak lagi dibahas oleh Hegel secara abstrak atau secara umum, tetapi sebagai konsep yang berkembang. Konsep-konsep tersebut dibahas secara dialektis sehingga berkembang. Menurut pandangan Hegel, dari hukum yang abstrak menuju kondisi konkrit. Hukum, negara dan etika merupakan penjabaran perkembangan sejarah yang merupakan manifestasi dari ruh bangsa, dan ruh bangsa ini secara keseluruhan merupakan pengejawantahan dari ruh dunia. Itu semua mesti dipahami sebagai proyeksi konkrit dari ruh dunia ini. Ruh dunia bukanlah sesuatu di luar itu semua, ia justru berada di dalam dan melalui itu semua.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Op.Cit. Darji Darmodihardjo dan Sidharta. Hlm 98

¹⁵⁹ Op.Cit. Carl Joachim Freidrich. Hlm 166

1. Karl Marx (1818-1883, M). “Hukum Kepentingan Orang Berpunya”

Karl Marx dapat dikatakan orang pertama, dan dengan amat jelas serta terinci menjelaskan betapa hebatnya pengaruh kuasa ekonomi terhadap kehidupan manusia. Ia mengatakan, siapapun yang menguasai ekonomi, maka akan menguasai manusia. Dalam masyarakat, ekonomi merupakan struktur bawah yang memberi bentuk dan corak pada semua yang ada pada struktur atas. Oleh karena itu, hukum, ajaran agama, sistem politik, corak budaya, bahkan struktur masyarakat, sebenarnya tidak lain adalah cerminan belaka dari sistem ekonomi yang ada dibaliknya.¹⁶⁰ Tidak ada satupun peristiwa sejarah di dunia ini yang tidak dapat dijelaskan dengan katagori-katagori kepentingan ekonomi. Perang, revolusi, pemberontakan, bahkan penjajahan selalu mempunyai motif-motif ekonomi. Marx adalah tokoh pertama yang mengaitkan filsafat dengan ekonomi. Filsafat tidak boleh, tetapi harus aktif membuat perubahan-perubahan karena yang terpenting adalah perbuatan dan materi, bukan ide-ide (berbeda dengan hegel). Menurut Marx, manusia selalu terkait dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan yang melahirkannya (sejarah). Manusia adalah makhluk yang bermasyarakat, yang beraktivitas, terlibat dalam suatu proses produksi. Hakikat manusia adalah kerja (*homo laborans*, *homo faber*).¹⁶¹

Hukum tidak terlepas dari ekonomi. Menurut Marx hukum adalah alat legitimasi dari kelas ekonomi tertentu. Sebagai contoh hukum di bidang perburuhan cenderung mengelisahkan buruh ? menurut Marx karena hukum telah

¹⁶⁰ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 97

¹⁶¹ Op.Cit. Darji Darmodihardjo dan Sidharta. Et.Al. Hlm 74

dikuasai oleh pemilik modal. Isu utama dalam hukum menurut Marx, bukanlah keadilan. Katanya hukum di dalamnya tidak ada keadilan, hukum sebagai tatana keadilan hanyalah omong kosong. Faktanya hukum hanya melayani orang-orang yang berpunya. Ia tidak lebih dari sarana penguasaan dan piranti para pengeksploitasi yang dapat menggunakannya sesuai kepentingan mereka. Hukum merupakan salah satu unsur eideologi kelas, dan karenanya menjadi pemicu konflik. Bahkan merupakan faktor yang menyebabkan terjadinya alineasi.¹⁶²

2. Karl Von Savigny (1779-1861, M). (Hukum Ruang dan Waktu).

Fredrich Karl von Savigny, lahir di Frankfurt, Main pada tanggal 21 Februari 1779. Ia berasal dari keluarga bangsawan Savigny yang telah mempunyai sejarah panjang dalam kehidupan masyarakat Lorraine. Puri keluarga Savigny berada di lembah Moselle dekat Charmes. Di usia 13 (tiga belas) tahun Savigny menjadi piatu dan sejak saat itu dia hidup dalam perwalian. Pada usia 16 (enam belas) tahun ia menjadi mahasiswa di Universitas Marburg. Di situ ia belajar di bawah bimbingan Profesor Anton Batter, seorang yang berjasa dalam reformasi hukum pidana Jerman, dan Philips Friedrich Weiss, seorang yang sangat ahli dalam filsafat hukum zaman pertengahan.¹⁶³

Savigny menganalogikan timbulnya hukum itu dengan timbulnya bahasa suatu bangsa. Masing-masing bangsa memiliki cirri-ciri yang khusus dalam berbahasa. Hukum pun demikian. Karena tidak ada bahasa yang universal, tiada pula

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Op.Cit. Antonius Cahyadi.Et.Al. Hlm 126

hukum yang universal. Pandangannya ini jelas menolak cara pemikiran penganut Aliran Hukum Alam.¹⁶⁴ Konsep Hegel tentang ide semesta (roh universal), rupanya mengusik para penulis Jerman yang beraliran romantik-historis. Bagi mereka, tidak ada yang namanya jiwa universal itu. Yang ada justru jiwa bangsa. Kalaupun jiwa universal itu ada, ia tidak bisa menegasi jiwa bangsa di tingkat lokal, jiwa bangsa itu merupakan satuan mandiri, dan tidak tunduk pada jiwa universal ala Hegel. Keistimewaan jiwa bangsa inilah yang digagas oleh Gustav Hugo (1764-1861) yang dikembangkan oleh F.C.v.Savigny.¹⁶⁵

Bahwa, timbulnya hukum dianalogikan dengan timbulnya bahasa suatu negara, bahwa masing-masing bangsa memiliki ciri yang khusus dalam berbahasa, hokumpun demikian tidak ada bahasa yang universal, tiada pula hukum yang universal, bahwa, hukum timbul bukan karena perintah penguasa atau karena kebiasaan, akan tetapi rasa keadilan itu sendiri yang terletak di dalam jiwa bangsa itu sendiri (*instinktif*), jiwa bangsa (*volksgeiht*) itulah yang menjadi sumber hukum (*law is an expression on the common conciousness or spirit of people*), bahwa, hukum tidak dibuat tetapi ia tumbuh dan berkembang di dalam masyarakat (*das rechts wird nicht gemacht, es it und wird mit dem volke*). Hukum tidak muncul dari kebiasaan, pengejawantahan yang paling konkret dari Volkgeist itu dalam kenyataanya adalah kebiasaan yang tumbuh dalam kehidupan masyarakat. Tentu saja pengertian kebiasaan di sini adalah kebiasaan yang berangkat dari tata nilai yang baik, yang dipilih secara selektif.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Op.Cit. Darji Darmodiharjo. dan Sidharta. Hlm 124

¹⁶⁵ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 103

¹⁶⁶ *Ibid.*

3. Rudolf Ivone Jhering (1818-1892)

Jhering dilahirkan pada tanggal 12 Agustus 1818 di Aurich. Ia menempuh pendidikan tingginya di Universitas Heidellberg (1836). Salah seorang gurunya G.F. Puchta amat mempengaruhi pemikirannya. Setelah lulus sebagai doctor hukum, Jhering bekerja sebagai guru privat untuk bidang Hukum Roman (1844). Ia pun memberikan kuliah-kuliah umum *Geist des romishchen Rechts*. Tema kuliah inilah yang menjadi salah satu fondasinya bagi karya-karyanya yang lain. Pada tahun 1845, ia menjadi Profesor di Basel, dan pada tahun 1846, ia pun bekerja juga sebagai Profesor di Rostock, dan di Keil (1849) serta Giessen (1851).¹⁶⁷

Ajaran Bentham dikenal sebagai Utilitarianisme individual, sedangkan Jhering mengembangkan ajaran yang bersifat sosial. Teori Jhering merupakan gabungan antara teori Bentham, Stuart Mill, dan positifisme dan John Austin.¹⁶⁸ Dalam Bukunya : *Der Zwecking Recht, Scherz un Ernts in der Jurisprudenz, Der Schuld-moment in romiscen Privatrechts*, ia mengembangkan ajaran yang bersifat sosial, Teori Jhering merupakan gabungan antara Bentham, Mill dan Positifisme Hukum (Austin), bahwa, hukum timbul dari jiwa bangsa yang bersifat empirik dan tidak spontan, bahwa, tujuan hukum adalah untuk melindungi kepentingan-kepentingan, bahwa, kepentingan-kepentingan adalah sebagai pengejaran kesenangan dan menghindari penderitaan, tetapi kepentingan individu dijadikan bagian dari tujuan sosial dengan menghubungkan tujuan pribadi seseorang dengan kepentingan-kepentingan orang lain. Jhering juga berkeyakinan (penekanannya) bahwa fenomena hukum tidak

¹⁶⁷ Op.Cit. Antonius Cahyadi. Et.Al. Hlm 94

¹⁶⁸ Op.Cit. Darji Darmodiharjo. dan Sidharta. Hlm 121

dapat dipahami tanpa pemahaman sistematis terhadap tujuan hukum yang berakar dalam kehidupan sosial. Tanpa pemahaman dimaksud, tidak akan mungkin ada aturan-aturan hukum. Tidak ada tujuan berarti tidak ada kemauan. Berdasarkan pernyataan itu, Jhering bercirikan filsafat hukum yang biasa disebut positifisme. Sebab, ia mendefinisikan hukum sebagai sejumlah aturan yang memaksa berlaku dalam suatu negara.¹⁶⁹

Hukum itu untuk sebagian memang jiwa bangsa. Bagian yang lain adalah hasil adopsi dari unsur-unsur luar, baik akibat pergaulan dengan bangsa lain maupun karena bangsa itu memang punya kepentingan dengan unsur luar itu. Itulah teori Jhering yang sekaligus membantah Savigny. Hukum Jerman sendiri sudah tidak asli lagi. Resepsi hukum Romawi telah menyingkirkan hampir seluruh hukum Jerman yang lama sehingga hukum asli telah menjadi kabur dengan banyaknya pengaruh hukum Romawi itu. Karena itu menurut Jhering, Savigny keliru besar kalau menyangka, hukum nasional sebuah bangsa seutuhnya timbul secara spontan begitu saja dari jiwa bangsa. Tidak, kata Jhering Hukum Romawi yang dikagumi Savigny sebagai bangunan hukum yang mencerminkan jiwa bangsa, sebenarnya tidak lebih dari bangunan hukum yang mencerminkan jiwa bangsa, yang memanfaatkan unsur-unsur luar yang berguna baginya.¹⁷⁰

¹⁶⁹ *Ibid.* Zainuddin Ali. Hlm 16

¹⁷⁰ *Op.Cit.* Bernard. L. Tanya. Et. Al. Hlm 107

B. Para Pemikir Zaman Sekarang (Abad 20).

1. Rudolf Stammler “Hukum Itu Normatif, Karena Kehendak Yuridis”

Stammler adalah penganut Neo-Kantian mazhab Marburg. Berbeda dengan Radbruch (mazhab Baden) yang menyadarkan diri pada nilai-nilai, maka Stammler memberikan perhatian pada soal-soal non-kesadaran. Itulah sebabnya, pembagian tentang materi dan bentuk yang di dalam teori Kant hanya berlaku di bidang kesadaran. Dianalogkan oleh Stammler sebagai katagori yang diterapkan juga pada bidang kemauan. Mengenai teorinya tentang kemauan, Stammler beranjak dari asumsi tindakan bertujuan. Katanya “orang mau berbuat sesuatu, pasti untuk mengejar satu tujuan”. Jadi tujuan menentukan perbuatan. Bagi Stammler perbuatan merupakan materi dari kemauan, sedangkan tujuan adalah bentuk. Perbuatan sebagai materi, diberi bentuknya oleh tujuan yang dikehendaki. Karena materi telah diberi bentuk-nya oleh tujuan, maka materi dan bentuk lebur menjadi satu kesatuan yang mewajibkan.¹⁷¹

Hukum adalah merupakan kehendak manusia dalam kehidupan sosial adalah hidup bersama yang teratur. Untuk menjamin hidup (bersama) yang teratur dibutuhkan perbuatan yakni pengaturan segala hal yang terdapat dalam kehidupan bersama. Perbuatan mengatur itu wujudnya hukum. Jadi hukum merupakan materi yang diberi bentuknya oleh tujuan menciptakan hidup bersama yang teratur. Sesuai dengan teori Kant, bentuk menunjuk pada sifat mewajibkan. Di sini, hukum (sebagai materi) telah memperoleh sifat mewajibkan oleh kehendak untuk hidup teratur. Kehendak itu sendiri, menurut Stammler terdiri dari unsur-unsur yang bersifat historis-ekonomis karena menyangkut kebutuhan lahiriah manusia.

¹⁷¹ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 124

Hukum bertugas mengatur unsur-unsur kehidupan bersama yang bersifat historis-ekonomi itu.¹⁷² Hukum merupakan sebuah kehendak yuridis manusia. Kehendak itu memicu kesadaran bersama (bukan orang-orang perorang. Kehendak yuridis bukan dalam makna psikologis tetapi dalam makna transedental. Ada komitmen bersama, ada kesepakatan dan oleh karena itu, ia bersifat objektif yang melampaui soal batiniah orang perorang. Dia berada dalam dunia objektivasi sebagai patokan objektif bagi keteraturan hidup bersama. Di sinilah kemudian kehendak yuridis dari Stammler serentak transdental. Karena sifatnya mewajibkan, maka kehendak yuridis bersifat menuntut supaya orang-orang mentaati aturan-aturan hukum.¹⁷³

2. Hans Kelsen (1881-1930) “Hukum Itu Normatif Karena Grundnorm”.

Hans Kelsen tidak hanya seorang yuris ternama, dia juga seorang individu yang memiliki kualitas kepribadian yang unggul. Kisah hidup Hans Kelsen secara lengkap ditulis oleh bekas muridnya dan asistennya yang bernama Rudolf Aladar Metall : *Hans Kelsen Leben un werk* (Hans Kelsen Hidup dan Karya). Kelsen lahir di Praha (Ceko) tanggal 11 Oktober 1881 dari keluarga kelas menengah Yahudi Jerman. Pada saat usianya tiga tahun, keluarganya pindah ke Wina tempat ia menimba ilmu dan memulai karir akademisnya. Pada tahun 1906 ia memperoleh gelar doctor hukum. Ketertarikannya pada filsafat, sastra, logika dan matematika serta ilmu alam justru berpengaruh pada perkembangan pemikiran Kelsen tentang hukum.¹⁷⁴

¹⁷² *Ibid.* Hlm 125

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Op.Cit.* Antonius Cahyadi. Et.Al. Hlm 71

Menurut Kelsen, hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir yang non yuridis, seperti unsur sosiologis, politis, historis bahkan etis. Pemikiran inilah yang dikenal dengan Teori Hukum Murni (*Reine Rechtlehre*) dari Kelsen. Jadi hukum adalah *Sollenkatagorie* (katagori keharusan/ideal), bukan *Seinkatagorie* (katagori faktual).¹⁷⁵ Seperti halnya Stammler sebagai eksponen Neo-Kantian mazhab Margburg, Kelsen juga bertolak dari dualism. Kant, antara bentuk dan materi. Namun, demikian, ia berseberangan dengan Tammler. Kelsen tidak sependapat dengan Stammler yang menerapkan model Kant tersebut pada bidang kehendak. Sebaliknya, mengikuti Kant, Kelsen mengamini perbedaan antara bidang ada (*Sein*) dan bidang harus (*Sollen*) sebagai dua unsur dari pengetahuan manusia. Bidang *Sein* berhubungan dengan alam dan fakta (yang seluruhnya dikuasai oleh rumus sebab akibat), sedangkan bidang *Sollen* justru berkaitan dengan kehidupan manusia (yang dikuasai kebebasan dan tanggung jawab). Itulah sebabnya, dalam bidang *Sollen*, digumuli soal kebebasan dan tanggung jawab manusia.¹⁷⁶

Dalam buku karangannya: "*The pure theory of law dan General theory of law and state*". Kelsen sependapat dengan Kant tentang bidang yang ada (*sein*) dan bidang seharusnya (*sollen*) sebagai dua unsur dari pengetahuan manusia. Bidang *sein* berhubungan dengan alam dan fakta (seluruhnya dikuasai oleh rumus sebab akibat), sedangkan bidang *sollen* justru berkaitan dengan kehidupan manusia (dikuasai oleh kebebasan dan tanggung jawab). Dalam bidang *sollen*, digumuli oleh kebebasan dan tanggung jawab manusia. Tiap manusia memiliki kebebasan tetapi dalam hidup bersama ia

¹⁷⁵ Op.Cit. Darji Darmodiharjo. dan Sidharta. Hlm 115

¹⁷⁶ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 126

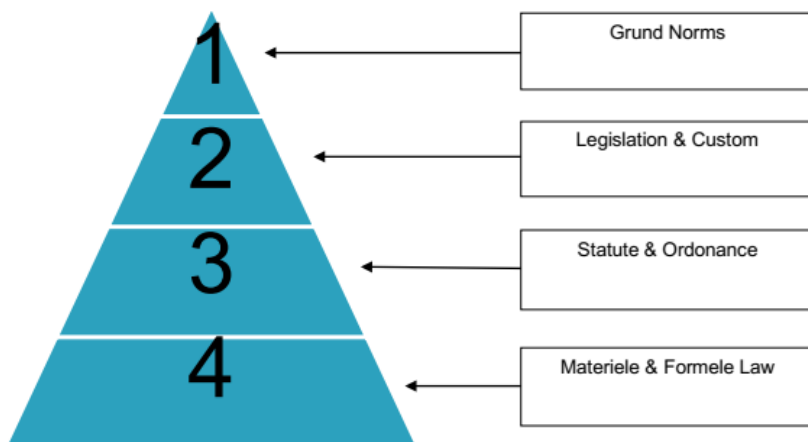
memikul tanggung jawab menciptakan hidup bersama yang tertib. Untuk menciptakan hidup bersama yang tertib itu, perlu pedoman-pedoman yang objektif yang harus dipatuhi bersama. Kerena itu menurut Kelsen hukum itu adalah *das sollen*. Sumber hukum yang objektif itu adalah *Grundnorm* (norma dasar). *Grundnorm* menyerupai sebuah pengandaian tentang tatanan yang hendak diwujudkan dalam hidup bersama (dalam hal ini, negara).¹⁷⁷

Dengan teorinya tentang tertib yuridis (*legal order*). Yang menjabarkannya dengan menggunakan konsep Stufenbau (lapisan-lapisan aturan menurut eselon). Dengan konstruksi ini, ditentukan jenjang-jenjang perundang-undangan. Seluruh sistem perundang-undangan mempunyai suatu struktur piramidal mulai dari yang abstrak yakni *grundnorm* sampai yang konkrit, seperti perundang-undangan, perayuran pemerintah dan lainnya. Peraturan yang abstrak (norma dasar) memberikan penguatan kepada peraturan yang konkrit yaitu norma pelaksanaan. Dan aturan yang konkrit yaitu norma pelaksanaan, tidak boleh bertentangan dengan aturan yang abstrak yaitu norma dasar, (*Lex Superior derogat Legi Inferior*). Bahwa ilmu hukum tidak boleh dipengaruhi (dibersihkan) oleh unsur-unsur non yuridis. Misalnya : unsur psikologis, sosiologis, historis, bahkan etis (etika). Hukum pada hakikatnya harus didasarkan pada “*Grundnorm*” atau Norma Dasar. Yang implementasi didasarkan pada teori hierarki norma yaitu “*Stufenbau Theori*” atau teori kerucut.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Op.Cit. Darji Darmodiharjo, Et. Al. Hlm 116

¹⁷⁸ Ibid.

Teori Kerucut dari Hans Kelsen digambarkan sebagai berikut :



Hukum adalah suatu *sollenskatagorie* (katagori keharusan/ideal), bukan *seinskatagorie* (katagori faktual/yang ada). Bahwa hukum adalah suatu keharusan yang mengatur tingkah laku manusia sebagai makhluk rasional. Bahwa hukum bukanlah bagaimana hukum itu (*what the law ought to be*), tetapi apa hukum itu (*what the law is*). Bahwa, walaupun hukum itu *sollenskatagorie* yang dipakai dalam hukum positif (*ius constitutum*), bukan hukum yang dicita-citakan (*ius constituendum*). Kelsen sependapat dengan Kant tentang bidang yang ada (*sein*) dan bidang seharusnya (*sollen*) sebagai dua unsur dari pengetahuan manusia. Bidang *sein* berhubungan dengan alam dan fakta (seluruhnya dikuasai oleh rumus sebab akibat), sedangkan bidang *sollen* justru berkaitan dengan kehidupan manusia (dikuasai oleh kebebasan dan tanggung jawab). Dalam bidang *sollen*, digumuli oleh kebebasan dan tanggung jawab manusia. Tiap manusia memiliki kebebasan tetapi dalam hidup bersama ia memikul tanggung jawab menciptakan hidup bersama yang tertib.

Untuk menciptakan hidup bersama yang tertib itu, perlu pedoman-pedoman yang objektif yang harus dipatuhi bersama. Karena itu menurut Kelsen hukum itu adalah *das sollen*.¹⁷⁹

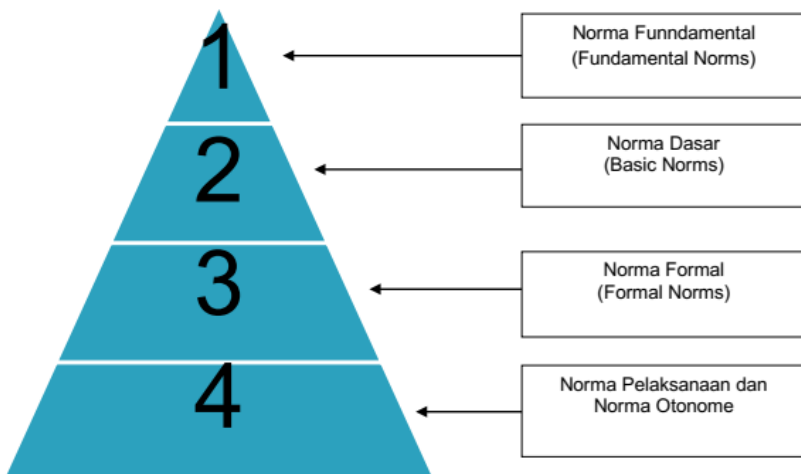
Teori hierarki dari Hans Kelsen jika dihubungkan dengan penerapan hierarki hukum dan perundang-undangan Indonesia dapat digambarkan sebagai berikut :

Tap. MPRS No. XX/MPRS/1966	Tap. MPR No. III/MPR/2000	UU No. 10 Tahun 2004	UU No. 12 Tahun 2011
Undang-Undang Dasar 1945	Undang-Undang Dasar 1945	Undang-Undang Dasar 1945	Undang-Undang Dasar 1945
Ketetapan MPRS/MPR	Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat	Undang-Undang / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang	Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
Undang-Undang / PERPPU	Undang-Undang	Peraturan Pemerintah	Undang-Undang / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
Peraturan	Peraturan	Peraturan	Peraturan
Pemerintah	Pemerintah Pengganti Undang-Undang	Presiden	Pemerintah
Keputusan Presiden	Peraturan Pemerintah	Peraturan Daerah	Peraturan Presiden
Peraturan-peraturan Pelaksanaan Lainnya	Keputusan Presiden		Peraturan Daerah Provinsi
	Peraturan Daerah		Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

¹⁷⁹ *Ibid.* Hlm 115

3. Hans Nawiasky. “Hierarki Hukum Adalah Tertib Hukum”

Mengutip pendapat gurunya Hans Kelsen di mana suatu norma hukum dalam negara selalu berjenjang dan berlapis, di mana norma yang di bawah berlaku, berdasar dan bersumber pada norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada suatu norma hukum yang lebih tinggi yang disebut Norma Dasar Negara (*staatsfundamentalnorn*). Nawiasky menyebutkan bahwa norma hukum itu selain berjenjang dan berlapis, norma hukum dalam suatu negara sejatinya berkelompok-kelompok. Dan Hans Nawiasky membagi ke dalam 4 Kelompok :



4. Norma Fundamental Negara.

Apakah yang dimaksud dengan norma fundamental negara? Norma fundamental negara (*staatsfundamentalnorn*) adalah norma hukum tertinggi dalam suatu negara. Sebagai norma hukum tertinggi norma fundamental negara tidak dibentuk oleh suatu norma hukum yang lebih tinggi lagi,

tetapi *presupposed* atau ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat dalam suatu negara dan merupakan suatu norma yang menjadi tempat bergantungnya norma-norma hukum di bawahnya.¹⁸⁰

5. Norma Dasar.

Apakah yang dimaksud dengan norma dasar negara. Norma dasar negara (*Staatsgrundgesetz*) adalah kelompok norma hukum yang berada di bawah norma fundamental negara. Yang dapat dituangkan ke dalam dokumen negara yang disebut *Staatsverfassung*, atau dapat juga diterapkan kepada beberapa dokumen yang tersebar. Yang mengatur tentang pembagian kekuasaan, hubungan antar lembaga-lembaga negara dan hubungan antara negara dan warga negara¹⁸¹

6. Norma Formal

Apakah yang dimaksud dengan norma formal?. Yang dimaksud dengan norma formal (*formale gezets*), yang dikategorikan sebagai kelompok III hukum negara. Undang-undang “formal” adalah kelompok hukum yang berada di bawah aturan dasar negara/aturan pokok negara. Undang-undang formal dibentuk guna merumuskan aturan-aturan hukum negara secara lebih konkrit dan terperinci dan sudah dapat langsung diberlakukan mengikat warga negara.¹⁸²

¹⁸⁰ Azis Syamsuddin. *Proses & Teknik Penyusunan Undang-Undang*. (Jakarta: Sinar Grafika, 2013). Hlm 23

¹⁸¹ *Ibid.* Azis Syamsuddin

¹⁸² *Ibid.* Azis Syamsuddin

7. Norma Otonom dan Pelaksanaan.

Apakah yang dimaksud dengan norma peraturan pelaksanaan (*verordnung*) dan peraturan otonom (*autonome*), yang disebut sebagai kelompok ke IV dalam kelompok terakhir norma hukum. Peraturan pelaksanaan dan peraturan otonom merupakan peraturan yang berada di bawah undang-undang yang memiliki fungsi yang sama, yaitu menyelenggarakan ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam undang-undang.¹⁸³ Teori hierarki dari Hans Nawiascky jika dihubungkan dengan penerapan hierarki hukum dan perundang-undangan Indonesia dapat digambarkan sebagai berikut :

Tap. MPRS No. XX/MPRS/1966	Tap. MPR No. III/MPR/2000	UU No. 10 Tahun 2004	UU No. 12 Tahun 2011
Undang-Undang Dasar 1945	Undang- Undang Dasar 1945	Undang-Undang Dasar 1945	Undang-Undang Dasar 1945
Ketetapan MPRS/MPR	Ketetapan MPR	Undang-Undang /Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang	Ketetapan Majelis Permusyawarata n Rakyat
Undang- Undang/ PERPPU	Undang- Undang	Peraturan Pemerintah	Undang-Undang / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
Peraturan Pemerintah	Peraturan Pemerintah Pengganti Undang- Undang	Peraturan Presiden	Peraturan Pemerintah
Keputusan Presiden	Peraturan Pemerintah	Peraturan Daerah	Peraturan Presiden
Peraturan- peraturan Pelaksanaan Lainnya	Keputusan Presiden		Peraturan Daerah Provinsi
	Peraturan Daerah		Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota

¹⁸³ *Ibid.* Azis Syamsuddin

8. Max Weber (1864). “Hukum itu Cermin Rasionalitas dan Otoritas”

Weber, lahir pada tanggal 21 April 1864 di Erfurt, Jerman. Ia putra tertua dari 7 (tujuh) anak-anak Max Weber Sr, dan Helene Fallenstein. Ayahnya seorang politikus sekaligus pegawai pemerintah. Adiknya Alfred, juga dikenal sebagai seorang sosiolog dan ekonom. Minatnya terhadap ilmu sosial, sudah dimulai sejak Weber masih usia muda. Semenjak kecil, ia telah menulis esai-esai, yang di dalamnya sudah mengutip pemikiran Homer, Virgil, Cicero dan Livy. bahkan ia telah mempunyai pengetahuan yang ekstensif tentang pemikiran Goethe, Spinoza dan Schopenhaur, sebelum ia masuk universitas.¹⁸⁴

Hidup di Eropa, di tengah-tengah suatu transisi peradaban, di mana pemikiran-pemikiran evolusionisme belum kehilangan posisi dominasinya, Max Weber juga membuat deskripsi-deskripsi analitis tentang tahap-tahap perkembangan hukum. Namun berbeda dengan Marx, Maine, dan Durkheim yang cenderung bertolak dari basis material (ekonomi) sebagai dasar konstruksi teori. Weber justru menempuh arah lain. Ia mengutamakan ukuran tingkat rasionalitas dan model kekuasaan untuk mengkonstruksi teorinya tentang hukum. Dalam ranah tingkat rasionalitas, teori Weber berbunyi demikian : “Tingkat rasionalitas sebuah masyarakat akan menentukan warna hukum dalam masyarakat itu”. Dan di sini ia membagi tiga tingkat rasionalitas, yakni : (i) Substantif-irasional, (ii) Substantif dengan sedikit kandungan rasional, dan (iii) Rasional penuh.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Op.Cit. Antonius Cahyadi. Et.Al. Hlm 96

¹⁸⁵ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 132

Dalam bukunya : *The history of Medieval Business Organization, The Roman Agrain History and its Significance for Public and Private Law, Achieves for Sosial Science and Social Welfare, The Protestant Ethic and Spririt of Capitalism*, ia seorang filsuf Jerman yang lahir di Erfurt, ia seorang ahli hukum juga seorang sosiolog. Tingkat rasionalitas sebuah masyarakat akan menentukan warna hukum dalam masyarakat itu.

Selanjutnya Weber membagi tiga tingkat rasionalitas sebagai berikut:

- a. Subtantif-irasional,-masyarakat mistis
- b. Substantif dengan sedikit kandungan rasional,- masyarakat adat dan kebiasaan
- c. Rasional penuh, *masyarakat maju dan modern*.

Kemudian Weber membagi tiga model otoritas (model kekuasaan) sebagai berikut:

1. Karismatik
2. Tradisional dan
3. Rasional.

Hukum (positif/uu) tidak hanya berdimensi normatif tetapi juga dipengaruhi oleh dimensi lain seperti politik, agama dan ekonomi, bahwa hukum berkembang dalam dimensi normatif dan non-normatif, bahwa, hukum adalah fenomena sosial yang mempunyai logika normatif yang tidak sama dengan fenomena-fenomena sosial lainnya, bahwa, doktrin hukum berusaha untuk menumbuhkan, mengembangkan danmemantapkan makna instrinsik yang terkandung dalam peraturan hukum dan menjaga konsistensi logisnya berkaitan dengan peraturan hukum lainnya yang

berada dalam satu sistem yang sama, *bahwa*, sosiologi hukum mencoba memahami tingkah laku anggota masyarakat berkaitan dengan hukum yang dilaksanakan dan mencari keyakinan masyarakat yang seperti apa hukum dapat valid.¹⁸⁶

9. Roscoe Pound (1870-1964),) “Hukum Itu Keseimbangan Kepentingan”

Roscoe Pound dilahirkan pada tahun 1870 di Lincoln Nebraska, putra dari Stephen Bosworth Pound dan Laura Pound. Saudarinya Louise Pound dikenal sebagai sebagai tokoh pendidik dan penulis. Pound awalnya belajar botani di Universitas Nebraska. Ia meraih gelar M.A pada tahun 1888, dan M.A. pada tahun 1889. Setelah menyelesaikan studinya, ia pergi ke Harvard untuk belajar hukum selama setahun. Ia kemudian kembali ke Nebraska, untuk mempraktikan pengetahuan hukumnya dan belajar botani. Pada tahun 1898, Pound meraih gelar Ph.D bidang botani di Universitas yang sama.¹⁸⁷

Pound terkenal dengan teori bahwa hukum adalah alat untuk memperbaharui (merekayasa) masyarakat. Pragmatisme Amerika, merupakan basis ideologi teori Pound tentang keseimbangan kepentingan. Seturut pragmatism di negerinya, Pound cenderung menghindari kontruksi-kontruksi teori yang terlampau abstrak seperti umumnya teori-teori yang muncul di Eropah. Menurut Pound, hukum tidak boleh dibiarkan mengawang dalam konsep-konsep logis-analitis ataupun tenggelam dalam ungkapan-ungkapan teknis yuridis yang terlampau eksklusif. Sebaliknya, hukum itu mesti didaratkan di dunia nyata, yaitu dunia sosial yang penuh sesak dengan

¹⁸⁶ Op.Cit. Antonius Cahyadi. Et.Al. Hlm 97

¹⁸⁷ Op.Cit. Antonius Cahyadi. Et.Al. Hlm 108

kebutuhan dan kepentingan-kepentingan yang saling bersaing.¹⁸⁸ Sebagai salah seorang filsuf Amerika Serikat yang beraliran sosiologi hukum. Ia mengemukakan bahwa hukum itu berbeda antara *law in books* dengan *law in action*. Selain itu, ia mengemukakan pentingnya suatu studi yang cermat terhadap pelaksanaan dari institusi hukum.¹⁸⁹ Hukum tidak boleh dibiarkan mengawang dalam konsep-konsep logis-analitis, ataupun tenggelam dalam ungkapan-ungkapan teknis yuridis yang terlampau eksklusif, hukum mesti di daratkan di dunia nyata, yaitu dunia yang penuh sesak dengan kebutuhan dan kepentingan-kepentingan yang saling bersaing. Untuk merubah suatu keadaan diperlukan suatu langkah progresif yaitu memfungsikan hukum untuk menata perubahan. (*law as a tool of social engineering*). Apa yang harus ditata oleh hukum. Adalah menata kepentingan-kepentingan yang ada di dalam masyarakat, agar dapat tercapai keseimbangan yang proporsional.¹⁹⁰

Golongan-golongan yang harus dilindungi oleh hukum.¹⁹¹

1. Kepentingan umum yang di dalamnya meliputi kepentingan negara sebagai badan hukum, kepentingan negara sebagai penjaga kepentingan masyarakat.
2. Kepentingan masyarakat yang di dalamnya meliputi kepentingan kedamaian dan ketertiban, perlindungan lembaga-lembaga sosial, pencegahan kemerosotan akhlak, pencegahan kemerosotan hak, kesejahteraan sosial.

¹⁸⁸ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Hlm 154

¹⁸⁹ Ibid, Zainuddin Ali Hlm 17

¹⁹⁰ Op.Cit. Darji Darmodiharjo. Et.Al. Hlm 130

¹⁹¹ Ibid. Hlm 131

3. Kepentingan pribadi yang meliputi kepentingan individu, kepentingan keluarga dan kepentingan hak milik.

Kesimpulan pemikiran Pound adalah : Kesatu, bahwa, Pound mengikuti garis pemikiran yang berasal dari Savigny dan Bentham yaitu berupa pendekatan terhadap hukum sebagai jalan kearah tujuan sosial dan sebagai alat dalam perkembangan sosial, Kedua, membantu menjelaskan premis-premis hukum, sehingga membuat pembentuk undang-undang, hakim, pengacara dan pengajar hukum menyadari akan prinsip-prinsip dan nilai-nilai yang terkait dalam setiap persoalan khusus, Ketiga, klasifikasi membantu menghubungkan antara prinsip (hukum) dan pretek.¹⁹²

10. Gustaf Radbruch. (1878-1949) “Hukum Normatif Karena Nilai Keadilan”

Setelah khawatir dengan ketidak jelasan isi “*grundnorm*”-nya Kelsen (yang memang membuka peluang masuknya selera mana suka penguasa dalam menetapkan *Grundnorm*-nya), serta trauma pada kekejian Nazi yang memobilisasi tata hukum positif untuk melegalkan genosida (pembasmian ras yahudi). Gustaf Radbruch mematrikan kembali nilai-nilai keadilan sebagai mahkota dari setiap tata hukum. Sebagai eksponen Neo-Kantian yang sangat terpengaruh oleh mazhab Baden. Radbruch berusaha mengatasi dualism antara *Sein* dan *Sollen*, antara materi dan bentuk. Radbruch tidak mau jatuh pada kesesatan yang sama. Ia memandang *Sein* dan *Sollen*, materi dan bentuk sebagai dua sisi dari satu mata uang. Materi mengisi bentuk dan bentuk melindungi materi. Itulah kira-kira frasa yang tepat untuk

¹⁹² Op.Cit. Darji Darmodiharjo dan Sidharta Hlm 132

melukiskan teorinya tentang hukum dan keadilan. Nilai keadilan adalah materi yang harus menjadi isi materi hukum. Sedangkan aturan hukum adalah bentuk yang harus melindungi nilai keadilan.¹⁹³ Hukum adalah merupakan “*Kulturwissenschaft*”. Esensi hukum bukanlah tatanan formal dari norma-norma seperti “*kelsen*”. kultur bertujuan merealisasikan nilai-nilai. Hukum bukanlah wilayah akal murni, tetapi wilayah akal praktis. Kebudayaan itu adalah nilai-nilai manusia. Pengetahuan, seni, moralitas, maupun hukum adalah dari kebudayaan. Karena perang dunia I telah menimbulkan banyak pertanyaan tentang apakah pemisahan hukum dan moral dari positifisme hukum yang populer telah membantu bangkitnya Nazisme di Jerman.¹⁹⁴

Hukum harus mengandung 3 (tiga) nilai identitas, yaitu sebagai :

- a. Azas kepastian hukum (*rechtmatigheid* - *certainty*). Azas ini meninjau dari sudut yuridis.
- b. Azas keadilan (*gerechtigheid* - *justice*). Azas ini meninjau dari sudut filosofis, di mana keadilan adalah kesamaan hak untuk semua orang di depan pengadilan.
- c. Azas kemanfaatan hukum (*zwechmatigheid* atau *doelmatigheid* atau *utility*).

Hukum sebagai pengemban nilai keadilan, menjadi ukuran bagi adil tidak adilnya tata hukum. Nilai keadilan menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum.

¹⁹³ Op.Cit. Bernard. L. Tanya. Et.Al. Hlm 128

¹⁹⁴ Op.Cit. Zaenuddin Ali. Hlm 17

11. A.V. Decey

Sebagai pemikir abad modern yang berasal dari Inggris Decey memiliki konsep dengan menyatakan bahwa negara hukum adalah sebagai *Rule of Law*. Konsep *Rule of Law* menekankan pada tiga tolak ukur yaitu:¹⁹⁵

- a. Adanya supremasi hukum (*supremacy of law*).
- b. Adanya persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*),
- c. Adanya konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perorangan (*the constitution based on individual rights*).

12. H.L.A. Hart (1907 – 1992)

H.L.A. Hart, lahir pada tahun 1907 dari sebuah keluarga keturunan Yahudi-Jerman dan Polandia. Ia menempuh studinya di Bradford Grammar School dan New College, Oxford. Di Oxford, ia belajar pemikiran besar masa klasik. Hart pernah menjadi *barrister* dan *Chancery Bar* dari tahun 1932 hingga tahun 1940. Selama Perang Dunia ke II, ia pernah bekerja di kantor intelejen militer Inggris, M15. Pada tahun 1945, ia diangkat sebagai pengajar di New College, Oxford. Lalu pada tahun 1952, ia diangkat sebagai professor di bidang Jurisprudence di Universitas Oxford. Penunjukan ini atas ajakan J.L. Austin, untuk menggantikan Profesor Arthur Goodhart, yang telah mengundurkan diri. Jabatan ini ia emban hingga tahun 1969, dan kemudian ia undur diri, digantikan oleh Ronald Dworkin, seorang yuris ternama.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Titik Triwulan Tutik. *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia. Pasca Amandemen UUD 1945*. (Jakarta: Cerdas Pustaka, 2008). Hlm 72

¹⁹⁶ Op.Cit. Antonius Cahyadi. Et.Al. Hlm 53

Herbert Lionel Adolphus Hart mengatakan, hukum harus dilihat, baik dari aspek eksternal maupun internalnya. Dari segi eksternal, berarti hukum dilihat sebagai perintah penguasa, sebagaimana diartikan oleh Austin. Di samping itu, ada aspek internal, yaitu keterikatan terhadap perintah dari penguasa itu secara batiniah. Dalam bukunya : *The Concept of Law* (1961), *The Causation in the Law* (1959), *The positivism an the separation of the law and moral* (1958), *the Law, Liberty and Morality* (1963). *The morality of the criminal law* (1965), *The punishment and responsibility* (1968),¹⁹⁷ Hart adalah warga negara Inggris, adalah tokoh pemikir positiisme yang telah memposisikan hukum kodrat dari pandangan semi sosiologis. bahwa terdapat aturan-aturan substansi tertentu yang bersifat esensial, jika manusia secara berkesinambungan (*sustainability*) hidup bersama-sama secara intim (*harmonizing*), fakta sederhana inilah yang tidak dapat disangkal dalam ajaran hukum kodrat, bahwa, penekanan pertama adanya suatu asumsi bahwa kelangsungan hidup sebagai keutamaan yang utama, di mana terdapat aturan-aturan tertentu yang mengisi setiap organisasi sosial dan merupakan fakta dari sifat manusia yang memberikan suatu pertimbangan bagi postulasi suatu isi minimum dari hukum kodrat, bahwa, terdapat aturan-aturan tertentu yang mengisi setiap organisasi sosial dan merupakan fakta dari sifat manusia yang memberikan suatu pertimbangan bagi postulasi suatu isi minimum dari hukum kodrat, *bahwa*, Hart tidak menjabarkan aturan-aturan minimal yang bersifat universal, dia hanya mengemukakan fakta-fakta tertentu dari kondisi kemanusiaan, *bahwa*, fakta dari kondisi kemanusiaan bersifat rentan, kurang lebih sama dengan sesamanya, keterbatasan

¹⁹⁷ Op.Cit. Darji Darmodiharjo dan Sidharta. Hlm 146.

menolong sesama, keterbatasan sumber data, keterbatasan pemahaman dan berkemauan kuat kondisi kemanusiaan ini mendorong kebutuhan alamiah akan bentuk minimal tertentu akan perlindungan bagi pribadi, kekayaan / harta dan harapan, Hart tidak mempersoalkan bahwa kondisi kemanusiaan ini akan mengarah pada suatu sistem keadilan umum yang minimum dari suatu masyarakat tertentu, sebaliknya, Hart menerima fakta bahwa masyarakat dalam seluruh periode sejarah telah memperlihatkan apresiasi dan diskriminasi atas nama keamanan dan tertib hukum.¹⁹⁸

Dalam bukunya *the Concept of Law*, Hart mengembangkan suatu pandangan tentang hukum sebagai suatu perpaduan antara aturan primar (*union of primary and secondary rules*). *Primari rules* adalah aturan yang menetapkan kewajiban-kewajiban, sedangkan *Secondary rules* adalah aturan-aturan tentang pengakuan (*recognition*), perubahan dan peradilan (*adjudication*). Aturan-aturan tentang pengakuan (aturan-aturan untuk mengenali suatu sistem) adalah krusial diantara pengakuan, perubahan dan peradilan. Hart mengungkapkan bahwa suatu konsep hukum yang mengandung unsur-unsur kekuasaan yang terpusatkan pada kewajiban tertentu di dalam gejala hukum yang tampak dari kehidupan masyarakat. Oleh karena itu, inti dari suatu sistem hukum terletak pada perpaduan antara aturan utama (*primary rules*) dan aturan tambahan (*secondary rules*).¹⁹⁹

¹⁹⁸ Ibid. Darji Darmodiharjo.

¹⁹⁹ Op.Cit, Zaimuddin Ali. Hlm 18

BAB IX

KONSEP NEGARA HUKUM, NEGARA KEKUASAAN, NEGARA KESEJAHTERAAN, NEGARA BERKEADILAN

Memahami negara hukum Indonesia dan negara hukum pada umumnya berangkat dari prinsip dasar ciri khas negara hukum yang menyebutkan bahwa negara memberikan perlindungan kepada warga negaranya dengan cara berbeda-beda. Negara hukum adalah pengertian yang berkembang dan terwujud dari reaksi masa lampau. Oleh karena itu, unsur negara hukum bersumber dari sejarah dan perkembangan suatu bangsa. Setiap bangsa atau negara memiliki sejarah dan perkembangan yang tidak sama. Oleh karenanya, pengertian dan isi negara hukum yang satu dan lainnya berbeda-beda pula.²⁰⁰ Suatu negara dapat dikatakan sebagai suatu negara hukum, apabila unsur supremasi hukum dijadikan sebagai landasan penyelenggaraan negara termasuk memelihara dan melindungi hak-hak warga negaranya.²⁰¹

²⁰⁰ Marwan Effendy. *Teori Hukum Dari Persepektif, Kebijakan dan Harmonisasi Hukum Pidana*. (Ciputat: Gaung Persada Press Group, 2014). Hlm 53

²⁰¹ Harkristuti Harkrisnowo. *Et.Al. Hukum dan Hak Azasi Manusia*. (Tangerang Selatan: Universitas Terbuka, 2015). Hlm 125

Dari berbagai perbedaan pendapat tersebut, maka dapat kita melihat konsep negara hukum dari beberapa filsuf yang relevan dengan perkembangan hukum Indonesia. Yaitu diantaranya sebagai berikut :

A. Konsep Negara Hukum dari Immanuel Kant.

Hukum ada didasarkan pada kontrak sosial. Kontrak sosial yang asli sebagai gagasan nalar yang memungkinkan kita memahami watak masyarakat manusia, Kant tidak berbicara tentang sebuah perjanjian untuk tunduk, namun hak-hak umum setiap manusia akan menjadi aman dengan adanya perjanjian ini. Dengan demikian, dia mempertukarkan keamanan ini dengan dengan sebagian preferensi arbiter atau opsionalnya. Karena itu manusia memiliki hak yang tidak bisa ditawar-tawar terhadap negara, dan konstitusi diarahkan untuk mengamankan wilayah kebebasan ini. Namun masih belum jelas bagaimana pembatasan konstitusional atas kepala negara bisa diberlakukan secara sah. Jika kita cermati kurang jelasan ini bersamaan dengan penolakan Kant atas semua perlawanan terhadap hukum, kita akan mendapatkan kesan otoritarianisme yang mencolok yang hanya secara formal dimodifikasi dengan penegasan bahwa kepala negara wajib bertindak sesuai dengan imperatif katagoris.²⁰²

Negara hukum dapat terbentuk dengan adanya .²⁰³

1. Perlindungan Hak Azasi Manusia (*Protection of Human Rights*).
2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak tersebut (*Sparation of Power*).
3. Pemerintah berdasarkan perundang-undangan (*Legality of Law*), dan

²⁰² Op.Cit. Carl Joachim Friedrich. Hlm 160

²⁰³ Op.Cit. Tutik Trinurwulan Tutik. Hlm 72

4. Peradilan administrasi dalam perselisihan (*Justice of Administration*). (PTUN).

Hukum ada didasarkan pada kontrak sosial. Kontrak sosial yang asli sebagai gagasan nalar yang memungkinkan kita memahami watak masyarakat manusia, Kant tidak berbicara tentang sebuah perjanjian untuk tunduk, namun hak-hak umum setiap manusia akan menjadi aman dengan adanya perjanjian ini. Dengan demikian, dia mempertukarkan keamanan ini dengan dengan sebagian preferensi arbiter atau opsionalnya. Karena itu manusia memiliki hak yang tidak bisa ditawar-tawar terhadap negara, dan konstitusi diarahkan untuk mengamankan wilayah kebebasan ini. Namun masih belum jelas bagaimana pembatasan konstitusional atas kepala negara bisa diberlakukan secara sah. Jika kita cermati kekurangan jelasan ini bersamaan dengan penolakan Kant atas semua perlawanan terhadap hukum, kita akan mendapatkan kesan otoritarianisme yang mencolok yang hanya secara formal dimodifikasi dengan penegasan bahwa kepala negara wajib bertindak sesuai dengan imperatif katagoris.

B. Konsep Negara Hukum dari J. Stahl.

Negara hukum dapat terbentuk dengan adanya :²⁰⁴

1. Perlindungan Hak Azasi Manusia (*Protection of Human Rights*).
2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak tersebut (*Sparation of Power*).
3. Pemerintah berdasarkan perundang-undangan (*Legality of Law*), dan
4. Peradilan administrasi dalam perselisihan (*Justice of Administration*). (PTUN).

²⁰⁴ *Ibid.* Tutik Trinurwulan Tutik

C. Konsep Rule of Law dari A.V. Decey.

Kemunculan para ahli dari Plato, Aristoteles dan banyak filsuf lainnya yang melahirkan ide besar tentang Negara telah mempengaruhi negara-negara diberbagai belahan dunia. Dan kita juga tidak bisa lupa gagasan besar yang akhirnya dianut oleh mayoritas negara, ketika era Inggris Modern memunculkan sosok Albert V. Dicey, dengan bukunya *Introduction to the Study of the Law of Constitution*. Dan melahirkan gagasan tentang Rule of law. Yang mengingatkan kita di Era Klasik Aristoteles. The Rule of law adalah suatu konsep yang dikemukakan oleh seorang A.V. Dicey pada tahun 1885 yang ditulis dalam sebuah buku yang berjudul *Introduction to the Study of the Law of Constitution*. Sejak itulah *The Rule of Law* mulai menjadi bahan kajian dalam pengembangan negara hukum, bahkan menyebar ke setiap negara yang memiliki sistem yang berbeda-beda.²⁰⁵ Negara hukum dapat terbentuk dengan adanya :²⁰⁶

1. Adanya supremasi hukum (*supremacy of law*).

Adalah mengandung arti bahwa tidak ada kekuasaan yang sewenang-wenang, baik rakyat yang diperintah maupun raja yang memerintah. Supremasi hukum ini dapat dikatakan bersifat sama dengan ajaran yang dikemukakan oleh Krabbe tentang teori kedaulatan hukum, teori yang menentang ajaran *staats souvereiniteit* yang umumnya dianut oleh pemikir-pemikir kenegaraan Jerman.

2. Adanya persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*),

Adalah mengartikan bahwa semua warga negara tunduk selaku pribadi maupun kualifikasinya. Dan sebagai pejabat negara tunduk pada hukum yang sama dan diadili di

²⁰⁵ Op.Cit. www.kompasiana.com/25/10/2019

²⁰⁶ Op.Cit. Tutik Trinurwulan Tutik

pengadilan biasa yang sama. Jadi setiap warga negara sama kedudukannya dihadapan hukum. Penguasa warga negara manapun bisa. Apabila melakukan perbuatan melawan hukum, maka akan diadili menurut *aturan commons law* dan di pengadilan biasa.

3. Adanya konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perorangan (*the constitution based on individual rights*) Adalah adanya undang-undang dasar yang biasa disebut konstitusi. Konstitusi di sini bukan berarti merupakan sumber akan hak-hak azasi manusia melainkan indikator-indikator dari hak-hak azasi manusia itulah yang ditanamkan dalam sebuah konstitusi, secara harfiah dapat dikatakan bahwa apa yang telah dituangkan ke dalam konstitusi itu haruslah dilindungi keberadaannya.

D. Konsep Negara Hukum dari John Locke.

John Locke dalam bukunya “*Second Treatises of Government*” menyatakan bahwa untuk mendirikan suatu negara hukum yang menghargai hak-hak warga negara, harus berisi :²⁰⁷

1. Adanya hukum yang mengatur bagaimana anggota masyarakat dapat menikmati hak azasinya dengan damai.
2. Adanya suatu badan yang dapat menyelesaikan sengketa yang timbul antara pemerintah (*vertical dispute*) atau sesama anggota masyarakat (*horizontal dispute*).
3. Adanya supremasi hukum tercermin dari adanya hukum secara substantif (*law on paper*) dan konsistensi hukum oleh badan-badan peradilan (*law in action*).

²⁰⁷ Suwarna Almuchtar. Et. Al. *Hukum Tata Negara Republik Indonesia*, (Tangerang Selatan : Universitas Terbuka, 2014).

Hlm 31

E. Konsep Negara Hukum dari Sri Soemantri terdiri dari unsur-unsur sebagai berikut :²⁰⁸

1. Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugasnya dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau perundang-undangan.
2. Adanya jaminan terhadap hak-hak azasi manusia (warga negara).
3. Adanya pembagian kekuasaan.
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechterlijke control*).

F. Konsep Negara Hukum dari Jimly Asshiddiqie.

Menyebutkan ada 12 (dua belas) cirri-ciri negara hukum, yaitu sebagai berikut :²⁰⁹

1. 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 (*supremasi 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 sebagai terbesar masyarakatnya bahwa hukum itu memang supreme. Bahkan, dalam negara republik yang menganut sistem presidential yang bersifat murni, konstitusi itulah yang sebenarnya lebih tepat sebagai kepala negara.

²⁰⁸ Sri Soemantri. *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*. (Bandung : Alumni, 1992). Hlm 29

²⁰⁹ Ibid. Sri Soematri Hlm 154

2. Persamaan di muka 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 diskriminasi dalam segala bentuk dan 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 lebih maju.

3. Azas legalitas (*Due Process of Law*).

Dalam setiap negara hukum, dipersyaratkan berlakunya azas 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 harus ada dan berlaku lebih dahulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan. Dengan demikian, setiap tindakan atau perbuatan administrasi harus didasarkan atas aturan atau *rules and procedurs*.

4. Pembatasan Kekuasaan (*Limitation of Power*).

Adanya pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertical atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. Sesuai dengan hukum besi kekuasaan, setiap kekuasaan, setiap kekuasaan pasti memiliki

kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang, seperti dikemukakan oleh Lord Acton “*Power tends to corrupts and absolutelt power corrupts absolutelt*”. Karena itu kekuasaan harus selalu dibatasi dengan cara memisah-misahkan kekuasaan ke dalam cabang-cabang kekuasaan yang bersifat *checks and balances* dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain.

5. Organ-organ Eksekutif independen (*Independent Position*).

Dalam rangka membatasi kekuasaan, di zaman sekarang ini berkembang adanya pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat *independent*, seperti bank sentral, organisasi tentara, organisasi kepolisian dan kejaksaan. Selain itu, ada pula seperti Komisi Pemilihan Umum, Lembaga Ombudsmen, Komisi Penyiaran dan lain sebagainya. Lembaga, Badan atau organisasi-organisasi ini bersifat *independent* atau mandiri. Independensi lembaga, badan atau organisasi-organisasi tersebut dianggap penting untuk menjamin prinsip-prinsip negara hukum dan demokrasi.

6. Peradilan bebas tidak memihak (*Independent and Impartial Judiciary*).

Adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak. Peradilan bebas dan tidak memihak ini mutlak harus ada dalam setiap negara hukum. Untuk menjamin keadilan dan kebenaran dalam menjalankan tugas judisialnya hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun juga dan tidak boleh memihak kepada siapapun juga, baik karena kepentingan jabatan maupun kepentingan orang. Untuk menjamin keadilan dan kebenaran, tidak diperkenankan

adanya intervensi ke dalam proses pengambilan putusan keadilan oleh hakim, baik intervensi dari lingkungan kekuasaan eksekutif, legislative maupun dari masyarakat.

7. Peradilan Tata Usaha Negara (*Administration Court*).

Dalam setiap negara hukum, harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan badan atau pejabat administrasi negara dan dijalankan putusan hakim tata usaha negara oleh pejabat administrasi negara. Pengadilan tata usaha negara ini penting disebut tersendiri, karena dialah yang menjamin agar warga negara tidak dizalimi oleh keputusan-keputusan para pejabat administrasi negara sebagai pihak yang berkuasa.

8. Peradilan Tata Negara atau Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*). Negara hukum modern mengadopsi gagasan pembentukan Mahkamah

Konstitusi dalam sistem ketatanegaraanya. Pentingnya Mahkamah Konstitusi adalah dalam upaya memperkuat sistem *checks and balances* antara cabang-cabang kekuasaan yang dipisah-pisahkan untuk menjamin demokrasi. Misalnya, Mahkamah ini diberi fungsi untuk melakukan pengujian atas konstitusionalitas undang-undang yang merupakan produk lembaga legislative, dan memustus berbagai sengketa antar lembaga negara. Keberadaan Mahkamah Konstitusi di beberapa negara demokrasi saat ini makin dianggap penting karena itu dapat ditambahkan menjadi pilar baru tegaknya negara hukum modern.

9. Perlindungan hak azasi manusia (*Human Right Protection*).

Manusia sejak lahir memiliki hak dan kewajiban yang bersifat bebas dan azasi. Adanya perlindungan

constitutional terhadap hak azasi manusia dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Perlindungan terhadap hak azasi manusia tersebut dimasyarakatkan secara luas dan dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap hak-hak azasi manusia sebagai ciri yang penting suatu negara hukum yang demokratis.

10. Bersifat Demokratis (*Demokratische Rechstaat*).

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 kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi. Negara hukum itu sendiri yang dikembangkan adalah *demokratische rechtstaat* atau negara hukum yang demokrasi.

11. Negara kesejahteraan (*Welfare State*).

Berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan negara yang sejahtera. Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. Cita-cita hukum itu sendiri, baik yang dilembagakan melalui gagasan negara demokrasi maupun yang diwujudkan melalui gagasan negara hukum dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum.

12. Transparan dan Kontrol Sosial (*Check & Balance*).

Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap 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 dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran.

G. Konsep Negara Kekuasaan dari Nicolo Machiaveli

Dalam hal bernegara faktor moral tidaklah menjadi titik penting sehingga kekuasaanlah yang paling penting. Seorang pemimpin haruslah mempunyai sifat seperti kancil untuk mencari lobang jarring dan menjadi singa untuk mengejutkan serigala. Seorang raja atau pemimpin negara harus memiliki sifat cerdik pandai dan licin seibarat seekor kancil, akan tetapi harus pula memiliki sifat-sifat yang kejam dan tangan besi seibarat seekor singa. Penguasa yaitu pemimpin negara haruslah mempunyai sifat-sifat seperti kancil dan singa. Dia harus menjadi kancil untuk menjadi lobang jaring dan menjadi singa untuk mengejutkan serigala. Raja atau penguasa negara harus memiliki sifat-sifat cerdik pandai dan licin seibarat seekor kancil, akan tetapi harus pula memiliki sifat-sifat yang kejam dan tangan besi seibarat seekor singa. Tujuan negara masa lampau adalah kesempurnaan, kemuliaan yang abadi untuk kepentingan perseorangan berupa penyempurnaan diri manusia, sedangkan tujuan negara sekarang menghimpun dan mendapatkan kekuasaan yang sebesar-besarnya. Teorinya Macheiaveli dilakukan dalam mempersatukan wilayah-wilayah Italia yang berpecah-pecah menjadi negara Italia yang kuat. (Principle II – 18).²¹⁰

²¹⁰ Op.Cit. Sychran Basyah

H. Negara Kesejahteraan dari Jeremy Bentham.

Hukum sebagai tatanan hidup bersama harus diarahkan untuk menyokong si “raja suka”, dan mengekang si “raja duka”. Dengan kata lain, hukum harus berbasis manfaat bagi kebahagiaan manusia (*utilities*). Tapi bagaimana agar hukum benar-benar fungsional menyokong kebahagiaan itu?. Menciptakan kebebasan maksimum bagi individu agar dapat mengejar apa yang baik baginya. Cara yang paling efektif adalah memelihara keamanan individu. Hanya dengan keamanan dan kebebasan yang cukup terjamin, si individu dapat maksimal meraih kebahagiaan.²¹¹

I. Negara Berkeadilan dari :

1. Plato.

Teori keadilan dari Plato terdapat pada makalahnya yang berjudul “*Georgias*” yang dibukukan dalam bentuk “*Republic*”. Keadilan menurutnya adalah segala sesuatu yang didasarkan pada kebaikan. Dalam mewujudkan keadilan dibutuhkan suatu pembalasan dalam setiap perilaku yang jahat. Teori pembalasan itu dilaksanakan untuk mewujudkan kebaikan. Prinsip moralitas yang tinggi menekankan lebih baik menderita dalam keadilan daripada melakukannya, dan lebih baik tunduk pada hukum yang sah daripada mengelak darinya. Pembalasan yang benar-benar dapat mewujudkan keadilan tidak dapat direalisasikan di dunia ini, melainkan akan ditunda sampai ke dunia atau sampai ke dunia kedua di dunia ini.²¹²

²¹¹ Op.Cit. Darji Darmodihardjo dan Sidharta. Et.Al

²¹² Op.Cit. Marwan Effendy. Hlm 74

Plato dan Aristoteles yakin, dan keyakinan mereka sejalan dengan tradisi Yunani, bahwa hukum dan perundang-undangan (*nomos* dan *nomoi*) sangatlah penting untuk menata polis. Polis kadangkala dialih bahasakan sebagai suatu negara. Sebuah istilah modern yang sangat menyimpang bila diterapkan pada tatanan politik Yunani. Sejalan dengan ketakutan mereka, kita mendapati bahwa tatanan dan bangunan politik yang baik (*politeiai*) selalu berupa aturan hukum, yakni aturan yang sesuai hukum. Bentuk positivesme hukum apapun yang menyatakan bahwa perintah sewenang-wenang penguasa tiran bisa dianggap sebagai hukum, sebuah pandangan yang seringkali dipertahankan di bawah rezim dictator modern, akan mereka tolak mentah-mentah. Karena hal ini bertentangan rasa keadilan masyarakat.²¹³

2. Aristoteles.

Keadilan menurut Aristoteles terdapat pada bukunya “*Nichomachen*”, “*Politics*”, dan “*Rethorics*”. Inti dari pemikirannya adalah bahwa hukum hanya dapat ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan. Pada intinya keadilan sebagai suatu pemberian hak persamaan, bukan pemerataan. Dia membedakan hak persamaannya sesuai dengan hak proporsional. Kesamaan hak dipandang manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Semua orang dihadapkan hukum yang sama. Kesamaan proporsional memberi setiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan dan prestasi yang telah dilakukannya. Keadilan dibagi dua macam :²¹⁴

²¹³ Carol Joachim Friedrich. *Filsafat Hukum Perspektif Historis*. (Bandung: Nuansa Media, 2010). Hlm 18

²¹⁴ Op.Cit. Marwan Effendy. Hlm 75

1) Keadilan Distributive.

Adalah keadilan yang sesuai dengan tingkat prestasi setiap orang. Misalnya: Honor, Tunjangan, Kekayaan, Barang-barang lain yang bisa didapatkan dalam masyarakat.

2) Keadilan Cumulative.

Adalah keadilan yang memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membedakan tingkat prestasinya yang berkaitan dengan tukar menukar barang dan jasa.

3. Roscoe Pound.

Keadilan dilihat dalam hasil-hasil konkrit yang bisa diberikannya kepada masyarakat. Hasil yang diperoleh itu hendaknya berupa pemuasan kebutuhan manusia sebanyak-banyaknya dengan pengorbanan sedikit-dikitnya (*utilitisme*).²¹⁵

4. John Rawls.

John Rawls dalam perspektif “*Liberal Egalitarianism of Social Justice*” berpandangan bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial. Kebajikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengenyampingkan atau menggugat rasa keadilan setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan, terutama masyarakat lemah pencari keadilan. Gagasan prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan konsep-konsep sebagai berikut :²¹⁶

²¹⁵ Ibid. Marwan Effendy. Hlm 76

²¹⁶ Ibid. Marwan Effendy. Hlm 77

1) Konsep Posisi Asli.

Adalah keadilan berdasarkan rasionalitas, kebebasan dan persamaan untuk mengatur struktur dasar masyarakat. Antara tiap-tiap individu memiliki derajat yang sama, tidak ada perbedaan status, kedudukan, atau posisi antara individu yang satu dengan yang lain. Tiap-tiap individu dapat melakukan kesepakatan yang seimbang.

2) Konsep Selubung Ketidaktahuan.

Adalah 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 sedang berkembang.

5. Hans Kelsen

Pandangannya tentang keadilan terdapat dalam bukunya "*General Theory of Law and State*". Kelsen berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial dapat dikatakan adil bila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan di dalamnya. Keadilan berasal mutlak dari alam yaitu lahir dari hakikat suatu benda atau hakikat manusia, dari penalaran manusia atau dari kehendak Tuhan. Sejalan dengan Plato, Kelsen membagi dunia menjadi dua yaitu : pertama, yaitu dunia kasat mata yang dapat ditangkap maluli indra yang disebut realitas, dan kedua, dunia ide yang tidak nampak.²¹⁷ Selanjutnya Kelsen menyebutkan

²¹⁷ Ibid. Marwan Effendy. Hlm 78

bahwa keadilan bersumber dari cita-cita yang irasional. Keadilan diirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik tersebut adalah dengan cara memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju perdamaian bagi semua kepentingan.²¹⁸

²¹⁸ *Ibid.* Marwan Eddendy. Hlm 79

BAB X

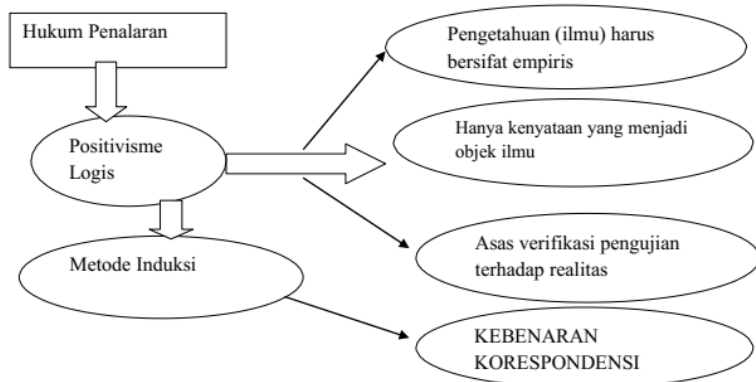
ALIRAN POSITIFISME HUKUM

Perkembangan ilmu, khususnya ilmu-ilmu alam (*natural science*), terutama sejak tahun 1600, dengan hasil-hasilnya yang gemilang yang kegunaannya langsung dapat dirasakan manusia dalam kehidupannya, telah melahirkan pendekatan teori ini dilandaskan pada pandangan John Austin, seperti terlihat ajarannya dalam karangan yang berjudul “*Province of Jurisprudence*” bahwa hukum merupakan perintah penguasa yang berdaulat. Pengertian perintah dari penguasa yang berdaulat tersebut dengan disertai sangsi. Sangsi ini dikatakan sebagai rasa malu bagi setiap kejahatan yang terjadi.²¹⁹ Yang dimaksud Positivitas kaidah hukum adalah hal ditetapkannya kaidah hukum dalam sebuah aturan hukum oleh pemangku kewenangan hukum atau yang berwenang (*bevoegde rechtsstatuteriteut*). Maka, dengan itu aturan hukum dikatakan aturan hukum positif. Hukum Positif adalah terjemahan dari “*ius positum*” dalam bahasa Latin, yang secara harfiah berarti Hukum yang Ditetapkan (*gesteld recht*). Jadi, hukum positif adalah hukum yang ditetapkan oleh manusia, karena itu dalam ungkapan kuno disebut “*stellig rechts*”.²²⁰

²¹⁹ Lili Rasyidi, B. Arif Sidharta. *Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya*. (Bandung: CV Remaja Karya, 1998). Hlm 50.

²²⁰ J.J.H. Bruggink. *Refleksi Tentang Hukum*. (Bandung : Citra Aditya Bhakti,

Beberapa penulis mengidentifikasi, jika mereka sedang mempersoalkan kaidah hukum, sifat “positivitas” dengan sifat berlaku (*gelding*). Mereka berkeyakinan bahwa hukum positif perdefinisi adalah hukum yang berlaku, sebab hukum positif dibuat oleh orang-orang yang berwenang untuk itu. Orang-orang itu adalah para pengemban kewenangan hukum yang di dalam masyarakat yang bersangkutan memiliki kewenangan pembentukan hukum. Termasuk ke dalamnya adalah badan pembentuk undang-undang (legislatif), badan kehakiman (yudikatif) dan badan pemerintahan (eksekutif). Kepada para pengemban kewenangan hukum itu diberikan kewenangan (tugas) untuk berdasarkan kesadaran hukum mereka memberikan suatu bentuk yang positif berkepastian pada hukum, dan menurut para penulis ini hal itu sudah cukup untuk berlakunya aturan-aturan hukum.²²¹ Berikut ragaan hukum penalaran dengan paham Positifisme Logis.²²²



1999). Hlm 142

²²¹ Ibid.

²²² Asep Dedi Suwasta. *Tafsir Hukum Positif Indonesia*. (Bandung : Alia Publisher, 2011). Hlm 76.

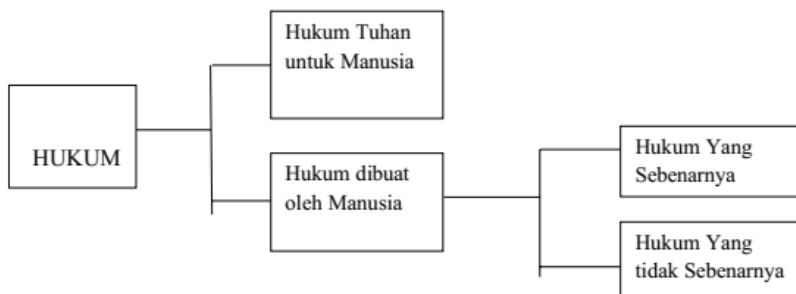
Istilah positifisme berasal dari kata “*ponere*” yang berarti meletakkan, kemudian menjadi bentuk pasif “*pusitus-a-um*” yang berarti diletakan. Dengan demikian, positifisme menunjukkan pada sebuah sikap atau pemikiran yang meletakkan pandangan dan pendekatannya pada sesuatu. Umumnya positifisme bersifat empiris. Positifisme hukum (aliran hukum positif) memandang perlu memisahkan antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku dan hukum yang akan datang, antara *das sein* dan *das sollen*). Dalam kacamata positivism, tidak ada hukum lain kecuali perintah penguasa (*law is command of the lawgivers*). Bahkan, bagian dari aliran hukum positif yang dikenal dengan nama legisme, berpendapat lebih tegas, bahwa hukum itu identik dengan undang-undang. Aliran ini berpandangan hukum identik dengan undang-undang, yaitu aturan yang berlaku. Satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang. Menurut aliran ini, hukum merupakan perintah penguasa dan kehendak dari negara. Sumber pemikirannya adalah logika, yaitu suatu cara berpikir manusia yang didasarkan pada teori kemungkinan (ke arah kebenaran).²²³

A. Aliran Positifisme dari John Austin dengan Konsep Hukum adalah Perintah Negara.

Bahwa hukum adalah perintah dari penguasa negara (*state order*), bahwa, hakikat hukum terletak pada unsur perintah, bahwa hukum dipandang suatu sistem yang tetap, logis dan tertutup, bahwa pihak superior itulah yang menentukan apa yang diperbolehkan dan kekuasaan superior itu memaksa orang lain untuk taat dan mematuhi. Bahwa

²²³ Amran Suadi. *Filsafat Hukum, Refleksi Pancasila, Hak Azasi Manusia dan Etika*. (Jakarta : PrenaMedia Group, 2019). Hlm 79

hukum adalah perintah yang memaksa, (*force order*) yang dapat saja bijaksana (*wise*) dan adil (*fair*) ataupun sebaliknya. Bahwa, hukum dibedakan antara hukum Tuhan dan hukum yang dibuat oleh manusia, bahwa, hukum yang dibuat oleh manusia, yaitu hukum yang sebenarnya yang di dalamnya meliputi perintah, sanksi, kewajiban dan kedaulatan. Namun demikian hukum yang dimaksud adalah hukum yang sedang/ masih berlaku yang di buat oleh pembuat undang-undang dalam hal ini negara.²²⁴



B. Aliran Positifisme dari Hans Kelsen dengan Konsep Hukum Murni dan Grundnorm.

Bahwa sumber hukum yang objektif itu adalah *Grundnorm* (norma dasar). *Grundnorm* menyerupai sebuah pengandaian tentang tatanan yang hendak diwujudkan dalam hidup bersama (dalam hal ini, negara). Dengan teorinya tentang tertib yuridis (*legal order*). Yang menjabarkannya dengan menggunakan konsep Stufenbau (lapisan-lapisan aturan menurut eselon). Dengan konstruksi ini, ditentukan jenjang-jenjang perundang-undangan. Seluruh sistem perundang-undangan mempunyai suatu struktur piramidal mulai dari yang abstrak yakni *grundnorm* sampai yang konkrit,

²²⁴ Op.Cit. Darji Darmodihardjo dan Sidharta. Et.Al

seperti perundang-undangan, perayuran pemerintah dan lainnya. Peraturan yang abstrak (norma dasar) memberikan penguatan kepada peraturan yang konkrit (norma pelaksanaan). Dan aturan yang konkrit (norma pelaksanaan) tidak boleh bertentangan dengan aturan yang abstrak (norma dasar) (*Lex Superiore derogat Legi Inferiore*). Namun demikian hukum yang dimaksud adalah hukum yang sedang/masih berlaku yang di buat oleh pembuat undang-undang dalam hal ini negara.²²⁵

Dan Hans Kelsen membagi ke dalam 4 Kelompok :

- a. Norma Dasar (*Grundnorm*).
- b. Norma Legislasi & Kebiasaan (*Legislation & Custom norm*).
- c. Norma Undang-Undang (*Statute dan Ordonansi norm*) dan,
- d. Norma Materil dan Formal (*Material & Formal norm*).

C. Aliran Positifisme dari Hans Nawiasky dengan Konsep Hierarki Hukum.

Mengutip pendapat gurunya Hans Kelsen di mana suatu norma hukum dalam negara selalu berjenjang dan berlapis, di mana norma yang di bawah berlaku, berdasar dan bersumber pada norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada suatu norma hukum yang lebih tinggi yang disebut Norma Dasar Negara (*staatsfundamentalnorm*). Nawiasky menyebutkan bahwa norma hukum itu selain berjenjang dan berlapis, norma hukum dalam suatu negara sejatinya berkelompok-kelompok.

Dan Hans Nawiasky membagi ke dalam 4 Kelompok :

- a. Norma Fundamental (*Staatsfundamentalnorm*).
- b. Norma Dasar (*Staatgrundgesetze*).

²²⁵ *Ibid.*

- c. Norma Formal (Formalenorm) dan,
- d. Norma Pelaksanaan dan Norma Otonom (Verordnungen and Authonome Satzungen).

Namun demikian hukum yang dimaksud adalah hukum yang sedang/masih berlaku yang di buat oleh pembuat undang-undang dalam hal ini negara.²²⁶

D. Aliran Posotivisme dari Jeremy Bentham dengan Konsep Uutilitas Hukum (1748-1832).

Hukum sebagai tatanan hidup bersama harus diarahkan untuk menyokong si “raja suka”, dan mengekang si “raja duka”. Dengan kata lain, hukum harus berbasis manfaat bagi kebahagiaan manusia (*utilities*). Tapi bagaimana agar hukum benar-benar fungsional menyokong kebahagiaan itu?. Menciptakan kebebasan maksimum bagi individu agar dapat mengejar apa yang baik baginya. Cara yang paling efektif adalah memelihara keamanan individu. Hanya dengan keamanan dan kebebasan yang cukup terjamin, si individu dapat maksimal meraih kebahagiaan Namun demikian hukum yang dimaksud adalah hukum yang sedang/masih berlaku yang di buat oleh pembuat undang-undang dalam hal ini negara.²²⁷

E. Aliran Positifisme dari Rudolf von Jhering (1818-1892).

Bahwa hukum timbul dari jiwa bangsa yang bersifat empirik dan tidak spontan, bahwa, tujuan hukum adalah untuk melindungi kepentingan-kepentingan, bahwa, kepentingan-kepentingan adalah sebagai pengejaran kesenangan dan menghindari penderitaan, tetapi kepentingan individu

²²⁶ Op.Cit. Darji Darmodiharjo dan Sidharta. Hlm 222

²²⁷ Op.Cit. Hlm 118

dijadikan bagian dari tujuan sosial dengan menghubungkan tujuan pribadi seseorang dengan kepentingan-kepentingan orang lain. Namun demikian hukum yang dimaksud adalah hukum yang sedang/masih berlaku yang di buat oleh pembuat undang-undang dalam hal ini negara.²²⁸

F. Aliran Positifisme dari John Stuart Mills (1806-1873).

Pemikiran Stuart Mill banyak dipengaruhi oleh pertimbangan psikologis, yang pada awalnya dikembangkan oleh ayahnya James Mill. Ia menyatakan bahwa tujuan manusia adalah kebahagiaan. Manusia berusaha memperoleh kebahagiaan itu melalui hal-hal yang membangkitkan nafsunya. Jadi, yang ingin dicapai oleh manusia itu bukanlah benda atau sesuatu hal tertentu, melainkan kebahagiaan yang dapat ditimbulkannya.²²⁹

G. Aliran Positifisme dari L.A. Hart.

Hart membagi pengertian hukum positif ke 5 pengertian :²³⁰

- a. Bahwa undang-undang adalah perintah-perintah manusia.
- b. Bahwa tidak perlu ada hubungan antara hukum dengan moral, atau hukum yang ada dengan hukum yang sebenarnya.
- c. Bahwa analisis (atau studi tentang arti) dari konsepsi tentang hukum: (a) layak dilanjutkan dan (b) harus dibedakan dari penelitian historis dan sebab atau asal usul undang-undang dari penelitian sosiologis mengenai hubungan hukum dengan gejala sosial lainnya dan kritik atau penghargaan hukum mengenai arti moral, tuntutan sosial, serta fungsi-fungsinya.

²²⁸ Ibid. Hlm 121

²²⁹ Op.Cit. Darji Darmodihardjo. Et.Al. Hlm 120

²³⁰ Op.Cit. Amran Suadi. Hlm 80

- d. Bahwa sistem hukum adalah suatu sistem logis tertutup yang menghasilkan putusan hakim yang tepat dengan cara-cara yang logis dari pengaturan hukum yang telah ada sosial lebih dahulu tanpa mengingat tuntutan sosial, kebijaksanaan norma-norma moral.
- e. Bahwa penilaian-penilaian moral tidak dapat diberikan atau dipertahankan, seperti halnya pertanyaan tentang fakta, dengan alasan rasional, petunjuk, atau bukti.

BAB XI

ALIRAN REALISME HUKUM

Realisme secara etimologi berasal dari bahasa Latin “res” yang artinya benda atau sesuatu. Secara umum realisme dapat diartikan sebagai upaya melihat segala sesuatu sebagaimana adanya tanpa adanya idealisasi, spekulasi atau idealisasi. Pemahaman realisme berupaya untuk menerima fakta-fakta apa adanya, betapapun tidak menyenangkan. Pandangan aliran realisme dalam konteks hukum, melihat bahwa hukum itu dipandang dan diterima sebagaimana adanya, tanpa identitas dan spekulasi atas hukum yang bekerja dan berlaku. Aliran realisme hukum merupakan satu sub-aliran (pecahan) dari aliran positifisme hukum, yang dipelopori antara lain oleh John Chipman. Roscoe Pound melalui pendapatnya bahwa aliran hukum itu merupakan a tool of social engineering dapat digolongkan kepada aliran ini. Menurut aliran ini hukum adalah menurut apa yang dilakukan oleh aparat penyelenggara hukum seperti hakim, polisi, jaksa atau siapa saja yang bertugas sebagai pelaksana fungsi hukum. Jadi hukum itu adalah aturan yang dijalankan bukan pada doktrin-doktrin hukum yang berusaha sifat normatif hukum.²³¹

²³¹ Op.Cit. Amran Suadi. Hlm 89

Realisme hukum berkembang dalam waktu bersamaan dengan Sociological Jurisprudence. Ada penulis yang memasukan aliran ini sebagai bagian dari Positifisme Hukum (Friedmen). Tetapi juga ada yang memasukannya kepada bagian Neopositivesme (Huijbers), bahkan ada yang aliran tersendiri (Lili Rasyidi). Dalam pandangan penganut Realismen (para realis), hukum adalah hasil dari kekuatan-kekuatan sosial dan alat kontrol sosial. Karena itu, program ilmu hukum realis hampir tidak terbatas. Kepribadian manusia, lingkungan sosial, keadaan ekonomi, kepentingan bisnis, gagasan yang sedang berlaku, emosi-emosi yang umum, semua ini adalah membentuk hukum dan hasil hukum dalam kehidupan. Itulah sebabnya, sangat benar apa yang dikatakan oleh seorang realis yang sangat terkemuka (Llewellyn), bahwa hal yang pokok dalam ilmu hukum realis adalah gerakan dalam pemikiran dan kerja tentang hukum (Friedmen).²³²

Ciri-ciri Aliran Realis-Pragmatis:²³³

1. Tidak ada mazhab realis, realisme adalah gerakan dalam pemikiran dan kerja tentang hukum.
2. Realisme adalah konsepsi hukum yang terus berubah dan alat untuk tujuan-tujuan sosial, sehingga tiap bagian harus diuji tujuan dan akibatnya. Realisme mengandung konsepsi tentang masyarakat yang berubah lebih cepat daripada hukum.
3. Realisme menganggap adanya pemisahan sementara antara hukum yang ada untuk tujuan-tujuan studi. Pendapat-pendapat tentang nilai harus selalu diminta agar tiap penyelidikan ada sarasannya. Tetapi selama

²³² Op.Cit. Darji Darmodiharjo dan Sidharta. Hlm 132

²³³ Op.Cit. Otje Salman. Hlm 30

penyelidikan, gambaran harus tetap sebersih mungkin karena keinginan-keinginan pengamat atau tujuan-tujuan etis.

4. Realisme tidak percaya pada ketentuan dan konsepsi-konsepsi hukum, sepanjang ketentuan dan konsepsi hukum menggambarkan apa yang sebenarnya dilakukan oleh pengadilan-pengadilan dan orang-orang.
5. Realisme menekankan pada evolusi tiap bagian dari hukum dengan mengingat akibatnya.

Penjelasan di atas adalah sebagai berikut.

1. Aliran Realisme dan Pragmatisme Hukum dari Charles Sander Pierce.

Charles Sander Pierce (1839-1914), dalam buku karangannya *Pragmatism and Pragmaticism*. Pierce disebut-sebut sebagai orang pertama yang memulai pemikiran pragmatisme, yaitu pemikiran yang menyangkal kemungkinan bagi manusia untuk mendapat suatu pengetahuan teoritis yang benar, oleh karena itu ide-ide perlu diselidiki dalam praktik hidup. Bahwa, ide-ide harus diterangkan dengan jalan analitis, bahwa dengan metode analitis ini harus digunakan secara fungsional, yakni dengan menyelidiki seluruh konteks suatu pengertian dalam praktik hidup, bagaimana pengertian tertentu ditanggapi dalam situasi tertentu, maka kebenaran merupakan hasil penyelidikan situasi secara empirik, bahwa, pragmatisme oleh Pierce dalam arti empiris atau *experiential*.²³⁴

²³⁴ Op.Cit. Darji Darmodihardjo dan Sidharta. Et.Al. Hlm 137

2. Aliran Realisme dan Pragmatisme Hukum dari John Chipman Gray.

John Chipman Gray (1839-1915), dalam bukunya *The Nature and Sources of the law*. Sebagaimana ciri realisemen Amerika, Gray menempatkan hakim sebagai pusat perhatiannya, semboyannya yang terkenal adalah “*all the law is judge-made law*”. Bahwa logika sebagai faktor penting dalam pembentukan perundang-undangan, unsur kepribadian, prasangka, dan faktor lain yang tidak logis memiliki pengaruh yang besar dalam pembentukan hukum, *bahwa*, Gray mengemukakan contoh dari sejarah hukum Inggris dan Amerika yang menunjukan faktor-faktor politik, ekonomi dan sifat-sifat pribadi yang lain dari hakim-hakim tertentu, telah menyelesaikan soal-soal yang penting untuk jutaan orang selama ratusan tahun.²³⁵

3. Aliran Realisme dan Pragmatisme Hukum dari Oliver Wendell Holmes.

Oliver Wendell Holmes, Jr (1841-1935), dalam bukunya *The Common Law*, ia seorang filsuf Amerika yang lahir di Boston Massachussets, ia menjadi anggota Mahkamah Agung Amerika Serikat selama kurang lebih 30 tahun. Bahwa jiwa dari hukum adalah bukanlah logika tetapi pengalaman, bahwa pengadilan seharusnya melihat fakta-fakta yang ada di tengah masyarakat yang terus berubah, dari pada hanya sekedar menerapkan slogan-slogan hukum dan formula hukum, bahwa hukum harus berkembang dan melayani masyarakat, bahwa hukum itu halnya sama dengan pengalaman, seperti halnya juga dengan logika, oleh sebab itu menurutnya hukum hanyalah sebatas prediksi-prediksi terhadap keputusan apa yang akan dibuat oleh peradilan.²³⁶

²³⁵ *Ibid.* Hlm 138

²³⁶ *Ibid.* Hlm 138

4. Aliran Realisme dan Pragmatisme Hukum dari Benjamin N. Cardozo.

Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938), dalam bukunya *The Nature of The Judicial Process*, ia seorang filsuf Amerika yang lahir di New York, ia adalah tokoh realis terkemuka di Amerika. Bahwa hukum sama dengan pengadilan, bahwa, perkembangan hukum terikat pada tujuan hukum yakni kepentingan umum, karena itu kegiatan para hakim dituntun oleh norma-norma kepentingan umum. Cardozo sangat terpengaruh oleh teori-teori ilmu hukum sosiologis, yang menekankan pada kepekaan yudisial terhadap realitas sosial. Tokoh ini beranggapan hukum mengikuti perangkat aturan umum dan yakin bahwa penganutan terhadap preseden seharusnya merupakan aturannya, dan bukan merupakan pengecualian dalam pelaksanaan peradilan. Namun, ia mengemukakan adanya kelonggaran atau keluwesan pelaksanaan aturan ketat itu apabila penganutan terhadap preseden tidak konsisten dengan rasa keadilan dan kesejahteraan sosial.²³⁷

5. Aliran Realisme dan Pragmatisme Hukum dari Axel Hagerstorm

Axel Hagerstrom (1868-1939), dalam buku karangannya *Inquiries into the Natural of Law and Morals*, ia seorang sarjana Swedia, menyelidiki azas-azas hukum yang berlaku pada zaman Romawi. Bahwa rakyat Romawi menaati hukum secara irasionil, berdasarkan bayangan yang bersifat magis atau ketakutan pada tahayul (metafisika), bahwa, hukum seharusnya diselidiki dengan bertolak pada empiris yang

²³⁷ Ibid. Hlm 141

dapat ditemukan dalam perasaan psikologi bahwa, perasaan psikologis adalah rasa wajib, rasa kuasa dalam mendapatkan untung, rasa takut akan reaksi dari lingkungan, dan sebagainya.²³⁸

6. Aliran Realisme dan Pragmatisme Hukum dari Karl Olivera

Karl Olivecrona (1897-1980), dalam buku karangannya *Law as Fact, Legal Language and Reality* dan *The Imperative Element in Law*, ia seorang ahli hukum Swedia yang menyamakan hukum dengan perintah yang bebas (*independent imperatives*), dan kemudian menyangkal keberadaan yang normatif. Bahwa, hukum bukan sebagai perintah dari seorang manusia, sebab tidak mungkin ada manusia yang dapat memberikan semua perintah yang terkandung dalam hukum itu, bahwa, pemberi perintah dari hukum itu tidak identik dengan negara atau rakyat, identifikasi demikian merupakan abstrak dan tidak realistik, bahwa, ketentuan hukum selalu mempunyai dua unsur, yaitu suatu gagasan untuk berbuat dan beberapa simbol imperatif (*ought, duty, offence*), bahwa, ketentuan undang-undang itu sendiri hanyalah kata-kata di atas kertas, kenyataan yang berkenaan dengan pembicaraan ilmiah tentang hukum haruslah berkenaan dengan reaksi psikologis dari para individu, yakni ide tentang tindakan apa dan perasaan yang timbul apabila mereka mendengar atau melihat suatu ketentuan.²³⁹

²³⁸ *Ibid.* Hlm 144

²³⁹ *Ibid.* Hlm 144

7. Aliran Realisme dan Pragmatisme Hukum dari Alf Ross.

Alf Ross (1899-1979), dalam buku karangannya *Theorie Rechtsquellen, Kritik der Sogenanten Praktischen Erkenntnis, Towards A Realistic Jurisprudence and On Law and Justice*, Ross sebagai penganut Realisme Hukum berkebangsaan Denmark. Bahwa hukum adalah realitas sosial, bahwa, berusaha membentuk teori hukum yang empirik belaka, tetapi yang dapat mempertanggungjawabkan keharusan normatif sebagai unsur mutlak dari gejala hukum, bahwa, kalau berlakunya normatif dari peraturan-peraturan hukum ditafsirkan sebagai rasionalisasi atau mungkin simbol-simbol dari kenyataan-kenyataan fisiopsikis, maka dalam realitas terdapat hanya kenyataan-kenyataan saja, bahwa keharusan normatif yang berupa rasionalisasi dan simbol, itu bukan realitas, bahwa, perkembangan hukum melewati 4 tahap yaitu kesatu, hukum adalah suatu sistem paksaan aktual, kedua, hukum adalah suatu cara berlaku sesuai dengan kecenderungan dan keinginan anggota komunitas, ketiga, hukum adalah sesuatu yang berlaku dan kewajiban dalam arti yuridis yang benar, keempat, supaya hukum berlaku, harus ada kompetensi pada orang-orang yang membentuknya.²⁴⁰

²⁴⁰ Ibid. Hlm 145

BAB XII

ALIRAN HUKUM ALAM

Para pemikir zaman dahulu umumnya menerima suatu hukum yang berbeda dari hukum positif, yang disebut hukum alam atau hukum kodrat. Hukum itu tidak tertulis akan tetapi ditanggapi tiap-tiap orang sebagai hukum, oleh sebab menyatakan apa yang termasuk alam manusia sendiri, yakni kodratnya. Hukum itu tidak berubah, berlaku untuk segala zaman. Hukum itu lebih kuat daripada hukum positif, sebab menyangkut makna kehidupan manusia sendiri. Karenanya hukum itu mendahului hukum yang dirumuskan dalam undang-undang dan berfungsi sebagai azas banginya. Dengan kata lain: hukum adalah aturan : basis bagi aturan itu ditemukan dalam aturan alamiah yang terwujud dalam kodrat manusia.²⁴¹

Hukum alam adalah hukum yang digambarkan berlaku abadi, yang norma-normanya berasal dari Tuhan Yang Maha Esa, Maha Adil, dari alam semesta dan dari akal budi manusia. Sebagai hukum yang kekal dan abadi, begitu jauh tidak terikat oleh waktu dan keadilan dalam tingkatan yang paling mutlak bagi segenap umat manusia. Hukum Alam adalah hukum yang berakar pada abtin manusia atau masyarakat, dan hukum alam

²⁴¹ Op.Cit. Theo Huijbers. Hlm 82

itu lepas dari konvensi, perundang-undangan atau lain-lain alat kelembagaan. “Hukum alam sama tuanya dengan spekulasi-spekulasi yang tertua tentang hukum. Sebabnya, hukum alam merupakan refleksi dari pertentangan-pertentangan yang tercakup dalam bidang ilmu hukum itu sendiri, di mana terjadi konfrontasi antara kaidah yang ideal dengan penyelenggaraan-penyelenggaraan dalam kenyataan-kenyataan apriorisme dan empirisme, autonomi dan heteronomi, kemantapan susunan yang ada dengan kebutuhan sosial dan organisasi yang statis dengan kelangsungan hidup statis”.²⁴²

Azas hukum yang bersifat universal yang berlaku kapan saja dan di mana saja, tidak terpengaruh waktu dan tempat. Dengan uraian azas-azas sebagai berikut :²⁴³

1. Azas Individualisme (Personality).

Setiap manusia bersifat individualis, melekat pada setiap manusia dan bukan merupakan hal yang jelek (yang jelek : egoistis). Setiap manusia ingin hidup bebas, ingin egonya diakui. Individualisme merupakan sebagian cita-cita manusia, ingin hidup sendiri, tidak ingin orang lain mencampurnya. Azas individualisme ini sudah ada sejak Code Civil sampai sekarang, hanya kadarnya yang berubah. Di negara sosialis sekalipun terdapat azas individualisme, hanya kadarnya berbeda dengan negara liberal.

²⁴² Otje Salman. *Filsafat Hukum, Perkembangan dan Dinamika Masalah*. (Bandung : Reflika Aditama, 2010). Hlm 40

²⁴³ Sudikno Mertokusumo. *Bahan Ajar Mata Kuliah Teori Hukum*. (Yogyakarta : Program Pascasarjana Fakultas Hukum, Jurusan Kenotariatan Universitas Gadjah Mada, 2002).

2. Azas Persekutuan (Collectivity)

Manusia ingin hidup berkelompok, bermasyarakat dan kerja sama. Ini bertentangan dengan azas Individualisme. Keduanya berkaitan erat walaupun saling bertentangan (*antinomi*). Contoh : manusia bersifat individualistik, namun ingin hidup berkelompok. Dalam bidang hukum pidana juga terdapat azas-azas ini. Contohnya : di negara Anglo saxon. *Bush vs State of New York*.

3. Azas Kesamaan (Equality).

Setiap orang minta diperlakukan sama dalam pengertian bukan penyamarataan. Kesamaan terdapat dalam azas : “*audi et alteram partem*” (kedua belah pihak didengar bersama-sama) atau “*suum cuique tribuere*” atau “*to each his own*” atau “*equality before the law*”.

4. Azas Kewibawaan (Dignity).

Dalam masyarakat diharapkan adanya seseorang yang menonjol dari manusia lain dalam arti mempunyai kelebihan dari anggota masyarakat lainnya, sehingga dapat memimpin. Sebab apabila tidak ada pimpinan, maka akan terjadi kekacauan dan manusia tidak menginginkan ini (masyarakat teratur, maka warga sejahtera). Stabilitas (kepastian hukum, tatanan masyarakat itu seimbang) merupakan idaman masyarakat yang dituangkan dalam azas *restitutio in integrum*, pengembalian kepada keadaan semula (tatana yang tertib).

5. Azas Penilaian Baik dan Buruk (Ethics).

Setiap orang pada dirinya masing-masing mempunyai kemampuan, kecenderungan untuk menilai sesuatu baik dan buruk. Kecenderungan ini melekat pada ke-4 azas umum yang

telah disebutkan terdahulu, sehingga dengan demikian ada perbedaan mengenai kadar dalam 4 azas tersebut di atas.

W. Friedman dan Dias menyebutkan bahwa hukum alam itu adalah:²⁴⁴

- a. Ideal-ideal yang menurut perkembangan hukum dan pelaksanaannya.
- b. Dasar dalam hukum yang bersifat moral, yang menjaga jangan sampai terjadi suatu pemisahan secara total antara antara yang ada sekarang dan yang seharusnya.
- c. Metode untuk menemukan hukum yang sempurna.
- d. Isi dari hukum yang sempurna yang dapat didiskusikan melalui akal.
- e. Kondisi yang harus ada bagi kehadiran hukum dalam masyarakat.

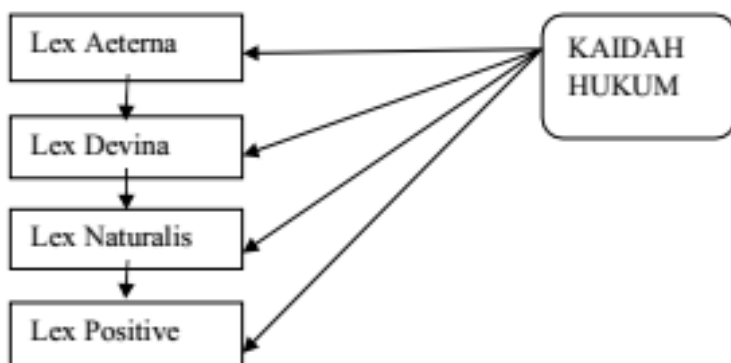
Pemikirnya adalah sebagai berikut :

1. Pemikiran Hukum Alam dari Thomas Aquinas

Thomas Aquinas (1225M), dalam buku karangannya yaitu *Summa Theologiae*, *De Ente et Essentia* dan *Summa Contra Gentiles*. Pemikirannya, mengakui bahwa di samping kebenaran wahyu juga terdapat kebenaran akal, terdapat pengetahuan yang tidak dapat ditembus oleh akal, dan untuk itu diperlukan Iman. Pengertian Hukum, yaitu ketentuan akal untuk kebaikan umum, yang dibuat oleh orang yang mengurus masyarakat. Pembagian Hukum, yaitu terdiri dari *Lex Aeterna* yaitu hukum ratio Tuhan yang tidak dapat ditangkap oleh pancaindera manusia, *Lex Divina* yaitu hukum ratio Tuhan yang dapat ditangkap oleh pancaindera manusia, *Lex Naturalis* yaitu hukum yang merupakan penjelmaan *Lex Aeterna* kedalam ratio manusia, dan *Lex Positivis* yaitu hukum

²⁴⁴ Op.Cit. Amran Suadi. Hlm 75

yang merupakan *Lex Naturalis* dalam kehidupan dunia.²⁴⁵
Hierarki hukum Thomas Aquinas :



2. Aliran Hukum Alam dari ST. Agustinus (Hukum Tatahan Hidup Damai).

Agustinus berpendapat bahwa hukum harus didominasi oleh tujuan perdamaian. Bahkan “*res publica*” dipahami sebagai komunitas rasional yang ditentukan dengan nilai-nilai “*deligeri*” (dihargai dan di cintai). Konsep ini sangat berbeda dengan konsep “*regium*” Romawi, yang merupakan segerombolan kelompok yang tidak memiliki keadilan (perseteruan Kaisar dan Gereja). Keadilan itulah yang mesti menjadi dasar hukum. Tanpa keadilan, apapun tidak layak disebut hukum. (*lex esse von vadatur, quae justa non fuerit*). Dengan teori dua pedang (*zwei zwarden theori*) yaitu pedang kerohanian dan pedang keduniaan. Yang dalam aplikasinya membagi hukum pada : (i) hukum yang mengatur keduniawian (negara) dan (ii) hukum yang soal-soal keagamaan (kerohanian). Dalam suatu organisasi negara dan pemerintahan.²⁴⁶

²⁴⁵ Op.Cit. Darji Darmodihardjo dan Sidharta. Hlm 105

²⁴⁶ Ibid. Hlm 106

3. Aliran Hukum Alam dari John Salisbury

John Salisbury (1115-1180M), dalam buku karangannya *Policraticus sive de Nubis Curialtum et Vestigees Philosophorum Libri VIII dan Metalogicus*. Bahwa gereja dan negara perlu bekerja sama, ibarat hubungan organis antara jiwa dan raga, bahwa dalam menjalankan pemerintahannya penguasa wajib memperhatikan hukum tertulis dan tidak tertulis (hukum alam), yang mencerminkan hukum Allah, bahwa tugas rohaniawan adalah membimbing penguasa agar tidak merugikan kepentingan rakyat, dan bahkan harus tetap mengabdikan kepada gereja, bahwa masing-masing penduduk bekerja untuk kepentingannya sendiri, kepentingan masyarakat akan terpelihara dengan sebaik-baiknya.²⁴⁷

4. Aliran Hukum Alam dari Dante Alghiera

Dante Alghiera (1265-1321M), dalam bukunya *De Monarchia*, pada abad pertengahan telah terjadi perselisihan antara Jerman dan Perancis dengan kekuasaan Paus di Roma, Dante berada dalam kubu penguasa, dimana ia sangat menentang penyerahan kekuasaan dunia kepada geraja. Bahwa keadilan baru dapat ditegakan apabila pelaksanaan hukum diserahkan kepada satu tangan saja berupa pemerintahan yang absolut.²⁴⁸

5. Aliran Hukum Alam dari Piere Dubois.

Piere Dubois (1255), dalam buku karangannya *De Recuperatione Terre Sanctie* (penaklukan kembali tanah suci), seorang filsuf Perancis dan pernah berkedudukan sebagai pengacara raja Perancis selaras pandangannya yang pro

²⁴⁷ Ibid. Hlm 106

²⁴⁸ Ibid. Hlm 107

penguasa, dan berkeinginan agar kerajaan Perancis dapat menguasai dunia. Bahwa penguasa (raja) dapat langsung menerima kekuasaan dari Tuhan, tanpa perlu melewati pemimpin gereja, bahwa kekuasaan duniawi gereja (Paus) dicabut diserahkan sepenuhnya kepada Raja, bahwa rajapun memiliki kekuasaan untuk membentuk undang-undang, tapi raja tidak terikat untuk mematuhi. ²⁴⁹

6. Aliran Hukum Alam dari Marsilius de Padua

Marsilius de Padua (1270-1340), dalam bukunya *Defensor Pacis*, filsuf Perancis ini merupakan tokoh penting pada abad ke 14 sebagai ordo Fransiscan, karena pertentangannya terhadap pemikiran gereja, dia dikeluarkan dari gereja oleh Paus. Bahwa kedaulatan tertinggi ada di tangan rakyat, bahwa tujuan negara adalah untuk memajukan kemakmuran dan memberi kesempatan seluas-luasnya kepada warga negara agar dapat mengembangkan diri secara luas (Aristoteles), bahwa hukum harus mengabdikan kepada masyarakat dan rakyat pula yang berwewenang memilih pemerintahannya. ²⁵⁰

7. Aliran Hukum Alam dari William Occan

William Occan (1280-1317), dalam buku karangannya *De Imperatorum et Pontificum Potestate*, filsuf Perancis ini merupakan tokoh penting seperti Padua, pada abad ke 14 sebagai ordo Fransiscan, karena pertentangannya terhadap pemikiran gereja, dia dikeluarkan dari gereja oleh Paus. Bahwa, filsufnya disebut “nominalisme” contra Thomas Aquinas, bahwa, ratio manusia tidak dapat memastikan suatu kebenaran, bahwa, pengetahuan (ide) yang ditangkap oleh

²⁴⁹ *Ibid.* Hlm 108

²⁵⁰ *Ibid.*

ratio hanyalah nama-nama (nomen, nominal) yang digunakan oleh manusia dalam hidupnya.²⁵¹

8. Aliran Hukum Alam dari John Wycle

John Wycliffe (1320-1384), filsuf Inggris ini merupakan tokoh penting pada abad ke 14, selalu menyoroti masalah kekuasaan gereja. bahwa, menolak adanya hak-hak Paus untuk menerima upeti dari raja Inggris, bahwa, hubungan antara kekuasaan ketuhanan dan kekuasaan keduniaan seperti hubungan antara pemilik dan penggarap tanah, masing-masing mempunyai bidangnya sendiri sehingga tidak boleh saling mencampuri, bahwa, urusan negara seharusnya tidak boleh dicampuri oleh rohaniawan, itu adalah corak kepemimpinan yang paling buruk. bahwa, pemerintahan yang baik adalah pemerintah yang dipimpin oleh para bangsawan, bahwa, kekuasaan ketuhanan tidak perlu melalui perantara (rohaniawan gereja), sehingga baik para rohaniawan maupun orang awam sama derajatnya dimata Tuhan.²⁵²

9. Aliran Hukum Alam dari Johannes Hus

Johanes Huss (1369 – 1415), filsuf ini adalah melengkapi pemikiran dari Wycliffe. Bahwa, gereja tidak perlu mempunyai hak milik, karena itu penguasa boleh merampas milik itu apabila gereja salah menggunakan haknya, bahwa, Paus dan hierarki gereja tidak diadakan menurut perintah Tuhan, gereja yang sebenarnya dibentuk oleh semua orang yang beriman.²⁵³

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid. Hlm 109

²⁵³ Ibid. Hlm 109

10. Aliran Hukum Alam dari Hugo Grotius.

Hugo de Groot alias Grotius (1583 – 1645M), buku karangannya *De Jure Belli ac Pacis*, dan *Mare Liberium*, Grotius dikenal sebagai bapak hukum internasional karena ialah yang mempopulerkan konsep-konsep hukum dalam hubungan antar negara, seperti hukum perang dan damai, serta hukum laut. Bahwa, sumber hukum adalah rasio manusia, karena karakteristik yang membedakan manusia dengan makhluk lain adalah kemampuan akalnya, bahwa seluruh kehidupan manusia harus berdasarkan kepada kemampuan akal (rasio) itu, bahwa hukum alam adalah hukum yang muncul sesuai kodrat manusia, bahwa, hukum alam tidak dapat diubah, oleh Tuhan sekalipun (ekstrim grotius), bahwa, hukum alam itu diperoleh manusia dari akalnya, tapi Tuhanlah yang memberikan kekuatan mengikatnya.²⁵⁴

²⁵⁴ Ibid. Hlm 110

BAB XIII

ALIRAN MAZHAB SEJARAH

Mazhab sejarah (*Historiche Rechtschule*) merupakan reaksi atas tiga hal : (1) rasionalisme abad ke 18 (delapan belas) yang berdasarkan atas hukum alam, kekuatan akal, dan prinsip-prinsip dasar yang semuanya berperan pada filsafat hukum, dengan terutama mengandalkan jalan pikiran deduktif tanpa memperhatikan fakta sejarah, kekhususan dan konsidi nasional; (2) semangat Revolusi Perancis yang menentang wewenang tradisi dengan misi kosmopolitannya (kepercayaan kepada rasio dan daya kekuatan tekad manusia untuk mengatasi lingkungannya), yaitu seruannya ke segala penjuru dunia; (3) pendapat yang berkembang saat itu yang melarang hakim menafsirkan hukum karena undang-undang dianggap dapat memecah semua masalah hukum. *Code Civil* dinyatakan sebagai kehendak legislative dan hukum dianggap sebagai suatu sistem hukum yang harus disimpan dengan baik sebagai sesuatu yang suci karena berasal dari alasan-alasan yang murni.²⁵⁵

Pelopop mazhab ini, adalah Friedrich Karl von Savigny. Pemikirannya tentang hukum dikenal dengan Mazhab Sejarah (*Historis*) dan dikembangkan dalam tulisan yang terkenal,

²⁵⁵ Op.Cit. Darji Darmodiharjo. Hlm 123

yaitu “Von Beruf Unserer Zeit fur Gesetgebung und Rechtswissenschaft” (tentang Tugas pada Zaman Kita Bagi Pembentuk Undang-Undang dan Ilmu Hukum). Tulisan ini merupakan reaksi terhadap Thibaut mengenai perlunya hukum kodifikasi di Jerman dengan dasar hukum Perancis (Kode Napoleon). Inti ajarannya adalah “*Das rechts wird nich gemacht, est ist und wird mit dem volke*”, hukum tidak dibuat tetapi tumbuh dan berkembang bersama masyarakat. Dengan titik tolak bahwa di dunia ini terdapat banyak bangsa, yang masing-masing memiliki *Volkgeist* (jiwa rakyat), dan berbeda baik menurut waktu maupun tempat. Menurut Savigny, perkembangan hukum tidak semata-mata merupakan bagian dari jiwa rakyat, melainkan juga menjadi bidang ilmu hukum. Kekuatan untuk membentuk hukum terletak pada rakyat, yang terdiri dari kompleksitas individu dan perkumpulan-perkumpulan. Mereka mempunyai ikatan rohani dan menjadi kesatuan bangsa dan jiwa. Hukum adalah bagian dari rohani mereka, yang juga mempengaruhi perilaku mereka. Pembentuk undang-undang harus mendapatkan bahannya dari rakyat dan ahli hukum dengan pertimbangan perasaan hukum dan keadilan masyarakat.²⁵⁶

1. Pemikiran Mazhab Sejarah dari Hegel

Pemikiran hukum Hegel bertolak belakang dengan pemikiran hukum Kant, sebuah fakta yang seringkali dikaburkan dengan istilah “*idealism*”, yang berterap pada keduanya. Lebih jelasnya, Hegel juga memandang hukum dalam kerangka moral, etika Hegel dan pemikiran hukum Kant merupakan sebuah kesatuan. Keduanya dibahas dalam dalam karya terkenal Hegel “*The Philosophy of Rights and Law, or*

²⁵⁶ Op.Cit. Otje Salman. Hlm 45

Natural Law and Political Science Outlined (1821)". Dalam telaah dalam prinsip-prinsip dasar ini Hegel lebih dahulu mengkaji hukum, selanjutnya moral dan yang terakhir adalah apa yang dia sebut etika (*Sittlichkeit*). Dalam kerangka topik terakhir itu, dia akhirnya menjelaskan negara sebagai prestasi puncak seluruh warga dan sebagai perwujudan etika dalam masyarakat. Namun konsep-konsep negara, hukum dan etika tidak lagi dibahas oleh Hegel secara abstrak atau secara umum, tetapi sebagai konsep yang berkembang, menurut pandangan Hegel, dari hukum abstrak menuju kondisi konkrit. Hukum, negara dan etika merupakan jabaran perkembangan sejarah yang merupakan manifestasi dari ruh bangsa, dan ruh bangsa ini secara keseluruhan merupakan pengejawantahan dari ruh dunia. Ruh dunia bukanlah sesuatu di luar itu semua, ia justru berada di dalam dan melalui itu semua.²⁵⁷

Negara versi Hegel merupakan komunitas etis. Ini bukanlah sebuah institusi untuk merealisasi etika, melainkan realisasi itu sendiri. Jika kita tidak memahami pendapat mendasar Hegel ini, maka pemikiran hukumnya Hegel tidak akan dipahami. Karena secara umum negara dimaknai sebagai sebuah institusi atau suatu kumpulan institusi yang di dalamnya berkumpul orang yang memiliki wewenang untuk memerintah dan membuat aturan yang wajib dipatuhi. Dalam masyarakat yang bebas dan demokratis tentunya orang-orang yang dimaksudkan ini adalah semua warga dan juga pemerintah. Namun terlepas dari gagasan positivis mengenai negara ini, adalah lazim bagi akal sehat untuk memandang negara sebagai struktur kekuasaan yang benar-benar eksis berikut hukum yang berlaku di masyarakat. Dengan demikian, negara versi Hitler merupakan aparat yang menjalankan fungsi kekuasaan

²⁵⁷ Op.Cit. Carl Joachim Friedrich. Hlm 166

sebagai perkara fakta sejarah. Namun dalam pandangan Hegel, hanya negara sejatilah yang bisa dipahami sebagai yang merealisasikan etika. Dengan demikian yang menjadi pertanyaan adalah apakah aparat Hitler masih menyisakan banyak hal yang memungkinkannya untuk berkuasa jika ia dimasukkan ke dalam kriteria ini.²⁵⁸

Konsep hukum Hegel berkaitan erat dengan pandangan metafisikanya mengenai peran agama dan ruh, yakni ruh Tuhan. Etika merupakan dunia norma konkret dari kehidupan masyarakat. Dunia etika konkret ini bagi Hegel sepertinya lebih penting disbanding subyektifitas abstrak dari sekedar moralitas. Apa yang kini dibicarakan dalam ilmu sosial dan filsafat sebagai sistem nilai masyarakat sangatlah sesuai dengan apa yang dimaksudkan Hegel dengan dunia etika konkret ini. Sebaliknya, moralitas semata merupakan wilayah yang di dalamnya terdapat kemandirian yang di dalamnya seseorang merupakan subyek murni. Di sisi lain, etika justru lebih konkret karena ia lebih objektif, namun ia hanya bisa direalisasi melalui atau dalam negara. Hegel menceritakan anekdot yang sedikit nyata dalam bagian penting dari karyanya "*Philosophy of Right and Law*", dan ini, menurut saya, bisa dianggap penting, karena anekdot semacam itu jarang muncul dalam tulisannya. Dia mengatakan "Kepada seorang ayah yang bertanya bagaimana ia bisa membesarkan putranya dengan baik". Pythagoras menjawab "Dengan menjadikannya warga sebuah negara yang memiliki undang-undang yang baik".²⁵⁹

²⁵⁸ *Ibid*

²⁵⁹ *Ibid*. Hlm 168

2. Pemikiran Mazhab Sejarah dari Herder.

J.G. von Herder (1744-1803) lahir di Mohrungen di Prusia Timur. Ayahnya adalah guru sekolah dan ia dibesarkan dalam keadaan rendah hati. Pada tahun 1762 ia kuliah di Universitas Koringsberg, di mana ia belajar dengan Kant, yang diberikan kepadanya hak-hak istimewa karena kemampuan intelektual yang tidak biasa. Pada periode ini dia juga mulai persahabatan seumur hidup dengan Hamman filsuf irrasional. Pemikiran tentang filsafat sejarah muncul terutama dalam dua karyanya. Filosof sejarah awalnya mungkin tampak mencolok dan menarik terutama untuk pengembangan dari konsepsi teologis sejarah sebagai realisasi progresif rasio dan kemanusiaan. sebuah konsepsi yang diantisipasi dan sangat sangat dipengaruhi Hegel. Herder membuat eksplorasi empiris dari bidang keanekaragaman mental yang diasumsikan oleh tesis inti dari disiplin sejarah. Karena sering dikemukakan. Ia mengambil yang relative perbuatan politik dan militer dan peristiwa sejarah. Bukan fokus pada "innerness" peserta sejarah. Pilihan ini disengaja dan sadar. Karena itu, psikolog dan interpretasi pasti mengambil pusat tahap dalam disiplin sejarah untuk herder.²⁶⁰

Pemikiran Herder tentang filsafat agama. Di mana Herder sangat berkomitmen untuk mendamaikan wawasan pencerahan, terutama ilmu pengetahuan alam modern dengan agama yang lebih khusus dengan agama Kristen. Leibniz, Kant, Hegel dan Schleiermacher mengusulkan beberapa rekonsiliasi baru atau lainnya. Atas Herder pada abad ke 19 (sembilan belas) Filsafat Jerman menemukan keberanian untuk memotong simpul Gordian, lalu berbalik dari apologetika

²⁶⁰ Taufiqurrahman. Kumpulan Catatan-Catatan Kecil dalam Makalah Filsafat Sejarah. (16/09/2019).

untuk agama dan Kristen terhadap kritik menyeluruh dari mereka. Situasi ini memberikan batasan tertentu pada kepentingan filsafat Herder tentang agama. sedangkan pemikiran Herder tentang filsafat politik. Berkaitan dengan salah satu cita-citanya yang mengagumkan, sikap teoritis yang lebih dipertahankan dan penekanan tematik relevansi abadi lebih dari orang-orang dari setiap filsuf Jerman lainnya. Pengobatannya yang lebih berkembang dari filsafat politik terjadi relative terlambat. Fitur utama dari filsafat politik Herder adalah dengan melihat cita-cita politiknya, pertama di dalam negeri dan kemudian dalam politik internasional.²⁶¹

3. Pemikiran Mazhab Sejarah dari Karl von Savigny.

F.Karl von Savigny (1770-1861), dalam buku karangannya menolak teori aliran hukum alam. Bahwa, timbulnya hukum dianalogikan dengan timbulnya negara, bahwa menurutnya masing-masing bangsa memiliki ciri yang khusus dalam berbahasa, hukumpun demikian tidak ada bahasa yang universal, tiada pula hukum yang universal, bahwa, hukum timbul bukan karena perintah penguasa atau karena kebiasaan, akan tetapi rasa keadilan itu sendiri yang terletak di dalam jiwa bangsa itu sendiri (*instinktif*), jiwa bangsa (*volksgeiht*) itulah yang menjadi sumber hukum (*law is an expression on the common conciousness or spirit of people*), bahwa, hukum tidak dibuat tetapi ia tumbuh dan berkembang di dalam masyarakat (*das rechts wird nicht gemacht, es it und wird mit dem volke*).²⁶²

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Op.Cit. Carl Joachim Friedrich. Hlm 124

4. Aliran Mazhab Sejarah dari Puchta

Puchta (1798-1846), dalam buku karangannya *Gewohn Heitsrecht*, Puchta adalah murid dari von Savigny yang melanjutkan pemikiran gurunya. bahwa, hukum suatu bangsa terikat pada jiwa bangsa (*Volksgeist*) yang bersangkutan, bahwa, hukum dapat berbentuk adat istiadat, melalui undang-undang dapat juga melalui ilmu hukum dalam bentuk karya para ahli hukum, bahwa, pengertian bangsa adalah bangsa dalam etnis (bangsa alam) dan bangsa dalam arti nasional sebagai kesatuan organis yang membentuk suatu negara, bahwa, keyakinan hukum yang hidup dalam jiwa bangsa harus disahkan melalui kehendak umum masyarakat yang terorganisasi dalam negara, melalui undang-undang, bahwa, mengutamakan pembentukan hukum dalam negara sedemikian rupa, sehingga akhirnya tidak tepat lagi bagi sumber-sumber hukum lainnya, bahwa, hukum adat istiadat bangsa dan pemikiran para juris hanya berlaku sebagai hukum sesudah disahkan oleh negara.²⁶³

5. Aliran Mazhab Sejarah dari Sr. Henry S. Maine

Sir Henry S. Maine (1822-1888), dalam buku karangannya: *Ancient Law dan Early and Custom, Maine*, banyak dipengaruhi oleh pemikiran Savigny sehingga dianggap pelopor mazhab sejarah, Maine, banyak melakukan penelitian tentang studi perbandingan perkembangan lembaga-lembaga hukum yang ada pada masyarakat sederhana dan masyarakat yang telah maju, yang dilakukannya adalah berdasarkan pendekatan sejarah. Kesimpulan, bahwa penelitiannya telah membuktikan adanya pola evolusi pada berbagai masyarakat dalam situasi sejarah yang sama, sumbangan bagi studi hukum dalam masyarakat terutama tampak pada penerapan metode empiris, sistematis dan sejarah untuk menarik kesimpulan-kesimpulan umum.²⁶⁴

²⁶³ Ibid. Hlm 125

²⁶⁴ Ibid. Hlm 126

BAB XIV

ALIRAN SOSIOLOGIS (*SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE*)

Istilah *sociological* dalam aliran ini, menurut Paton (1951-1721), kurang tepat dan dapat menimbulkan kekacauan. Ia lebih senang menggunakan istilah metode fungsional. Oleh karena itu, ada pula yang menyebut *Sociological Jurisprudence* ini dengan *Functional Antropological*. Dengan menggunakan istilah metode fungsional seperti diungkapkan di atas, Paton ingin menghindari kerancuan/kesimpangsiuran antara *Sociological Jurisprudence* dan sosiologi hukum. Menurut Lili Rasyidi, perbedaan antara *Sociological Jurisprudence* dan sosiologi hukum adalah sebagaiberikut : (1) *Sociological Jurisprudence* adalah nama aliran dalam filsafat hukum, sedangkan Sosiologi Hukum adalah cabang dari sosiologi; (2) Walaupun objek yang dipelajari oleh keduanya adalah tentang pengaruh timbal balik antara hukum dan masyarakat, namun pendekatannya yang berbeda. *Sociological Jurisprudence* menggunakan pendekatan hukum ke masyarakat, sedangkan sosiologi hukum memilih pendekatan dari masyarakat ke hukum.²⁶⁵

²⁶⁵ Op.Cit. Darji Darmodiharjo dan Sidharta. Hlm 127

Sociological Jurisprudence merupakan aliran yang memberikan perhatian sama pentingnya kepada faktor-faktor penciptaan dan pemberlakuan hukum, yaitu masyarakat dan hukum. Pokok pikiran aliran ini memiliki perbedaan yang tajam dengan aliran positifisme, hukum historis (evolutis), dan naturalis, dalam hal menempatkan masyarakat dan hukum sehingga konsep pemikiran di antara mereka. Aliran *Sociological Jurisprudence* lebih mengarah kepada kenyataan daripada kedudukan dan fungsi hukum dalam masyarakat. Arah pikiran ini dapat ditelusuri melalui konsep-konsep yang dicetuskan oleh pemikir-pemikir terkenal serta saling berpengaruh, yaitu Eugen Erhlich dan Roscoe Pound, dengan prinsip pemikiran, “Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat”. Rumusan demikian merupakan kompromi yang cermat antara *hukum tertulis* sebagai masyarakat hukum demi adanya kepastian hukum dan *living law* sebagai wujud penghargaan terhadap pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan hukum dan orientasi hukum.²⁶⁶

Aliran ini termasuk kepada aliran sosiologis yang memandang hukum sebagai kenyataan sosial. Kalau positifisme hukum melihat hukum sebagai “*law on books*”, maka aliran sosiologis melihat hukum sebagai “*law in action*”. Aliran Sociological Jurisprudence antara lain dipelopori oleh Roscoe Pound. Inti pemikiran aliran ini adalah bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat. Artinya hukum itu harus merupakan pencerminan nilai-nilai yang hidup dan berkembang masyarakat.²⁶⁷

²⁶⁶ Op.Cit. Otje Salman. Hlm 48

²⁶⁷ Op.Cit. Amran Suadi. Hlm 86

1. Pemikiran Social Jurisprudence dari Eugen Ehrlich

Eugen Ehrlich (1862 – 1922), dalam bukunya *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, adalah tokoh *sociological jurisprudence* di Eropa, ia seorang ahli hukum Austria dan tokoh pertama yang memandang hukum dari sudut sosiologi. Ehrlich melihat ada perbedaan antara hukum positif disatu pihak dengan hukum yang hidup dimasyarakat dilain pihak. Bahwa hukum positif baru akan memiliki daya berlaku yang efektif apabila berisikan atau selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat, bahwa, titik pusat perkembangan hukum tidak terletak pada undang-undang, putusan hakim, atau ilmu hukum, akan tetapi pada masyarakat itu sendiri, bahwa, sumber dan bentuk hukum yang utama adalah kebiasaan, bahwa, hukum tunduk kepada kekuatan-kekuatan tertentu, bahwa, hukum tidak mungkin akan efektif, oleh karena ketertiban dalam masyarakat didasarkan pada pengakuan sosial terhadap hukum, dan bukan oleh penerapannya secara resmi oleh negara, bahwa, tertib sosial didasarkan pada fakta diterimanya hukum yang didasarkan pada aturan dan norma sosial yang tercermin dalam sistem hukum bahwa, mereka yang berperan sebagai pihak yang mengembangkan sistem hukum harus mempunyai hubungan yang erat dengan nilai-nilai yang dianut dalam masyarakat yang bersangkutan, bahwa, kenyataan-kenyataan hukum yang normatif, sebagai kenyataan hukum (*law fact*) atau hukum yang hidup (*living law*) atau *rechtsnormen*, melalui 4 cara yaitu kebiasaan, kekuasaan efektif, milik efektif, pernyataan kehendak pribadi.²⁶⁸

²⁶⁸ Op.Cit. Darji Darmodiharjo. Et. Al. Hlm 128

2. Pemikiran Social Jurisprudence dari Roscoe Pound

Roscoe Pound (1870-1964), dalam bukunya Pengantar Filsafat Hukum, Tugas Hukum, *The history and system of commons law, The social control through law and justice according to law*. Pound terkenal dengan teorinya bahwa hukum adalah sebagai alat untuk memperbaharui (rekayasa) masyarakat (*law as a tools of social engineering*). Golongan-golongan yang harus dilindungi oleh hukum yaitu: Kesatu, kepentingan umum yang di dalamnya meliputi kepentingan negara sebagai badan hukum, kepentingan negara sebagai penjaga kepentingan masyarakat, Kedua, kepentingan masyarakat yang di dalamnya meliputi kepentingan kedamaian dan ketertiban, perlindungan lembaga-lembaga sosial, pencegahan kemerosotan akhlak, pencegahan kemerosotan hak, kesejahteraan sosial, Ketiga, kepentingan pribadi yang meliputi kepentingan individu, kepentingan keluarga dan kepentingan hak milik. Kesimpulan atas klasifikasi Kesatu, bahwa, Pound mengikuti garis pemikiran yang berasal dari Savigny dan Bentham yaitu berupa pendekatan terhadap hukum sebagai jalan kearah tujuan sosial dan sebagai alat dalam perkembangan sosial, Kedua, membantu menjelaskan premis-premis hukum, sehingga membuat pembentuk undang-undang, hakim, pengacara dan pengajar hukum menyadari akan prinsip-prinsip dan nilai-nilai yang terkait dalam setiap persoalan khusus, Ketiga, klasifikasi membantu menghubungkan antara prinsip (hukum) dan prektek.²⁶⁹

Perhatian aliran ini jauh berkembang tidak sekedar pada esensi hukum, tetapi juga esensi perkembangan hukum. Roscoe Pound, tugas utama hukum adalah rekayasa sosial,

²⁶⁹ Ibid. Hlm 130

dengan fungsi utama antara lain untuk melindungi kepentingan, yaitu kepentingan umum, kepentingan sosial, dan kepentingan pribadi secara seimbang. Keseimbangan yang harmonis inilah yang merupakan hakikat keadilan. Salah seorang hakim dari Amerika, hakim yang terkenal karena putusan-putusan selalu berusaha untuk merubah pola pikir masyarakat, yaitu Benyamin Cardozo, antara lain mengajarkan bahwa penemuan hukum yang bebas oleh hakim (fungsi peradilan) pada akhir dari hukum itu sendiri adalah kemaslahatan/kesejahteraan dari masyarakat. *Sociological Jurisprudence* lebih menekankan pada masalah evaluasi hukum (kualifikasi hukum yang baik), kedudukan hukum tertulis dan tidak tertulis, fungsi hukum sebagaimana rekayasa sosial dengan perkembangan hukum yang baik, dan cara penerapan hukum.²⁷⁰

3. Pemikiran Social Jurisprudence dari August Comte.

August Comte (1759-1857), ia adalah ilmuwan yang berkebangsaan Perancis yang pertama kali menerapkan metode ilmiah dalam lapangan ilmu-ilmu sosial. Comte adalah filsuf yang menggunakan istilah sosiologi untuk menamai ilmu-ilmu sosial yang bermetodologi ilmiah, bagaimana penelitian sosial dilakukan dengan mengadakan observasi, eksperimen, komparasi, dan penelitian history. Dan data yang diperoleh dari observasi kemudian diuji berhadapan dengan hukum kodrat alam.²⁷¹

²⁷⁰ Op.Cit. Otje Salman. Hlm 48

²⁷¹ Op.Cit. Darji Darmodihardjo. Et.Al

4. Pemikiran Social Jurisprudence dari Herbert Spencer

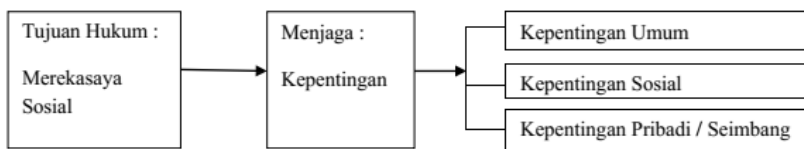
Herbert Spencel (1836), dalam bukunya *On The power sphere of Government, Social Staticts, Principles of Psychology*, ia seorang filsuf Inggris yang lahir di Derby, teori yang sangat terkenal adalah “*Laissez Faire*”, Spencer adalah seorang ilmuwan yang percaya bahwa evolusi menjadi kunci kehidupan manusia, karena itu sebaliknya proses perkembangan sosial dan hukum berjalan sesuai dengan hukum evolusi biologis.²⁷²

5. Pemikiran Social Jurisprudence dari Max Weber.

Max Weber (1864), dalam bukunya *The history of Medieval Business Organization, The Roman Agrain History and its Significance for Public and Private Law, Achieves for Sosial Science and Social Welfare, The Protestant Ethic and Spririt of Capitalism*, ia seorang filsuf Jerman yang lahir di Erfurt, ia seorang ahli hukum juga seorang sosiolog. Bahwa, hukum (positif/uu) tidak hanya berdimensi normatif tetapi juga dipengaruhi oleh dimensi lain seperti politik, agama dan ekonomi, bahwa hukum berkembang dalam dimensi normatif dan non-normatif, bahwa, hukum adalah fenomena sosial yang mempunyai logika normatif yang tidak sama dengan fenomena-fenomena sosial lainnya, bahwa, doktrin hukum berusaha untuk menumbuhkan, mengembangkan dan memantapkan makna instrinsik yang terkandung dalam peraturan hukum dan menjaga konsistensi logisnya berkaitan dengan peraturan hukum lainnya yang berada dalam satu sistem yang sama, bahwa, sosiologi hukum mencoba memahami tingkah laku anggota masyarakat berkaitan dengan

²⁷² Ibid.

hukum yang dilaksanakan dan mencari keyakinan masyarakat yang seperti apa hukum dapat valid.²⁷³



6. Pemikiran Social Jurisprudence dari Satjipto Rahardjo

Dengan teori hukum progresif, tidak lepas dari gagasan Satjipto Rahardjo yang galau dengan cara penyelenggaraan hukum di Indonesia. Meski setiap kali persoalan-persoalan hukum muncul dalam nuansa transisi, namun penyelenggaraan hukum terus saja dijalankan layaknya kondisi normal. Hampir tidak ada terobosan yang cerdas menghadapi kemelut transisi pasca orde baru. Yang lebih memprihatinkan, hukum tidak saja dijalankan sebagai rutinitas biasa (*business as usual*), tetapi juga dipermainkan sebagai barang dagangan (*business-like*). Akibatnya, hukum terdorong ke jalur lambat dan mengalami kemacetan yang cukup serius. Di sinilah Satjipto Rahardjo menyuarakan hukum progresif. Pemikiran hukum perlu kembali pada filosofi dasarnya, yaitu hukum untuk manusia. Dengan filosofi tersebut, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum itu bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Mutu hukum, ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada kesejahteraan manusia.²⁷⁴

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Op.Cit. Darji Darmodiharjo. Hlm 118

BAB XV

ALIRAN UTILITARISME

Utilitarianisme atau Utilisme adalah aliran yang meletakkan kemanfaatan sebagai tujuan hukum. Kemanfaatan di sini diartikan sebagai kebahagiaan (*happiness*). Jadi, baik buruk atau adil tidaknya suatu hukum, bergantung kepada apakah hukum itu memberikan kebahagiaan kepada manusia atau tidak. Kebahagiaan ini selayaknya dapat dirasakan oleh setiap individu. Tapi jika tidak mungkin tercapat (dan pasti tidak mungkin), diupayakan agar kebahagiaan itu dinikmati oleh sebanyak mungkin individu dalam masyarakat (bangsa) tersebut (*the general happiness for the greatest number of people*). Aliran ini sesungguhnya dapat dimasukkan ke dalam Positivisme Hukum, mengingat hukum ini pada akhirnya sampai pada kesimpulan bahwa tujuan hukum adalah menciptakan ketertiban masyarakat, di samping untuk memberikan manfaat kepada jumlah orang yang terbanyak. Ini berarti hukum merupakan pencerminan perintah penguasa juga, bukan pencerminan dari rasio semata.²⁷⁵

Tokoh terkemuka aliran ini adalah Jeremy Bentham (1748-1832), di samping itu John Stuart Mill (1806-1873) dan Rudolf von Jhering (1818-1892) di Inggris dianggap tokoh

²⁷⁵ Op.Cit. Darji Darmodiharjo. Hlm 118

radikal. Ia adalah pencetus sekaligus pemimpin aliran pemikiran Kemanfaatan. Menurutnya, hakikat kebahagiaan adalah kenikmatan dan kehidupan yang bebas dari kesengsaraan. Bentham menyebutkan bahwa “*The aim of law is the Greatest Happiness for the greatest number*”. John Stuart Mill memiliki pendapat yang sejalan dengan Bentham. Kesamaan pendapat tersebut yaitu bahwa suatu perbuatan hendaknya bertujuan untuk mencapai sebanyak mungkin. Menurut Mill, “keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh diri sendiri maupun oleh siapa saja yang mendapatkan simpati dari kita. Perasaan keadilan akan memberontak terhadap kerusakan, penderitaan. Hakikat keadilan, dengan demikian mencakup semua persyaratan moral yang hakiki bagi kesejahteraan umat manusia”.²⁷⁶

Pemikiran lain tentang aliran Utilitisme hukum adalah Thomas Hobbes. Pandangan Hobbes hanya memiliki yang sangat terbatas tentang undang-undang Inggris, yang barangkali merupakan salah satu alasan mengapa dia tidak memiliki pengaruh secara langsung yang besar dikalangan ahli hukum Inggris-Amerika, kendati pengaruh tak-langsungnya juga tidak kecil, lantaran dia termasuk pendukung utilitarianisme. Uniknya, terlepas dari kurang eratny hubungan dia dengan lingkungan dan politik di sekelilingnya, pemikiran hukum Hobbes sangat positivistis. Satu-satunya sumber hukum yang dia akui adalah kehendak raja. Kehendak ini boleh jadi dimaksudkan untuk melaksanakan peraturan yang arif dan alami dalam pandangan Hobbes, namun aturan ini hanyalah panduan untuk tindakan yang bernalar-dia menyebutnya aturan yang bijak. Aturan-aturan itu

²⁷⁶ Op.Cit. Otja Salman. Hlm 44

mendapatkan keabsahan hukum semata dari kehendak sang raja. Karena Hukum alam (sebagaimana keadilan, kesetaraan, kerendahhatian, kemurahhatian, atau pendek kata perbuatan yang sebaiknya dilakukan pada orang lain) itu sendiri, tanpa paksaan dari penguasa untuk mematuhi, beretentangan dengan hasrat alami kita yang menjadikan kita bersikap berat sebelah, sombong, dendam, dan sebagainya. Karena itu, dia yakin bahwa jika tidak ada kekuasaan yang ditegakkan atau jika kekuasaan itu tidak cukup besar untuk menjamin keamanan kita, tiap orang akan mengandalkan kekuatannya sendiri.²⁷⁷

Tujuan dari aliran utilitarianisme pada intinya agar hukum yang mampu memberikan kemanfaatan kepada masyarakat yang pada akhirnya menciptakan negara dan rakyat yang sejahtera. Tentang konsep negara kesejahteraan, Friedman dalam bukunya *The Rule of Law and The Welfare State* menyebutkan 5(lima) fungsi dari negara kesejahteraan, yaitu : protector, provider, regulator, entrepreneur dan arbitrator yang di dalam penerapannya ternyata berbeda-beda untuk masing-masing negara. Hal ini sejalan dengan pendapat Gosta Esping-Andersen yang menggolongkan negara kesejahteraan menjadi 3 (tiga) yaitu :²⁷⁸

1. *Anglo-Saxon welfare states*, meliputi Amerika Serikat, Inggris, Selandia Baru, Australia yang mencerminkan komitmen-komitmen politik untuk memperkecil peran negara, mengindividualisasikan risiko-risiko dan memajukan penyelesaian-penyelesaian melalui mekanisme pasar terhadap masalah-masalah kesejahteraan warganya.

²⁷⁷ Op.Cit. Carl Joachim Friedrich. Hlm 106

²⁷⁸ Dyah Adriantini Shinta Dewi. *Pendayagunaan Freies Ermessen. Pejabat Pemerintah dalam Konsep Negara Kesejahteraan*. (Solo : Jurnal Yustitia, Fakultas Hukum Unineversitas Negeri Surakarta, Edisi Januari-April 2016). Hlm 104

2. *Scandinavian welfare states*, diikuti oleh Swedia, Norwegia, Denmark yang memiliki komitmen kuat untuk melakukan cakupan kesejahteraan warganya secara menyeluruh.
3. *Conservative regime welfare states*, yang meliputi Jerman, Belanda, Perancis, Italia, Belgia dan Spanyol, ditandai oleh ciri percampuran segmentasi status serta peran gereja dan keluarga dalam memajukan kesejahteraan.

Pemikir-pemikirnya :

1. Jeremy Bentham (1748-1832).

Bentham berpendapat bahwa alam memberikan kebahagiaan dan juga kesusahan. Manusia selalu berusaha memperbanyak kebahagiaan dan mengurangi kesusahannya. Kebaikan adalah kebahagiaan, dan kejahatan adalah kesusahan. Ada keterkaitan yang erat antara kebaikan dan kejahatan dengan kebahagiaan dengan kesusahan. Tugas hukum adalah memelihara kebaikan dan mencegah kejahatan. Tegasnya, memelihara kegunaan. Pandangan bentam sebenarnya beraanjak dari perhatian yang besar terhadap individu. Ia menginginkan agar hukum pertama-tama dapat memberikan jaminan kebahagiaan kepada individu-individu, bukan langsung ke masyarakat secara keseluruhan. Walaupun demikian, Bentham tidak menyangkal bahwa di samping kepentingan individu, kepentingan masyarakat pun perlu diperhatikan. Agar tidak terjadi bentrokan, kepentingan individu dalam mengejar kebahagiaan yang sebesar-besarnya itu perlu dibatasi. Jika tidak, akan terjadi apa yang disebut *homo homini lupus* (manusia menjadi serigala bagi manusia lainnya). Untuk menyeimbangkan antar kepentingan (individu dan masyarakat), Bentham menyarankan agar ada simpati dari

tiap-tiap individu. Walaupun demikian, titik perhatian harus pada individu itu, karena apabila setiap individu telah memperoleh kebahagiaannya, dengan sendirinya kebahagiaan (kesejahteraan) masyarakat dapat diwujudkan secara simultan.²⁷⁹

2. John Stuart Mill (1806-1873).

Pemikiran Mill lebih banyak dipengaruhi oleh pertimbangan psikologis, yang pada awalnya dikembangkan oleh ayahnya sendiri, James Mill. Ia menyatakan bahwa tujuan manusia adalah kebahagiaan. Manusia berusaha memperoleh kebahagiaan itu melalui hal-hal yang membangkitkan nafsunya. Jadi, yang ingin dicapai oleh manusia itu bukanlah benda atau sesuatu hal tertentu, melainkan kebahagiaan yang dapat ditimbulkannya. Dalam sejarah filsafat, Mill sering digolongkan sebagai penganut Positifisme Hukum. Hal ini sangat dimengerti karena Mill sangat dipengaruhi oleh pemikiran Positifisme dari August Comte (1798-1857). Walaupun demikian, Mill tidak setuju dengan Comte yang menyatakan bahwa psikologi bukanlah ilmu. Bagi Mill, psikologi justru merupakan ilmu yang paling fundamental. Psikologi adalah ilmu yang mempelajari penginderaan-penginderaan (*sensations*) dan cara susunannya. Susunan penginderaan-penginderaan terjadi menurut asosiasi. Psikologi harus memperhatikan bagaimana asosiasi penginderaan satu penginderaan lain diadakan menurut hukum-hukum tetap. Itulah sebabnya psikologi merupakan dasar terhadap ilmu lain, juga ilmu logika. Peran Mill dalam ilmu hukum terletak dalam menyelidikannya mengenai hubungan antara keadilan, kegunaan, kepentingan individu

²⁷⁹ Op.Cit. Darji Darmodihardjo. Et.Al

dan kepentingan umum. Mill, menolak pandangan Bentham yang berasumsi bahwa antara kepentingan individu dan kepentingan umum tidak ada pertentangan. Mill juga menolak cara pandang Kant agar individu harus bersimpati pada kepentingan umum. Karena menurut Mill, tidaklah dapat dimengerti, mengapa individu harus mengekang usahanya untuk kebahagiaan, demi kepentingan anggota-anggota lain dalam masyarakat.²⁸⁰

3. Rudolf von Jhering (1818-1892).

Ajaran Bentham dikenal sebagai Utilitarianisme individual, sedangkan rekannya seperti Rudolf von Jhering mengembangkan ajaran yang bersifat sosial. Teori von Jhering merupakan gabungan antara teori Bentham, Stuart Mill, dan Positifisme dari John Austin. Mula-mula von Jhering menganut mazhab sejarah yang dipelopori von Savigny dan Puchta, tetapi lama kelamaan ia melepaskan diri, bahkan menentang pandangan von Savigny tentang hukum Romawi. Perlu diketahui bahwa pemikiran yang gemilang dari von Jhering memang timbul setelah ia melakukan studi yang mendalam tentang hukum Romawi. Menurut von Savigny, seluruh hukum Romawi merupakan pernyataan jiwa bangsa Romawi, dan karenanya merupakan hukum nasional. Hal ini dibantah oleh von Jhering. Seperti dalam hidup sebagai perkembangan biologis, senantiasa terdapat asimilasi dari unsur-unsur yang mempengaruhinya, demikian pula halnya dalam bidang kebudayaan karena pergaulan intensif antar bangsa terdapat asimilasi pandangan-pandangan dan kebiasaan-kebiasaan Hukum Romawi dalam perkembangannya berfungsi sebagai ilustrasi kebenaran tersebut. Sudah barang tentu lapisan

²⁸⁰ *Ibid.*

tertuan hukum Romawi bersifat nasional, tetapi pada tingkat-tingkat perkembangannya lebih kanjut hukum itu makin mendapat ciri-ciri universal. Inilah jalan biasa dari suatu sistem hukum, ciri-ciri hukum lain makin diasimilasikan dalam hukum nasional, sehingga hukum yang pada mulanya nasional makin menjadi universal.²⁸¹

²⁸¹ *Ibid.*

BAB XVI

ALIRAN *FREIE RECHTSLEHRE*

Freichtslehre (Ajaran Hukum Bebas) merupakan penentang paling keras Positifisme Hukum. Dalam penentangan terhadap positivisme hukum itu, *Freichtslehre*, sejalan dengan kaum realis di Amerika. Hanya saja, jika aliran Realisme menitikberatkan pada penganalisisan hukum sebagai kenyataan dalam masyarakat, *Freichtslehre*, tidak berhenti sampai disitu. Sudikno Mertokusumo, menyebutkan bahwa penemuan hukum bebas bukan peradilan yang tidak terikat pada undang-undang. Hanya saja, undang-undang bukan merupakan peranan utama, tetapi sebagai alat bantu untuk memperoleh pemecahan yang tepat menurut hukum, dan yang tidak perlu harus sama dengan penyelesaian undang-undang. Aliran hukum bebas berpendapat bahwa hakim mempunyai tugas menciptakan hukum. Penemu hukum yang bebas tugasnya bukanlah menerapkan undang-undang, tetapi menciptakan penyelesaian yang tepat untuk peristiwa konkrit, sehingga peristiwa-peristiwa berikutnya menurut norma yang telah diciptakan oleh hakim. Tidak mustahil menggunakan metode penemuan hukum bebas ini akan menghasilkan pemecahan yang sama seperti metode-metode yang lain. Ini adalah titik tolak cara pendekatan

problematic.²⁸² Tokok-tokoh penting menurut Friedman yaitu: Ehrlich, Stampe, Ernst Fuchs dan Herman Isay. Pemikiran hukum bebas, dapat juga dihubungkan dengan konsep kebijaksanaan (policy). Konsep kebijaksanaan diambil kaum positivis dari pengertian yang umum berlaku, sehingga untuk memahaminya kita harus mengembalikan dulu konsep ini ke dalam habitatnya semula. Apakah maksud dari ungkapan sehari-hari “orang itu memiliki kebijaksanaan”? Hal pertama yang harus diperhatikan adalah konsep ini tidak selalu muncul kecuali dalam konteks-konteks khusus. Contohnya, kita tidak akan mengatakan bahwa saya memiliki atau tidak memiliki kebijaksanaan untuk memilih sebuah rumah untuk keluarga saya. Tidak benar bahwa saya “tidak memiliki kebijaksanaan” waktu membuat keputusan itu, namun tidak benar juga kalau saya sungguh kebijaksanaan untuk memutuskannya. Konsep kebijaksanaan menjadi paling sesuai hanya dalam satu jenis konteks saja: seseorang yang dituntut membuat putusan yang mengatasi standar yang sudah ditetapkan otoritas tertentu. Baru disebut kebijaksanaan ketika seorang sersan mengaplikasikan perintah atasan yang sulit, atau tim official olah raga berselisih dengan wasit yang tunduk pada buku aturan olah raga, atau juri-juri kontes yang saling berdebat waktu menilai peserta lomba menurut aturan kontes.²⁸³

Teori tentang praktik hukum di pengadilan, yang berbeda sama sekali dari teori *Ideenjurisprudenz* ialah ajaran hukum bebas (*Frei rechtslehre*, *Free law theory*). Ajaran hukum bebas itu merupakan suatu ajaran sosiologis yang radikal, yang dikemukakan oleh mazhab realisme hukum amerika.

²⁸² Op.Cit. Darji Darmodiharjo. Hlm 149

²⁸³ R.M. Dworin. *Filsafat Hukum Suatu Pengantar*. (Yogyakarta : Merkid Press, 2007). Hlm 72

Teori ini membela suatu kebebasan besar bagi sang hakim. Seorang hakim dapat menentukan putusannya dengan tidak terikat pada undang-undang. Dengan demikian ajaran ini merupakan suatu antitesis terhadap *Ideenjurisprudence*. Realisme hukum ini merupakan bagian dari aliran pragmatisme yang berkembang luas di Amerika. Intinya ialah bahwa tidak terdapat kebenaran dalam teori-teori, melainkan dalam praktik hidup saja. Tetapi praktik hukum itu adalah tidak lain daripada kebijakan para hakim. Para hakim itu tidak menafsirkan undang-undang secara teoritis (logis-sistematis), melainkan secara praktis. Maka undang-undang kehilangan keistimewaan. Disimpulkan bahwa yang membuat hukum sebenarnya adalah para hakim. Kaidah-kaidah hukum tidak lain daripada suatu generalisasi kelakuan para hakim. Seorang hakim seharusnya “*a creative lawyer : in accordance with justice and equity*”. Bila demikian hanya seorang hakim berwenang untuk mengubah undang-undang, bila hal itu perlu. Dengan demikian putusan-putusan pengadilan dijadikan inti hukum.²⁸⁴

Istilah kebijaksanaan selalu diwarnai informasi perihal latar belakang pengertian terminologi tersebut digunakan. Meskipun memiliki banyak bias, namun kita akan banyak terbantu jika memahami sejumlah perbedaan kasarnya.²⁸⁵

1. Terkadang kita menggunakan terminologi kebijaksanaan ini dalam maknanya yang paling lemah bahwa karena sejumlah alasan, standar yang harus digunakan petugas tidak mesti mekanis, melainkan memerlukan aspek penilaian pribadi di dalamnya. Kita menggunakan pemaknaan lemah ini jika suatu konteks tidak bisa jelas

²⁸⁴ Op.Cit. Theo Huijsbers. Hlm 124

²⁸⁵ Op.Cit. Theo Huijsbers

lagi, yaitu ketika latar belakang pendengar diasumsikan tidak mengandung potongan informasi apapun. Di titik ini kita lalu mengatakan “Perintah sersan menunjukan dia mengeluarkan kebijaksanaan yang besar” bagi mereka yang tidak tahu apakah perintah itu sangat buram atau sulit dilakukan. Akan lebih sempurna maknanya jika ditambahkan, lewat penekanan, bahwa sang letnan telah memerintahkan si sersan memilih lima orang terbaiknya untuk berpatroli, namun sangat sulit diputuskan mana diantara mereka yang punya pengalaman terbaik.

2. Kadang-kadang kita juga menggunakan istilah ini dalam makna lemah lainnya-hanya sejumlah pejabat yang memiliki otoritas untuk membuat putusan yang tidak bisa dibantah pejabat lain. Kita berbicara seperti ini saat para pejabat itu menjadi bagian dari hierarki jabatan yang distruktur sedemikian sehingga beberapa memiliki otoritas lebih tinggi namun berbeda pola-pola otoritasnya untuk kelas-kelas putusan yang berbeda. Karena itu kita lalu berkata bahwa di dalam putusan tertentu baseball, seperti putusan apakah bola atau pelari yang mencapai base kedua lebih dulu, tergantung pada kebijaksanaan wasit base kedua, jika di dalam hal ini wasit kepala tidak memiliki kekuatan untuk mengganti penilaiannya meskipun tidak setuju. Sekarang saya akan membedakan dua pengertian lemah kebijaksanaan ini dari pengertian kebijaksanaan yang lebih kuat.
3. Menggunakan istilah kebijaksanaan kadang-kadang bukan untuk menyatakan seorang pejabat harus menggunakan penilaian pribadi dalam pengaplikasian standar-standar yang sudah ditetapkan otoritas, atau bahwa tak seorangpun akan memeriksa penilaian tersebut,

melainkan bahwa di sejumlah persoalan, kebijaksanaan tidak lagi terikat oleh standar-standar yang ditetapkan otoritas. Dalam pengertian ini kita bisa menyatakan kalau si sersan memiliki kebijaksanaan ketika disuruh memilih lima orang terbaik untuk berpatroli, atau seorang wasit memiliki kebijakan untuk menilai petinju jika aturan tidak menentukan bagaimana cara melakukannya. Kita menggunakan pengertian kebijakan yang kuat ini bukan untuk mengomentari keburaman atau kesulitan standar-standar, atau menyoroti mereka yang harus memberikan putusan untuk mengaplikasikan standar-standar tersebut, melainkan untuk mengkaji jangkauan dan putusan-putusan yang mereka maksudkan untuk mengendalikan sesuatu. Jika si sersan disuruh memilih lima orang terbaik, maka dia katakan tidak memiliki kebijakan dalam makna kuat karena perintah itu masih mengatur caranya memutuskan. Wasit tinju yang harus memutuskan petinju mana yang lebih agresif tidak memiliki kebijaksanaan dalam pengertian kuat dengan alasan yang sama.

Dalam praktik administrasi negara kebijakan seorang pejabat publik dinamakan dengan *freies ermessen*. Istilah ini dikenal di Jerman, sebagaimana di Inggris dijumpai dengan istilah *discretionary power*, Belanda memakai istilah *beleidsregels*, kemudian di Perancis orang mengenal dengan istilah *discretionare*, dan di Indonesia diartikan sebagai suatu kebijakan, namun adapula yang mengartikan sebagai kebijaksanaan. *Freies Ermessen* berasal dari kata “*freie*” yang berarti bebas, merdeka, tidak terikat, sehingga “*freies*” sama dengan orang bebas. Sementara itu, kata “*ermessen*” berarti mempertimbangkan, menilai, menduga dan memutuskan. Dengan demikian *freies*

ermessen adalah orang-orang yang bebas, merdeka dan tidak terikat dalam menduga, menilai serta mempertimbangkan suatu keputusan.²⁸⁶ Tiga pokok penting dalam menerapkan *Freies Ermessen* :²⁸⁷

1. Adanya kebebasan bagi pejabat untuk bertindak atas namanya sendiri. Ketentuan ini tidak berarti bahwa bukan berarti kebebasan ini tanpa batas, namun adalah dalam batas-batas yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan: atau dengan cara memilih salah satu alternatif sebagaimana tercantum dalam undang-undang.
2. Untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak namun belum ada aturannya. Hal tersebut merupakan persoalan yang menyangkut kepentingan umum, muncul tiba-tiba di luar rencana awal, belum ada peraturan yang mengaturnya, prosedurnya tidak diselesaikan menurut administrasi yang normal, persoalan tersebut harus segera mendapat penyelesaian.
3. Harus dapat dipertanggungjawabkan. Berkait dengan penerapan *freies ermesen*, perlu diperhatikan adanya tanggungjawab secara hukum, sehingga tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, harus mempertimbangkan hak dan kepentingan warga negara, serta harus sesuai dengan tujuan pemberian wewenang tersebut.
4. Masalah pertanggung jawaban ini mengingat bahwa dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan. Maka wajib untuk dipenuhi adanya prinsip legalitas, legitimasi dan integritas. Penjabaran atas prinsip-prinsip tersebut adalah bahwa kinerja dari pejabat pemerintahan adalah

²⁸⁶ Op.Cit. Dyah Adriantini Shinta Dewi. Hlm 107

²⁸⁷ *Ibid*

harus sesuai peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar pijakannya hingga pada akhirnya dapat diterima dengan rasa adil oleh masyarakat karena berdasarkan pada sikap moral yang dapat dipercaya, jujur, mengutamakan kepentingan umum.

Pada sekitar tahun 1900 muncul aliran *Freirechbewegung* di Jerman, sebagai reaksi tajam terhadap lebisme hukum. Reaksi ini dimulai oleh Kantorowich (1877-1940) yang dengan nama samaran Gnaeus Flavius dalam tahun 1906, menulis “*Der Kampf un die Rechtswissenschaft*”. Aliran baru ini disebutnya “*Freirechtslllich*” (bebas) dan dari situlah timbul istilah “*Freirechtbewegung*”. Pengikut-pengikut aliran ini menentang pendapat bahwa kodifikasi itu lengkap dan bahwa hakim dalam proses penemuan hukum tidak mempunyai sumbangsih kreatif. Tidak seluruh hukum terdapat dalam undang-undang. Di luar undang-undang masih terdapat sumber-sumber lain yang dapat digunakan oleh hakim untuk menemukan hukumnya. Mereka menganggap titik tolak Montesquie bahwa hukum tidak lebih dari corong undang-undang secara tegas merupakan fiksi. Tiap pemikiran yang melihat hakim sebagai *subsumptie authomaat* dianggap sebagai suatu yang tidak nyata. Menurut mereka hakim tidak hanya mengabdikan pada fungsi kepastian hukum, tetapi mempunyai tugas sendiri dalam merealisasikan keadilan. Pengertian-pengertian yang umum, luas dan oleh karena itu kabur atau samar-samar seperti misalnya itikad baik, ketertiban umum, kepentingan umum, yang digunakan oleh pembentuk undang-undang, dalam peristiwa konkrit tiap kali masih harus diisi atau dilengkapi. Putusan hakim tidak selalu dijabarkan dari undang-undang, kareana setiap peristiwa itu sifatnya khusus

dan tidak benar kalau hakim selalu dapat menerapkan undang-undang yang umum sifatnya pada situasi konkrit. Hakim tidak hanya wajib menerapkan atau melaksanakan undang-undang, tetapi juga menghubungkan semua sifat-sifat yang khusus dari sengeket, yang diajukan kepadanya, dalam putusannya.²⁸⁸

Aliran hukum bebas merupakan penentang paling keras terhadap positivisme hukum. Dalam pertentangan terhadap positifisme hukum, aliran hukum bebas sejalan dengan kaum realisme Amerika Serikat. Hanya saja jika aliran Realisme menitikberatkan pada penganalisisan hukum sebagai kenyataan dalam masyarakat, aliran hukum bebas tidak berhenti sampai di situ. Menurut ajaran ini dalam penyelesaian masalah hukum bukan terletak pada undang-undang akan tetapi penyelesaian yang tepat dan konkret. Menurut Sudikno Mertokusumo, penemuan hukum bebas bukanlah peradilan yang tidak terkait pada undang-undang. Hanya saja, undang-undang bukan merupakan pemegang peranan utama, tetapi sebagai alat bantu untuk memperoleh pemecahan yang tepat menurut hukum, dan yang tidak perlu harus sama dengan penyelesaian undang-undang. Aliran hukum bebas ini berpendapat bahwa hakim mempunyai tugas menciptakan hukum. Penemuan hukum yang bebas tugasnya bukanlah menerapkan undang-undang, melainkan menciptakan penyelesaian yang tepat untuk peristiwa yang konkrit, sehingga peristiwa-peristiwa berikutnya dapat dipecahkan menurut norma yang telah diciptakan oleh hakim.²⁸⁹

²⁸⁸ Asep Dedi Suwasta. *Tafsir Hukum Positif Indonesia*. (Bandung : Alia Publishing, 2011). Hlm 30

²⁸⁹ Amran Suadi. *Filsafat Hukum, Refleksi Pancasila, Hak Azasi Manusia dan Etika*. (Jakarta : PrenaMedia Group, 2019). Hlm 102

Para pemikir aliran ini diantaranya :

1. Pemikiran Freie Rechtslehre dari Oliver Wendell Holmes (1841-1935).

Aturan hukum bukan lah poros sebuah keputusan yang berbobot. Aturan tidak bisa diandalkan menjawab dunia kehidupan yang begitu kompleks. Dan lagi pula, kebenaran yang riil, bukan terletak dalam undang-undang, tapi pada kenyataan hidup. Inilah titik tolak teori kebebasan hakim yang diusung oleh Holmes (eksponen realisme Amerika). Hukum yang termuat dalam aturan-aturan, hanya suatu generalisasi mengenai dunia ideal. Tapi menurut Holmes, seorang pelaksana hukum (hakim), sesungguhnya menghadapi gejala-gejala hidup secara realitas. Sering ia menghadapi dua bahkan lebih kebenaran yang seolah meminta kepastian mana yang lebih unggul dalam konteks tertentu. Salah satu di antaranya, adalah kebenaran versi hukum. Tidak jarang, bahkan amat sering, kebenaran-kebenaran lain lebih unggul dari yang disodorkan atau formal. Mereka lebih relevan, lebih tepat dan bahkan lebih bermanfaat untuk suatu konteks reel, ketimbang kebenaran yang ditawarkan aturan legal. Dalam hal inilah, seorang hakim mempertaruhkan kepekaan dan kearifannya. Ia harus memenangkan kebenaran yang menurutnya lebih unggul, meski dengan risiko mengalahkan aturan resmi.²⁹⁰

Aturan-aturan hukum di mata Holmes, hanya menjadi salah satu faktor yang patut dipertimbangkan dalam keputusan yang berbobot. Faktor moral, soal kemanfaatan, dan kesamaan kepentingan sosial, misalnya menjadi faktor yang tidak kalah penting dalam mengambil keputusan yang berisi. Jadi bukan sebuah pantangan, jika demi putusan yang fungsional dan kontekstual, aturan resmi terpaksa disingkirkan

²⁹⁰ Op.Cit. Bernarda L. Tanya. Et.Al. Hlm 166

(lebih-lebih jika menggunakan aturan itu justru berakibat buruk). Holmes menjadi hakim monumental dan seminal, justru karena pendirian moralnya itu. Ia menjadi monumen dari “*a creative lawyer : inaccordance with justice and equity*”. Dengan kapasitas seperti ini, para hakim memiliki kompetensi merubah undang-undang, bila hal itu perlu.²⁹¹

2. Pemikiran Freie Rechtslehre dari Eugen Ehrlich.

Hukum, pertama-tama bukanlah sebuah konsep intelektual. Sebagaimana masyarakat sebagai institusi interaksional manusia antara laki-laki dan perempuan yang saling berbagi dalam makna dan pengalaman hidup, maka hukum pun tidak kurang dari realitas hubungan antar manusia itu sendiri. Hukum merupakan hubungan antar manusia. Ia bukan sesuatu yang formal. Ia merupakan sesuatu yang eksistensial. Karenanya, seperti Deguit, Ehrlich juga membangun teorinya tentang hukum dengan beranjak dari ide masyarakat. Menurut Ehrlich, masyarakat adalah ide umum yang dapat digunakan untuk menandakan semua hubungan sosial, yakni keluarga, desa, lembaga sosial, negara, bangsa, sistem ekonomi dunia, dan lain sebagainya. Dalam konteks ini hubungan sosial berarti, orang-orang dikumpulkan dalam suatu kesatuan yang lebih tinggi, yang berwibawa atas mereka.²⁹²

Norma hukum berasal dari kenyataan sosial yang demikian ini. Kenyataan-kenyataan yang melahirkan hukum, menyangkut hidup masyarakat, hidup sosial. Dalam hal ini, kenyataan sosial ditafsirkan Ehrlich secara ekonomis. Ekonomi merupakan basis seluruh kehidupan manusia. Maka

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Ibid.

ekonomi bersifat menentukan bagi aturan hukum itu. Dalam kehidupan yang berwarna ekonomik itu, manusia menjadi sadar akan kebutuhannya (*opinio necessitatis*). Kesadaran inilah yang menyebabkan timbulnya hukum secara langsung. Itulah hukum yang hidup (*living law*). Hukum adalah hukum sosial. Ia lahir dalam dunia dalam pengalaman manusia yang bercampur dengan kehidupan sehari-hari. Ia terbentuk lewat kebiasaan. Kebiasaan itu lambat laun mengikat dan menjadi tatanan yang efektif. Lalu kehidupan berjalan berjalan dalam tatanan itu. Kekuatan mengikat hukum yang hidup itu tidak ditentukan oleh kewibawaan negara. Ia tidak tergantung kompetensi penguasa dalam negara. Memang semua hukum dalam segi eksternnya dapat diatur oleh instansi-instansi negara, akan tetapi menurut segi internnya hubungan-hubungan dalam kelompok-kelompok sosial tergantung dari anggota-anggota kelompok itu. Inilah “*living law*”, yaitu Hukum sebagai norma-norma hukum (*Rechtsnormen*).²⁹³

3. Pemikiran *Freie Rechtslehre* dari Theodor Geiger.

Hukum itu, bukan terutama, aturan formal dalam wujud undang-undang. Ia merupakan norma yang hidup dalam hati orang-orang. Karena itu, Geiger membedakan dua macam norma. Yang satu adalah norma yang sebenarnya dan yang lain adalah norma yang tidak sebenarnya. Norma yang sebenarnya, menunjuk pada norma-norma yang belum masuk aturan perundang-undangan. Ia merupakan norma yang habitual. Sedangkan norma yang tidak sebenarnya adalah *normasatz* norma yang sudah dirumuskan dalam aturan perundangan negara. Menurut Geiger, realitas suatu norma

²⁹³ *Ibid.*

(norma yang sebenarnya) terletak dalam kenyataan bahwa norma itu terjelma dalam tingkah laku anggota-anggota masyarakat, dan (pasti) tiap orang akan bereaksi bila norma itu dilanggar. Memang ada kemungkinan juga bahwa hal ini terjadi dengan norma-norma yang sudah menjadi peraturan formal. Tapi hal itu tidak selalu. Bisa saja suatu norma tetap dipertahankan sebagai peraturan walaupun norma itu sudah tidak diakui sungguh-sungguh dalam masyarakat itu. Norma itu kurang real kalau dibandingkan dengan norma yang nampak dalam kelakuan orang.²⁹⁴

²⁹⁴ *Ibid.*

GLOSARIUM

A creative lawyer : in accordance with justice and equity.

Hakim itu harus lebih kreatif sebagaimana layaknya sebagai seorang penasihat, jika di dalam praktik berhadapan dengan keadilan dan kepatutan.

All the law judge/made law.

Suatu doktrin hukum yang menyebutkan bahwa semua hukum dibuat oleh hakim, sebagaimana yang dilakukan dalam praktik-praktik pengadilan Anglo Saxon.

Anglo Saxan/American.

Kaidah-kaidah hukum yang berkembang di negara-negara Inggris dan jajahhannya.

Aufklarung.

Suatu masa yang berpendapat tentang pentingnya otak manusia yang otonom dalam menyikapi permasalahan hukum di dalam masyarakat.

Bellum omnium contra omnes.

Suatu konsep hasrat dan keinginan manusia yang memiliki rasa tamak dalam mencapai kekuasaan.

Burgerlijk wet Book.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang dikembangkan dari Code Civil des Francis.

Civil Law.

Hukum yang menjadi cirri dari sistem Eropa Kontinental yang berupa hukum yang tertulis.

Code Civil des Francis/Civil Code Napoleon.

Kaidah-kaidah hukum yang dibentuk dan berlaku di Perancis pada masa Napoleon Bonaparte.

Code Civil Romawi.

Kaidah-kaidah hukum yang dibentuk dan berlaku pada masa Kekaisaran Romawi.

Codex Justinianus Roman.

Kaidah-kaidah hukum yang dibentuk pada masa pemerintahan Kaisar Justinianus.

Common Law.

Hukum yang menjadi ciri dari sistem Anglo Saxon/American yang berupa hukum kebiasaan.

Commonwealth.

Negara persemakmuran yaitu perkumpulan dari negara-negara yang pernah menjadi jajahan Inggris.

Continental Europe.

Kaidah-kaidah hukum yang berkembang di daratan Eropa.

Corpus Juris Civilis.

Keseluruhan badan hukum untuk semua entitas hukum tertentu.

Das rechts wird nicht gemacht es it und wird met den volke.

Suatu doktrin hukum yang menyebutkan bahwa hukum tidak dibuat tetapi tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, yang dikembangkan oleh Carl V Savigny.

Das Sein.

Suatu doktrin hukum yang melihat dan menjelaskan atas kaidah-kaidah hukum yang ada.

Das Sollen.

Suatu doktrin yang melihat dan menjelaskan atas kaidah-kaidah hukum yang seharusnya.

Homo homini lupus.

Suatu doktrin dalam pemikiran negara kekuasaan, di mana yang berkuasa yang kuat bagaikan serigala bagi yang berkuasa yang lemah.

Ius Constitutum.

Suatu doktrin yang menyatakan tentang hukum yang berlaku sekarang.

Ius Constituendum.

Suatu doktrin hukum yang menyatakan tentang kaidah-kaidah hukum yang berlaku pada waktu yang akan datang.

Jurisprudence.

Suatu praktik pengembangan hukum yang lahir didasarkan pada putusan hakim yang bijaksana.

Law as a tool of social engineering.

Suatu doktrin yang menyatakan bahwa hukum sebagai alat untuk merekayasa masyarakat dari yang tidak baik menjadi lebih baik, yang dikembangkan oleh Roscoe Pound.

Law is an Expression on the Common Conclusions or Spirit of the People.

Adalah suatu doktrin hukum yang menyebutkan bahwa hukum adalah ekspresi dari keadaan-keadaan yang terjadi di masyarakat dan sebagai sepirit untuk masyarakat untuk lebih baik yang dikembangkan oleh mazhab Sociological Jurisprudence.

Legal Justice.

Suatu keadilan dalam suatu sistem hukum yang didasarkan pada rasa keadilan undang-undang.

Legality of Law.

Suatu sistem hukum yang memastikan satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang.

Lex esse von udotur quae justa non fuera.

Suatu doktrin yang menyebutkan bahwa tidaklah disebut hukum jika di dalamnya tidak terdapat keadilan.

Lex Postario Derogat Legi Priore.

Suatu azas hukum yang berbunyi bahwa hukum yang baru mengenyampingkan hukum yang lama, hal ini biasa digunakan pada terdapat ketentuan undang-undang yang baru menggantikan undang-undang yang lama.

Lex Specialist Derogat Legi Generalis.

Suatu azas hukum yang berbunyi bahwa hukum yang bersifat khusus mengenyampingkan hukum yang umum, hal ini biasa digunakan pada saat terdapat pengembangan-pegembangan hukum di masyarakat.

Lex Superior Derogat Legi Priore.

Suatu azas hukum yang berbunyi bahwa hukum lebih tinggi mengenyampingkan hukum yang lebih rendah, yang dipergunakan dalam melakukan pengawasan norma hukum atas hierarki hukum.

Local Wisdem.

Suatu kaidah-kaidah atau gejala-gejala yang tumbuh dan berkembang di dalam suatu masyarakat.

Machstaat.

Suatu konsep Negara kekuasaan yang dikembangkan oleh Nicollo Macheaveli.

Nullum delictum nulla poena praevia legi poenali.

Suatu azas hukum dalam sistem hukum pidana yang menyebutkan bahwa tidak ada suatu perbuatan dapat dipidana, sebelum ada undang-undang yang mengaturnya.

Power tends to corrupts and absolutely power corrupts absolutely.

Suatu doktrin yang menyebutkan bahwa kekuasaan cenderung untuk korupsi, penguasa yang korupsi itu pasti, hal tersebut yang dijadikan dasar untuk pencegahan negara dalam tindak pidana korupsi.

Rechtstaat.

Suatu konsep Negara hukum yang dikembangkan oleh Immanuel Kant.

Renaissance.

Suatu masa yang menggelorakan suatu kebangkitan rasio manusia dari dominasi kekuasaan negara yang absolut.

Res Ajudicata Doktrin.

Doktrin Hukum yang berlaku bagi para pihak yang berperkara/terdakwa

Retroactive syatem.

Suatu Sistim hukum yang menyatakan bahwa keberlakuan hukum tidak berlaku surut.

Rule of Law.

Suatu pemikiran tentang perlunya ada penempatan hukum sebagai panglima tertinggi dalam suatu negara.

Social Justice.

Suatu keadilan dalam suatu sistem hukum yang di dalam penerapannya didasarkan pada rasa keadilan masyarakat.

Summa in Cires ac Subtitos Legibusque Solute Potest.

Suatu doktrin yang dikembangkan dalam suatu sistem monarki absolut, di mana kekuasaan raja adalah tertinggi atas rakyatnya. Dan bagi raja tidak berlaku hukum.

The Doctrine of Precedent/State Decisis

Suatu doktrin tentang keputusan/kebijakan Negara (tetap pada apa yang telah diputuskan), yang akan diikuti oleh

hakim-hakim lain dalam menyelesaikan setiap perkara di pengadilan. Pada hakikatnya, tradisi menghormati dan mengikuti keputusan-keputusan terdahulu dari pengadilan-pengadilan dan poin-poin hukum yang mapan.

The general happiness for the greats number of people

Suatu doktrin hukum yang menyatakan bahwa kebahagiaan umum untuk kebahagiaan sebanyak-banyaknya orang, hal tersebut yang dikembangkan oleh Jeremy Bentham dengan utilitas hukumnya.

Trias Politca

Suatu pemikiran tentang perlunya ada pembagian tiga kekuasaan di dalam suatu negara dari John Locke.

Wetbook van Koophandel

Kitab Undang-Undang Hukum Dagang yang dikembangkan dari Code Civil des Francis.

Wetbook van Straftrecht

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang dikembangkan dari Code Civil des Francis

Zoon Politicon

Suatu doktrin dari Aristoteles yang menyebutkan bahwa manusia adalah makhluk politik yang sangat tergantung dengan masyarakat lainnya,

DAFTAR PUSTAKA

- Amran Suadi. *Filsafat Hukum, Refleksi Pancasila, Hak Azasi Manusia dan Etika*. (Jakarta : PrenaMedia Group, 2019).
- Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manulang. *Pengantar Ke Filsafat Hukum*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007).
- Asep Dedi Suwasta. *Tafsir Hukum Positif Indonesia*. (Bandung : Alia Publishing, 2011).
- Azis Syamsuddin. *Proses & Teknik Penyusunan Undang-Undang*. (Jakarta: Sinar Grafika, 2013).
- Bernard. L. Tanya, Yoan N Simanjuntak dan Markus Y.Hage. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010).
- C.S.T. Kansil, Et.Al. *Pengantar Ilmu Hukum*, (Bandung: Alumni, 2005).
- Carol Joachim Friedrich. *Filsafat Hukum Perspektif Historis*. (Bandung: Nuansa Media, 2010).
- Darji Darmodihardjo dan Sidharta. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum. Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2006).
- Dyah Adriantini Shinta Dewi. *Pendayagunaan Freies Ermessen Pejabat Pemerintah dalam Konsep Negara Kesejahteraan*. (Solo : Jurnal Yustitia, Fakultasr Hukum Unineversitas Negeri Surakarta, Edisi Januari-April 2016).
- Harkristuti Harkrisnowo. Et.Al. *Hukum dan Hak Azasi Manusia*. (Tangerang Selatan: Universitas Terbuka, 2015).

- Jimly Asshiddiqie. *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. (Jakarta: Konstitusi Press, 2006).
- John Gilissen, Frits Gorle, *Sejarah Hukum Suatu Pengantar*, (Bandung: Refika Adita Utama, 2009).
- Lili Rasyidi, B. Arif Sidharta. *Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya*. (Bandung: CV Remaja Karya, 1998).
- Marwan Effendy. *Teori Hukum Dari Persepektif, Kebijakan dan Harmonisasi Hukum Pidana*. (Ciputat: Gaung Persada Press Group, 2014).
- Munir Fuady, *Sejarah Hukum*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2009).
- Munir Fuady. *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012).
- Otje Salman. *Filsafat Hukum, Perkembangan dan Dinamika Masalah*. (Bandung : Reflika Aditama, 2010).
- Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*. (Jakarta : Kencana Prenada Media Group, 2011).
- R. Abdoel Djamal, *Pengantar Hukum Indonesia*. Edisi Revisi. (Jakarta : Rajawali Press, 1984).
- R. Soeroso. *Pengantar Ilmu Hukum*. (Jakarta : Sinar Grafika, 2009).
- R.M. Dworkin. *Filsafat Hukum Suatu Pengantar*. (Yogyakarta : Merkid Press, 2007). Syahrani Basyah. *Rangkuman Perkuliahan Ilmu Negara*. (Bandung : Alumni, 1990).
- Sri Soemantri. *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*. (Bandung : Alumni, 1992).
- Suwarna Almuchtar. Et. Al. *Hukum Tata Negara Republik Indonesia*, (Tangerang Selatan : Universitas Terbuka, 2014)
- Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*. (Jogjakarta: Pustaka Kanisius, 1995).

- Titik Triwulan Tutik. *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia. Pasca Amandemen UUD 1945*. (Jakarta: Cerdas Pustaka, 2008)
- W. Friedmann. *Teori dan Filsafat Hukum. Hukum dan Masalah-masalah Kontemporer*. (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1994).
- Zainuddin Ali, *Filsafat Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009).

